

HUKUK  FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Sayı: 1 Cilt: 7 Yıl: 2024
e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YIL (YEAR): 2024

CİLT (VOLUME): 7 SAYI (ISSUE): 1

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2024

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 7 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2024

Yayıncı / Publisher

Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University


Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU 


(nkoyuncu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Alan Editörleri / Field Editors


(Kamu Hukuku/Public Law)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK 

(mcevikcelik@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Arş. Grv. Enes ERSÖZ 

(eersoz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Arş. Grv. Nermin ÖĞÜTÇÜ 

(narpacioglu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


(Özel Hukuk/Private Law)

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL 

(nurullah.bal@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Dr. Abdurrahim ALTUN 


(aaltun@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Rumeysa ÖZYÜREK 

(rozyurek@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)


Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors

İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA 

(begumkaya@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran DİLER 

(kiartan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Almanca/German

Arş. Grv. Bekir BOGA 

(bboga@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Mahallesi Demeç Sokak Ortak Derslikler A Blok Meram/KONYA

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@erbakan.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> & <https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

E-ISSN: 2667-4076

Haziran 2024

İÇİNDEKİLER

(CONTENTS)

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

İşçinin İşe Alınmasında Politik Görüşün Araştırılması <i>Hasan Alparslan AYAN</i>	1	Investigating the Political Opinion of the Employee in Recruitment <i>Hasan Alparslan AYAN</i>
Yabancı Sermayeli Şirketlerin Türkiye’de Taşınmaz ve Aynı Hak Ediniminin Hukuken İncelenmesi <i>Abdurrahman Hamza TÜZGEN</i>	27	Legal Examination of the Acquisition of Real Estate and Real Rights in Turkey by Companies with Foreign Capital <i>Abdurrahman Hamza TÜZGEN</i>
Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında, Türk İş Hukuku’nda Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması <i>Namık HÜSEYİNLİ, Emre ÜNAL</i>	44	Recording of Working Hours in Turkish Labour Law in the Light of the Decision of the Court of Justice of the European Union <i>Namık HÜSEYİNLİ, Emre ÜNAL</i>
Deneme Süreli İş İlişkisi ve Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Sorunlar <i>Doğancan ERASLAN</i>	72	The Probationary Employment Relationship and Problems Arising in the Probationary Employment Relationship <i>Doğancan ERASLAN</i>
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2022/436 E., 2022/1380 K. Sayılı ve 07.02.2022 Tarihli İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçerliliğine İlişkin Verilen Kararın Değerlendirilmesi <i>Sevde BULUN TOKKAŞ, Yalçın BOSTANCI, Ecenur SARIKAYA</i>	91	Assessment of the Decision on the Validity of the Mediation Agreement Document Containing the Release Provision of the 9th Law Department of the Supreme Court (2022/436 P., 2022/1380 D. and Dated 07.02.2022) <i>Sevde BULUN TOKKAŞ, Yalçın BOSTANCI, Ecenur SARIKAYA</i>
Osmanlı Devleti’nde Devletlerarası Hukuka ve Avrupa Diplomasisine Uyum Süreci: Londra Konferansı ve Mehmed Şekib Efendi (1840-1841) <i>Ahmet DÖNMEZ</i>	109	The Process of the Adaptation of European Diplomacy and International Law in the Ottoman Empire: London Conference and Mehmed Shekib Effendi (1840-1841) <i>Ahmet DÖNMEZ</i>

Osmanlı Hukuku'nda Elçilik Tercümanlığından Yabancı Devlet Mahmîliği ve Vatandaşlığına: Hukukun Araçlaştırılmasının Örnekleri <i>İrem KARAKOÇ</i>	128	From Embassy Translator Status to Foreign State Ownership and Citizenship in Ottoman Law: Examples of Instrumentalization of Law <i>İrem KARAKOÇ</i>
Yurt Dışında Yaşayan Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlarının Seçme Hakkına İlişkin Tartışmalar <i>Tuğba BAYRAKTAR</i>	151	Discussions on the Right to Vote for Citizens of the Republic of Türkiye Living Abroad <i>Tuğba BAYRAKTAR</i>
Suç ile Soyut Ceza Arasındaki Orantılılık <i>Nuri Berkay ÖZGENÇ</i>	173	Proportionality between the Crime and the Abstract Punishment <i>Nuri Berkay ÖZGENÇ</i>
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasasının Asgari Eşik Ölçütü <i>Sümeyye ULUSOY</i>	197	The Criterion of Minimum Threshold Range for the Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Light of the European Court of Human Rights and Constitutional Court Decisions <i>Sümeyye ULUSOY</i>
According to the Turkish Citizenship Law No. 5901 Evaluation of The Polygamy Problem in Acquiring Turkish Citizenship Through Investment with the Recent Decision of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Verdict Dated 04.26.2022 <i>Burcu İRGE ERDOĞAN</i>	224	5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanımında Çoekşlilik Sorununun Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesinin 26.04.2022 Tarihli Güncel Kararı ile Değerlendirilmesi <i>Burcu İRGE ERDOĞAN</i>
Kamu Görevlilerinin Mobbing Davranışlarının İdari Eylem Niteliği <i>Melike Pala KAVALCI</i>	241	Administrative Nature of Public Officials' Mobbing Behavoiurs <i>Melike Pala KAVALCI</i>
Hükümlünün Süreli veya Süresiz Yayınlarından Yararlanma Hakkı (CvGTİHK m. 62) <i>Berrin AKBULUT</i>	264	Convicted Person's Right to Benefit from Periodical or Non-Periodical Publications (LESSM Art. 62) <i>Berrin AKBULUT</i>

**Aile Konutu Niteliğindeki
Kiralananın İlamsız İcra Yoluyla
Tahliyesinde Ortaya Çıkan Sorunlar**
Ferhat BÜYÜKYAY, Bünyamin KARTAL

291

**Problems Arising in the Eviction of the
Tenancy of the Family Dwelling
through Enforcement without
Judgment**
Ferhat BÜYÜKYAY, Bünyamin KARTAL

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bernd HEINRICH (Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät/Almanya)
Prof. Ass. Dr. Sc Mensur MORİNA (University of Peja - Universiteti Haxhi Zeka/ Kosova)
Prof. Dr. Besa ARİFİ (South East European University/Kuzey Makedonya)
Prof. Ass. Dr.sc Sevdai MORİNA (University for Business and Technology (UBT)/ Kosova)
Prof. Assoc. Idriz HAXHIAJ (Defense Academy "Akademia e Mbrojtjes", Albanian University/Arnavutluk)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ŞİMŞEK (Marmara Üniversitesi, İslam Ekonomisi ve Finansı Enstitüsü)
Doç. Dr. Sinan OKUR (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Dergimiz güncel hukuki meseleler ile hukuk tarihine ilişkin konularda yayım yapması sebebiyle hukukçu akademisyen ve öğrencilere hitap ettiği gibi hukuk uygulamasında yer alan avukat, hakim ve savcı gibi meslek gruplarına da hitap etmektedir.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimiz bir yazarın bir yılda en fazla bir makalesini incelemeye almayı kabul eder. Haziran sayısı için 15 Nisan, Aralık sayısı için 15 Ekim son gönderim tarihidir.

TARANDIĞI İNDEKSLER

1. TR Dizin:

<https://search.trdizin.gov.tr/tr/journal/detail/2229/necmettin-erbakan-universitesi-hukuk-fakultesi-dergisi>

2. ERIH PLUS:

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info.action?id=505860>

3. Hein Online:

<https://home.heinonline.org/titles.php?c=Law-JournalLibrary&t=Necmettin+Erbakan+Universitesi+Hukuk+Fakultesi+Dergisi>

4. DOAJ:

<https://doaj.org/toc/2667-4076>

5. EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS):

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/e5h-coverage.htm

6. EBSCO - Legal Source:

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/lgs-coverage.htm

ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

İşçinin İşe Alınmasında Politik Görüşün Araştırılması

Hasan Alparslan AYAN *^{ID}

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 07.12.2023

Kabul Tarihi: 05.02.2024

Yayın Tarihi: 14.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Politik Görüş,
İş Sözleşmesinin Kurulması,
Eğilimli İşyeri,
Yapay Zekâ,
Culpa in Contrahendo

ÖZET

Politika öz anlamıyla belli bir ideale ulaşmak için gerçekleştirilen eylemler veya söylenenlerdir. Bu ideal, insanoğlunun yaşadığı dünyevi sorunlardan kurtulmasını hedefler. Politik görüş ise politika (siyaset) ile ilgili düşüncelerdir. Birey politik görüşe sahip olma hakkına sahiptir. Politik görüşe sahip birey, sahip olduğu düşüncelerden dolayı müdahalelere uğrayabilir. Söz konusu müdahalelerden birisi de işçilerin işe alınmasında söz konusu olabilir.

İşçilerin işe alınması ile iş sözleşmesi kurulmuş olur. İş sözleşmesinin başarıyla kurulabilmesi için tarafların birbirleri hakkında bilgiye ulaşmaları gerekir. Uygulamada bilgiye ulaşmak, işverence yöneltilen sorular ve uygulanacak testler ile sağlanır. Soruların doğrudan veya dolaylı yöntemler aracılığıyla icra edilmesi, testlerin ise politik görüşün araştırılmasına yönelik hazırlanması mümkündür. İlke olarak işçinin politik görüşü araştırılmaz. Ancak istisnai durumlarda, örneğin eğilimli işletmeler-de ve bu işletmelere bağlı işyerlerinde çalıştırılacak eğilim taşıyıcıları söz konusu olduğunda, adayın politik görüşü iş sözleşmesinin kurulması için önem kazanabilir. Bu nedenle politik görüşün araştırıl-masına yönelik olan sorular ve testlerin özelliklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Politik görüş, yapay zekâ temelli karar destek sistemleri kullanılarak da araştırılabilir. İşçinin işe alınmasında kullanılan yapay zekâ sistemlerinin ve bunlara entegre algoritmaların belli bir ideoloji çerçevesinde oluşturulmaması gerekir. Aksi durumda bu sistemlerin politik görüş temelinde ayrımcı kararlar vermesi için işvereni yönlendirmesi söz konusu olabilir. Kullanılacak yapay zekâ sistemlerinin politik düşünceler karşısında tarafsız (nötr) kararlar vermesi sağlanmalıdır.

Aday işçinin politik görüşü sebebiyle işe alınma talebinin reddi konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Salt politik görüş nedeniyle iş sözleşmesinin kurulmasından vazgeçilmesi, aday işçinin temel haklarına zarar vericidir. Eğilimli işletmeler ve bu tür işletmelere bağlı işyerlerinde işe işe alım sürecine farklı açıdan yaklaşılabilir. Salt politik görüş nedeniyle işe alınma talebinin reddi, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilir.

Sonuçta bu makale üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, işe alınma sürecinde politik görüş kavramı açıklanmaktadır. İkinci bölümde, aday işçinin politik görüşünün doğrudan ve dolaylı yöntemlerle araştırılması üzerinde durulmaktadır. Üçüncü ve son bölümde ise aday işçinin salt politik görüşü sebebiyle işe alınma talebinin reddinin sonuçları değerlendirilmektedir.

Investigating the Political Opinion of the Employee in Recruitment

Article Info

ABSTRACT



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Article History

Received: 07.12.2023

Accepted: 05.02.2024

Published: 14.06.2024

Keywords:

Political Opinion,

Conclusion of Employment

Contract,

Tendency Oriented Workplace,

Artificial Intelligence,

Culpa in Contrahendo.

Politics is essentially the actions or statements in order to achieve a certain ideal. That ideal aims to get rid of the worldly problems that human beings encounter. Individuals with political views may be subjected to interventions because of their opinions. One of these interventions may occur during the recruitment of new employees.

In practice, obtaining sufficient information is achieved through questions to be asked and tests to be applied by the employer. It is also possible for the questions and tests to be designed to investigate political opinions. As a rule, the political opinions of the employee cannot be investigated. However, in exceptional cases, in the case of tendency carriers to be employed in tendency oriented workplaces, political opinion may be important for the conclusion of an employment contract.

Political opinions can be investigated using artificial intelligence-based decision support systems. Artificial intelligence systems utilized in the recruitment of employee should not be created within the scope of a certain ideology. For this reason, it should be ensured that the artificial intelligence systems to be used make neutral decisions against political opinions.

Different arguments have been put forward regarding the refusal of a candidate employee's request for employment on the grounds of political opinion. In tendency oriented workplaces, the recruitment process may be approached from a different angle. Nevertheless, the refusal of employment solely due to political opinion may lead to culpa in contrahendo liability.

In conclusion, this article consists of three parts. The first part, explains the concept of political opinion in the recruitment process. The second part, focuses on the direct and indirect methods of investigating the political opinion of the candidate employee. The third and final part, evaluates the consequences of the rejection of the candidate employee's request for employment due to political opinion.

To cite this article:

Ayan, H. A. (2024). "İşçinin İşe Alınmasında Politik Görüşün Araştırılması", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), s. 1-26. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.105>

* hayan@erbakan.edu.tr

GİRİŞ

Aday işçinin işe alınması farklı usuller ile gerçekleştirilebilir. İşveren, işyerinde bir istihdam oluşturup oluşturmama konusunda özgürdür¹. İşçinin işe alınmasında işverenin bilgi edinme hakkı, sözleşme özgürlüğüne dayanır. İş sözleşmesinin kurulması yahut sözleşmenin süresinin uzatılması, tarafların birbirleri hakkında yeterli bilgi seviyesine ulaşmaları ile mümkündür. İş sözleşmesinin *intuitu personae* niteliği gereğince aday hakkında yeterli bilgiyi edinmek, iş sözleşmesinin kurulması ve sözleşmenin sürekliliğini riske atmamak için önemlidir².

¹ İşverenin işe alma özgürlüğü için bkz. Türe, Gökhan. *İş Sözleşmesinin Kurulması*, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2021, s. 18 vd.; Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 96. Sözleşme özgürlüğünün, iş hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ilkesi gereğince sınırlandırılması hakkında bkz. Sümer, Halûk Hâdi. *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 52. İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin genel kurallar hakkında bkz. Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2021, s. 129 vd.

² Ertürk, Şükran. *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 64. İşveren açısından iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçinin subjektif vasıflarının önem arz etmesi ve *intuitu personae* hakkında

İşverenin bilgi edinmesi, işyerinin mevcut işçisinin yanı sıra iş sözleşmesinin kurulması sırasında aday açısından da söz konusu olur. Burada önem arz eden, temel hakların işçi veya aday ayrımı yapılmaksızın herkes için korunuyor olmasıdır³. Çünkü sözleşme görüşmeleri esnasında aday işçinin sahip olduğu ekonomik ihtiyaç ve güçsüz müzakere alanı, iş sözleşmesinden kaynaklanan bağımlılık unsuruna benzer bir sonuç ortaya çıkarır⁴. Bu bakımdan işverence bilgi edinilmesinin hukuka uygunluğu için, temel hakların işçilerin işe alınması sürecinde de göz önünde tutulması icap eder⁵.

Uygulamada aday hakkında bilgilerin edinilmesi sorular ve testler aracılığıyla gerçekleşir. Soruların ve testlerin nihai hedefi istihdam talep edenler arasında işverenin menfaatlerine en uygun olanını seçmektir⁶. Bu bakımdan testler doğrudan adaya yöneliktir. Sorular ise hem adaya hem de üçüncü kişilere yöneltilebilir. Üçüncü kişilerden anlaşılması gereken, hakkında bilgi edinmek istenen adayı tanıyan kişiler, özellikle eski işveren ve referanslardır. Sorular ve testler, adaylar hakkında genel bilgileri öğrenme aracı olurken, özel nitelikli bilgilerin öğrenilmesine de yol açabilir. Özel nitelikli bilgilerin kapsamı içerisinde aday işçinin politik görüşü de bulunur⁷. Şüphesiz böyle bir bilginin iş görüşmesinde karşıya aktarılacak bilgilerden olmadığı kesindir. Çünkü bu tür bilgiler işverence kötüye kullanıma açıktır. Nitekim politik görüş, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra işçiyi farklı işleme tabi tutmaya ve ayrımcılığa neden olabilecek özel nitelikli bilgiler içerisinde sayılabilir.

Buna karşılık eğilimli işletmeler ile bu tür işletmelere bağlı işyerlerinde görülecek işlerin niteliği açısından işverenin üstün menfaatlerini ayrıca değerlendirmek icap eder. Bu tür işletmeler, kâr amacı dışında bir faaliyeti yahut iktisadi hedeflerin yanında, baskın unsur olarak belli bir idealin gerçekleştirilmesinin belirlendiği yerlerdir⁸. Siyasi partiler, bunların sahip olduğu yayınevleri, sendikalar ve gazeteler, politik görüşün geliştirilmesi ve yayılmasına önem verilen yerlerden sayılır. Bu tür işletmelerde ve işyerlerinde aday işçinin politik görüşünün araştırılmasına ve toplanmasına izin verilebilir⁹. Çünkü taraflar iş sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli kabul edilen hususlar hakkında birbirlerini aydınlatmakla sorumludurlar¹⁰.

bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022, s. 386.

³ Bu konuda bkz. Türe, s. 27. Bu konuda ayrıca bkz. Aydın, İbrahim. *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 118.

⁴ Yücel Bodur, Mehtap. "İşverenin İş Görüşmelerinde Soru Sorma Hakkı ve Bunun Sınırları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 19, S. 218, s. 653; Sevimli, Ahmet. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 146; Rehbindler, Manfred. "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", (Çev.) Ömer Erdoğan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1982, s. 745; Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Auflage, C.H. Beck, München 2023, GG Art. 12, Rn. 33. Bağımlılık unsuru hakkında bkz. Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2023, s. 235 ve s. 320; Sümer, Halûk Hâdi. *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 7.

⁵ Sevimli, s. 145. Bu konuda Alman hukuku açısından bkz. BAG 5.10.1995, NZA, 1996, s. 371.

⁶ Aydın, Ufuk. *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2002, s. 166.

⁷ Gabriel, Oscar W. *Politische Partizipation*, Springer, Wiesbaden 2022, s. 24.

⁸ Eğilimli işyeri (Tendenzbetrieb) kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Noll, Gerhard. *Arbeitsrecht im Tendenzbetrieb*, Bund-Verlag, Frankfurt am Main 2001, s. 30 vd.

⁹ Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2021, § 33 Rn. 102.

¹⁰ Schaub, Günter. *Arbeitsrechts-Handbuch*, 19. Auflage, C.H. Beck, München 2021, § 26 Rn. 4, s. 171.

Sonuçta işe alınma sürecindeki politik görüş kavramı açıklanmalı, bunun akabinde aday işçinin politik görüşünün doğrudan ve dolaylı yöntemlerle araştırılmasında karşılaşılabilecek sorular ve testlerin nitelikleri değerlendirilmeli, işverenin aday işçi hakkında bilgi toplama çabasının temel haklara ve kişinin politik görüşüne nasıl müdahale teşkil edebileceği ve bir zararın ortaya çıkması halinde bunun tazmin edilmesinin hangi hukuki esasa dayanacağı ortaya konulmalıdır¹¹.

I. İşe Alınma Sürecinde Politik Görüş Kavramı

Politik görüş, politika (siyaset) ile ilgili düşüncelerdir¹². Politika öz anlamıyla, bir ideale ulaşmak için gerçekleştirilen eylemler veya söylenenlerdir. Bu ideal, insanoğlunun yaşadığı dünyevî sorunlardan kurtulmasını hedefler¹³. Dar anlamıyla politika, devlet ile sıkı bağlantı içerisindedir. Fakat geniş anlamda politika, siyasal iktidarı etkilemeye yönelik faaliyetleri tanımlar. Bu nedenle politik görüşün faaliyetler yoluyla dış dünyaya açıklanması gerekir. Politik görüş açıklamaları, halkın düşüncesini, kanısını etkileyebilecek toplumsal konuları içerir ve demokrasi için olmazsa olmaz nitelik taşır. Hukuk sistemlerinde politik görüş açıklamaları en yüksek korumaya lâyıktır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine (İHAM) göre de en fazla koruma ölçütü olan ifadeler, politik görüş açıklamalarıdır¹⁴.

Temel hak ve özgürlükler karşısında her birey gibi aday işçiler de bir politik görüşe sahip olma hakkına sahiptirler. Bu hak, iş ilişkisi kurulduktan sonra da devam eder. İş ilişkisi kurulduktan sonra da varlığını koruyan politik görüş, sahip oldukları vatandaşlık statüsü gereğince işçilerin siyasal muhalefetini sağlar¹⁵.

Politik görüş, politik katılım ile bağlantılı olduğundan demokratik yaşamın vazgeçilmez unsurudur. Aday işçinin kişiliğinin bir parçası olarak düşünce, hukukun düzenleme alanına dahil değildir. Çünkü tek başına düşünce, sınırlanamaz ve düzenlenemez. Ancak düşüncenin varlığı veya yokluğu dışarıdan tespit edilebilir. Belli bir politik düşüncenin faaliyetler yoluyla dış dünyaya aktarılmış olması mümkündür. Bu sebeple işe alınma sürecinde politik görüş, işverenin işe alma kararını etkileyebilir. Dolayısıyla aday işçi sahip olduğu politik görüş nedeniyle dezavantajlı bir duruma düşebilir. Politik görüşün düşünce özgürlükleriyle yakın ilişkisi gereğince bireyin vardığı politik kanaatleri ve fikirlerini açıkça söyleyebilmesi durumunda insan olduğunu hissedebileceğinden, politik görüş ile insan onuru arasında yakın ilişki bulunmaktadır. İnsan onurunun işçilerin işe alınması sürecinde de korunması gerektiği

¹¹ Bu konuda genel olarak bkz. ErfK ArbR/Franzen, BDSG § 26, Rn. 15; Zielke, Oliver. *Politische Betätigung von Arbeitnehmern*, Pro Universitate Verlag, Sinzheim 1999, s. 157.

¹² Politik düşünce kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Tanör, Bülent. *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 13 vd.

¹³ Balta, Oğuzhan. *Siyasi İfade Özgürlüğünün Sınırlanması ve Ölçülülük İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 27.

¹⁴ Politik görüş açıklamaları konusunda İHAM'ın görüşleri için bkz. Balta, s. 27. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ışığında politik ifade özgürlüğü için bkz. Beydoğan, T. Ayhan. *Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topuluğu, Ankara 2003, s. 80.

¹⁵ Bir sosyal sınıf olarak işçiler için gündeme gelebilecek parlamento dışı muhalefet hakkı için bkz. Turgut, Nükhet. *Siyasal Muhalefet*, Birey ve Toplum Yayıncılık, Ankara 1984, s. 135 vd.

açıktır¹⁶.

II. Aday İşçinin Politik Görüşünü Belirlemeye Yönelik İşverenin Bilgi Toplaması

A. Politik Görüşün Doğrudan Araştırılması

1. Aday İşçiye Yönelik Sorular

Doğrudan aday işçiye yönelik sorular, politik görüşün araştırılmasına hizmet edebilir. Bununla beraber işverenin soru sorma hakkının sınırlı oluşu, işçi adayının politik görüşü ile bağlantılı kamusal yaşama katılım hakkını korur ve özel yaşamı ile bununla bağlantılı temel haklarının güvence altına alınmasını sağlar¹⁷.

Görülecek işin yahut işyerinin niteliğinin gerektirdiği ve işverenin meşru menfaatlerinin ön plana durumlarda işçi adayına doğrudan sorular yöneltilebilir¹⁸. Ancak işveren, soruların doğru cevaplanmasında korunmaya değer ve karşı tarafın çıkarlarının ikinci planda kalması gereken meşru bir menfaati varsa soru sorabilir¹⁹. Meşru menfaat, eğer söz konusu soruların cevabı işyerinde görülecek işin başarısı için önemli ise varsayılabilir. Soru sormanın sınırı, görülecek işin ve işyerinin nitelikleridir²⁰.

İş sözleşmesi kurulmadan önce ve sözleşmenin devamında işverenin bilgiyi araştırma olanakları sınırlıdır. İşverenin işçi adayına karşı ileri sürdüğü sorular, işverenin işin niteliğini belirleme özgürlüğü karşısında gerekli olmalıdır²¹. Soruların sınırı, işin nitelikleriyle bağlantılı olup olmadığına göre şekillenir. Bu bağlantının zayıflığı soruya şüphe ile yaklaşılmasını gerektirir²². Ayrıca soruların geçerliliği, adayın bulunacağı pozisyona göre belirlenebilir. İşe alınma sürecinde kişinin şartları karşılayıp karşılamadığını tespit etmeye yarayan sorular kabul edilebilir. İşveren nüfus bilgileri, eğitimi, mesleki tecrübe gibi genel soruları ve ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla yaşam hakkını korumaya yönelik soruları tercih edebilir²³. Fakat bazı sorular için görülecek iş ile ilgili güçlü bir bağlantıyı tespit etmek zordur. Özel olarak nitelendirilen ve politik görüşte olduğu gibi hassas bilgileri içeren sorularda durum böyle kabul

¹⁶ Politik görüş kavramı ile doğrudan bağlantılı olarak siyasal hak ve özgürlüklerin düşünce özgürlüğü ile ilişkisi için bkz. Zabunoğlu, Hamdi Gökçe. *Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 27. Ayrıca bkz. Aydın, s. 118.

¹⁷ Erdoğan, Gülnur. *İşyerinde İfade Özgürlüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 257-258. İşverenin soru sorma hakkı için bkz. Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 663 vd. İşçinin iş dışında kişisel yaşamı kapsamında politik düşünce özgürlüğü de bulunur. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 796. Temel haklara zarar veren ve görülecek iş ile ilgisiz sorular hakkında bkz. BAG 7.6.1984, NZA, 1985, s. 57. Politik görüşün toplumsal yaşama katılma hakkı ile ilişkisi için bkz. Yüksel, Anıl Güven. *Toplumsal Yaşama Katılma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 126.

¹⁸ Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander. “Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG”, NZA, 2007, s. 169; Okur, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-İş*, C. 8, S. 4, 2006, s. 11; Süzek, s. 320.

¹⁹ Ugan Çatalkaya, Deniz. *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 311; ErfK ArbR/Preis, BGB § 611a, Rn. 294; Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans. *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2023, GG Art. 2, Rn. 31.

²⁰ Ertürk, s. 64; Rehbinder, s. 753.

²¹ Aydın, s. 117; Civan, Orhan Ersun. *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 278; Ünsal, Feyzan. *Politische und Religiöse Symbole im Betrieb*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009, s. 491.

²² Wisskirchen/Bissels, s. 169.

²³ Soru türleri için bkz. Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 667 vd.

edilebilir.

İlke olarak aday işçiye politik görüşü ve faaliyetlerine ilişkin sorular sorulamaz²⁴. İşçi adayları bir siyasal parti ile ilişkileri bulursa dahi ayrımcılık yapma yasağı ve düşünce özgürlükleri gereğince korunurlar²⁵. Çünkü 1982 Anayasası m. 25 ile düşünce ve kanaat özgürlüğünü güvence altına almış, 68. madde ile bir siyasal parti kurma, partilere girme, partilerden çıkma özgürlüğünü düzenlemiştir. Anayasanın 25. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hiç kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; politik görüşü hakkında işvereni bilgilendirmekle yükümlü tutulamaz. Böyle bir soru hakkında işverenin meşru çıkarı bulunmaz²⁶. Politik görüş, eğilimli işletmeler ve bunlara bağlı işyerleri dışında iş görme borcunun ifası ile açık bir bağlantıyı ortaya koymaz²⁷.

İş hukukunda, politik görüşü araştıran temelde haksız sorulara karşı aday işçiye ait savunma aracı geliştirilmiştir. Buna göre adayın *yalan söyleme hakkına (Recht zur Lüge)* sahip olduğu savunulmaktadır²⁸. Söz konusu savunma aracından, aday işçinin müstakbel işverene yanlış bilgi aktarma yetkisi olduğu anlaşılmaktadır²⁹. Bu yetkinin, işverenin sözleşme özgürlüğüne yönelik ölçülülük ilkesine uygun bir müdahale niteliğinde olduğu kabul edilmelidir³⁰.

Tüm bunlara karşılık eğilimli işletmeler söz konusu olduğunda, işletmenin amacını gerçekleştirebilmek adına aday işçinin politik görüşünün araştırılmayacağı kuralına istisna tanımak gerekir³¹. Çünkü bu ihtimalde, objektif yönden kabul edilen ve görülecek iş ile güçlü

²⁴ Ünsal, s. 177; Steinau-Steinrück, Robert. “Wahlkampf im Arbeitsverhältnis?”, *NJW-Spezial*, 2017, s. 626; Wisskirchen/Bissels, s. 172-173; NK-GA/Hanau, GG Art. 2, Rn. 32.; Sevimli, s. 157; Civan, s. 310; Türe, s. 328; Erdoğan, s. 258; Yiğitcan Çankaya, *İş İlişkisinde Özel Yaşamın Gizliliği*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2021, s. 150; Öktem Songu, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., 2013, s. 634; Okur, s. 12; Zielke, s. 157; Ugan Çatalakaya, s. 322; Süzek, s. 321; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 671.

²⁵ Akyiğit, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 105; Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin. *Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Nomos Verlag, München 2022, BGB § 611a, Rn. 132; ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 2, Rn. 92; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 706.

²⁶ Ayrımcılık içeren sorular hakkında bkz. Heper, Hande. *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 191; Ugan Çatalakaya, s. 322.

²⁷ Civan, s. 279.

²⁸ Akyiğit, s. 105; Türe, s. 182 vd.; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 654; Aydın, s. 198; Öktem Songu, s. 635; Stefan Müller, “Die Lüge im Arbeitsrecht”, *NZA-RR*, 2023, s. 230. Aday işçinin haksız bir soruya susması, işverenden gizleyecek bir şeyi olduğu şüphesini uyandırabilir. Bu nedenle susma hakkının ötesinde, yalan söyleme hakkına ihtiyaç vardır. Bu konuda bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26, Rn. 21; Civan, s. 281; Müller, s. 231; NK-GA/Hanau, GG Art. 2, Rn. 32; Wisskirchen/Bissels, s. 170.

²⁹ Steinau-Steinrück, s. 626; Heper, s. 195; Zielke, s. 158.

³⁰ Türe, s. 184; Ertürk, s. 74; Ugan Çatalakaya, s. 314; Süzek, s. 321; Aydın, s. 118.

³¹ Zielke, s. 158; Ünsal, s. 178-179; Okur, s. 13; Civan, s. 310-311; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 672; Çankaya, s. 150; Ünsal, s. 492; Aydın, Fatih. *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 84. Bir siyasal partiye işçi olarak girmek isteyen kişiye hangi politik düşünceye mensup olduğuna dair soru yöneltilmesi hakkında bkz. Akyiğit, s. 106; Öktem Songu, s. 635. Eğilimli işyerleri hakkında bkz. ErfK ArbR/Preis, BGB § 611a, Rn. 307; Rehbindler, s. 753; Sevimli, s. 157; Birben, Erhan. “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (ed. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 143.

bağlantısı kurulabilen sorular ortaya çıkmaktadır³². Eğilimli işletmelerde işverenin genişletilmiş soru sorma hakkı bulunmaktadır³³. Örneğin siyasal partiye ait işyerinde, örneğin böyle bir işletmeye bağlı bir yayınevi söz konusu olduğunda politik görüşe ilişkin sorular sorulabilir³⁴. Bu durumda aday işçinin yalan söyleme hakkı bulunmaz³⁵. Eğilime muhatap adaydan politik bağlamda *rengini göstermesi (Farbe Bekennen)* beklenir³⁶. Aksi takdirde iş sözleşmesine ilişkin esaslı yanıtla söz konusu olacağından, 4857 sayılı İş Kanunu m. 25/2-a düzenlemesi gereğince haklı sebeple süresiz fesih yaptırımı gündeme gelebilir³⁷. Ancak eğilimli işletmelerde aday işçi, insan onuruna zarar veren, kişi mahremiyetini yok sayan, aşırı detaylı ve eğilimden uzaklaşan politik sorulara cevap vermek zorunda değildir³⁸.

Siyasal partiye ait işyerleri hakkında getirilen yorum, basın işyerleri açısından da yapılabilir³⁹. Çünkü basın özgürlüğü çerçevesinde siyasal iktidarı ve kamuoyunu etkileyici faaliyetlerde bulunan gazetelerin, politik çizgisine uygun konumlanmış gazetecileri çalıştırmak noktasında meşru menfaati vardır⁴⁰. Bir gazetecinin sahip olduğu politik görüş, somut olayın koşullarına göre iş görme borcunun ifasını etkileyebilir. Örneğin gazetenin amacına yönelik bir gazete makalesinin yazılmaması gibi bir olguyu ortaya çıkarabilir⁴¹. Ancak belirtmek gerekir ki bu hususu basın özgürlüğüne zarar verecek, gerçeklikten uzak haberlerin üretimine imkân sağlamak suretiyle gazetecinin editoryal bağımsızlığını ortadan kaldıracak şekilde değerlendirmemek icap eder.

Eğilimli işletmeler bakımından politik görüşün araştırılması mümkün olsa da, buralarda çalıştırılacak işçilerin tamamına politik görüşün araştırılmasına ilişkin soruların sorulması mümkün değildir⁴². Bu görüş doğrultusunda, söz konusu edilen eğilimli işletmelerde ancak *eğilim taşıyıcısı* konumunda üst düzey çalışanlara bu tip soruların sorulabileceğini; bunlar dışında kalan çalışanlar hakkında ise araştırmaya girişilmesinde işverenin bir meşru

³² Ugan Çatalkaya, s. 315; Türe, s. 299-300. Bu konuda ayrıca bkz. Seifert, Markus. *Mobilisierung für alle?*, VS Verlag, Wiesbaden 2012, s. 50.

³³ Ugan Çatalkaya, s. 322. İlke olarak eğilimli işyerlerindeki sorular görülecek işin ifası ile bağlantılıdır ve işverenin meşru menfaatlerini ortaya çıkarır. Bu konuda bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26, Rn. 42.

³⁴ Wisskirchen/Bissels, s. 172; Ertürk, s. 72; Heper, s. 453; Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26, Rn. 38; NK-GA/Hanau, GG Art. 2 Rn. 32.

³⁵Müller, s. 226.

³⁶ ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 5, Rn. 73.

³⁷ Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 653. İş Kanunu m. 25/2-a bağlamında işçinin hilesinin hüküm ve sonuçları hakkında bkz. Türe, Gökhan. “İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 41, 2019, s. 224 vd.

³⁸ Müller, s. 226.

³⁹ Alman hukukuna göre basın işyerleri eğilimli işyerleri kapsamındadır (ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 2, Rn. 92). Gazetecilere yönelik haklı sorular hakkında bkz. BAG 28.5.2002, NZA 2003, s. 166.

⁴⁰ Schaub ArbR-HdB/Linck, § 3, Rn. 34. Gazete işverenleri, kamuoyunda işyerini temsil kabiliyetine haiz çalışanların işe alımında serbestçe karar verebilmelidirler. Nitekim medya içeriğine katkıda bulunan çalışanlar, gazetenin eğilimini oluşturur. Bu konuda bkz. MHdB ArbR/Giesen, § 167, Rn. 13.

⁴¹ Zielke, s. 159. İş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi, bu durumun işyerinde huzursuzluk yaratması halinde disiplin cezaları da gündeme gelebilir. Disiplin cezaları hakkında bkz. Mülayim, Baki Oğuz. “İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 46, 2021, s. 331 vd.

⁴² Zielke, s. 158; Akyiğit, s. 106; Civan, s. 311.

menfaatinin bulunmayacağını belirtmek gerekir⁴³.

Bunlarla birlikte Alman hukukunda, kamu işyerlerinde çalıştırılacak işçiler bakımından politik görüşlerine ve faaliyetlerine ilişkin birtakım soruların kullanılabileceği belirtilmiştir⁴⁴. Bu bağlamda kamu işvereni, aday işçinin işe uygunluğunun araştırılmasında, ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla adayın özgür ve demokratik anayasanın genel tutumuna dair bilgi talep etme hakkına sahiptir. Sorular, aday işçinin işyerinde göreceği iş ile olan güçlü bağlantısını koparabilecek kadar eski tarihli olmaması şartıyla, siyasal parti ve sivil toplum kuruluşlarındaki görevleriyle ilişkili olabilecektir⁴⁵.

Türk hukukunda ise Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴⁶, kamu işverenin adaylara yöneltebileceği sorularının kapsamını belirlemektedir. İşçi statüsünde çalıştırılacaklarda, “*affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk ... suçlarından mahkûm olmamak*” gerekmektedir (Yön. m. 4/I-c). Bu hükmün, Alman hukukundaki duruma benzer olarak, kamuda çalıştırılacak işçinin güvenilirliği konusunda önem taşıyabileceği belirtilmiştir. Çünkü kamu işyerinde çalıştırılacak işçiler, kamu hizmetinin başarılı biçimde görülmesi konusunda memurlar gibi doğrudan sorumlu olmasalar da, söz konusu hizmetin görülmesine yardımcı olmaktadır⁴⁷. Dolayısıyla *kanaatimizce* kamuda işçi olarak çalıştırılmak istenen adaylara, anayasanın temel değerlerine aykırı politik faaliyetlerde bulunup bulunmadıkları, bu sınır içerisinde kalmak ve ölçülülük ilkesine uyulmak şartıyla sorulabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, uygulamada dolaylı olarak politik görüşü ortaya çıkarabilecek haksız sorularla karşılaşılabilir⁴⁸. Bunlar içerisinde mevcut adli/idari soruşturmalar, kovuşturmalar ve eski hükümlülüğe ilişkin olanlar sayılabilir. Pozitif düzenlemelere aykırı, izinsiz toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi hukuka aykırı olağanüstü politik faaliyetlerin suç ihtiva etmesi hâlinde bunlar adayın adli sicil kaydında bulunabilir. Aday işçinin eski hükümlülüğü hakkındaki sorular, söz konusu suçun görülecek iş ile güçlü bir bağlantısı varsa meşru görülebilir⁴⁹. Güvenlik sorunlarının ön plana çıktığı, sabotaja ve casusluğa karşı korunması gereken işyerlerinde çalıştırılacaklar hakkında olağanüstü politik faaliyetlerde bulunup bulunmadığı ve radikal politik görüşe sahip olup olmadıkları araştırılabilir⁵⁰. Diğer bir deyişle iş ile bağlantısı başta güçlü olmayan, ancak daha sonra iş

⁴³ Eğilimli işyerlerinde (Tendenzbetrieb) çalıştırılan eğilim taşıyıcıları (Tendenzträger) hakkında detaylı bilgi için bkz. Noll, s. 48 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Zielke, s. 158-159; Çankaya, s. 150; Birben, s. 146.

⁴⁴ Wisskirchen/Bissels, s. 172; Zielke, s. 162.

⁴⁵ ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 2, Rn. 92.

⁴⁶ RG. T. 09.08.2009, No. 27314.

⁴⁷ Türe, s. 309.

⁴⁸ Wisskirchen/Bissels, s. 172. İşçinin politik görüşünü belirlemeye yönelik dolaylı sorular hakkında bkz. Zielke, s. 158.

⁴⁹ Civan, s. 312 vd.; Akyiğit, s. 109; Ertürk, s. 71; Ugan Çatalkaya, s. 321; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 674. İşverence gerekçelendirilmemiş eski hükümlülüğe dair soruların kişilik hakkının ihlaline neden olması ve bunun sonucunda manevi tazminat talebi hakkında bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26, Rn. 10.

⁵⁰ Gizlilik dereceli işyerleri hakkında bkz. Türe, s. 313. Alman hukuku açısından bkz. Wisskirchen/Bissels, s. 174. Örneğin bir işverenin, nükleer enerji santralinde (veya inşasında yahut radyoaktif madde taşıma işinde) çalışmak üzere çalışanı işe almak istiyorsa, kişinin nükleer enerji karşıtı politik görüşe sahip olup olmadığı ve bu görüşe

ilişkinini etkileyebilecek bir durum varsa soruşturmalar, yargulamalar ve hapse girme ihtimali konusunda sorular sorulabilir⁵¹.

2. Testler ve Kriterleri

Politik görüşün doğrudan araştırılmasında testlerden yararlanılabilir. Testlerin uygulanması, aday işçinin kişilik hakkına ait bilgilerin istenmesi ve bunların değerlendirilmesi sebebiyle temel hakları etkilemektedir⁵². Ayrıca bu suretle yapılacak testler, aday işçi hakkında kişisel verilerin edinilmesi sonucunu doğurmaktadır⁵³.

Test prosedürü, bir gerçeğin araştırılarak tespit edilmesi anlamına gelir⁵⁴. İş hukuku uygulamasında en çok alkol kullanımı, HIV/AIDS, psikolojik, genetik ve dürüstlük testlerinden faydalanılmaktadır⁵⁵. Ancak test türleri bunlarla sınırlı değildir. İşverenin meşru menfaatlerinin söz konusu olduğu hâllerde farklı test türlerinden yararlanılması mümkündür⁵⁶.

Makalemizin konusu açısından gündeme gelebilecek testlerin özel bir türünü, politik görüşü araştırmaya yönelik testler oluşturmaktadır. Bu testler temel haklara müdahale anlamı taşımakta ve kişiliğin manevi unsurları ile etkileşime girdiği için kişisel verilerle ilgili olmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla kişiliğin politik yönünü araştıran bu testler için aday işçinin bunlara katlanma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Genellikle politik eksen veya gözlem olarak adlandırılan bu testler, kişinin politik düşüncesini, dünya görüşünü (siyaset felsefesindeki inancını) tespit etmeye yarayan araçlardır. Bu test türleri içerisinde yaygın olanlardan biri, politik görüşü belirlemek için çift yönde bağımsız geometrik eksenden yararlanan ve *politik pusula (political compass)* olarak isimlendirilen modeldir⁵⁸. Bu gibi politik görüş testlerini, teste muhatap olan bireyin kişiliğinin

ilişkin faaliyetlere katılıp katılmadığını öğrenmekte menfaati vardır. Bu konuda bkz. Preis, Ulrich/Stoffels, Markus: "Kündigung wegen politischer Betätigung", *RdA*, 1996, s. 216; Zielke, s. 133.

⁵¹ Bu durumun masumiyet karinesini ihlal etmeyeceği hakkında bkz. BAG 20.6.2013, *NZA*, 2013, s. 1345; BAG 20.5.1999, *NZA*, 1999, s. 975. Sorular önceki tüm mahkumiyetler, suçlamalar veya soruşturma işlemlerini kapsayacak şekilde geniş tutulursa doğru cevap verilmesi gerekmez. Bkz. BAG 6.9.2012, *NJW*, 2013, s. 1115).

⁵² Çetin, s. 191; Heper, s. 194.

⁵³ Akyiğit, s. 105; Sevimli, s. 161. İşçinin düşünce ve dünya görüşü ile politik faaliyetlerine ilişkin bilgiler kişisel veri olarak kabul edilir. Bkz. Manav, Eda. "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2015, s. 97. Kişisel veriler kavramı ve kişisel verilerin işlenmesi hakkında bkz. Elbir, Nazlı. *Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 35 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 714.

⁵⁴ Wietfel, Anne Christin. "Der Einsatz psychologischer Testverfahren bei der Personalauswahl – Grundlagen und rechtliche Bewertung", *ZfA*, 2016, s. 217; Franzen, Martin. "Rechtliche Rahmenbedingungen psychologischer Eignungstests", *NZA*, 2013, s. 1.

⁵⁵ Aydın, s. 166 vd. Söz konusu testler ve Alman hukukundaki uygulama için bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26 Rn. 16, s. 176 vd.

⁵⁶ İşçinin onayı ile işyerinde görülen faaliyetler ile bağlantılı testler uygulanabilir. Bu konuda bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26 Rn. 15, s. 176.

⁵⁷ Nitekim kişilik hakkı, karaktere ilişkin raporların toplanması ve ifşa edilmesinden etkilenir. Bu tür müdahalelere karşı koruma, özel yaşamın dokunulmaz alanına ait olmasından kaynaklanır (ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 2, Rn. 88). Örnek kararlar için bkz. BVerfG 24.6.1993, *NJW*, 1993, s. 2923; BAG 25.1.2018, *NZA*, 2018, s. 845.

⁵⁸ Uygulanabilir bir politik pusula test modeli hakkında bkz. <https://politicalcompass.org/about>, E.T. 01.12.2023.

araştırılması anlamına geldiğinden, kişilik testleri içerisinde kabul etmek gerekir⁵⁹. Kişiliğin belirlenmesine yönelik bu tür testler, işçilerin çalıştırılacak pozisyona uygun olup olmadıklarını belirlemek ve işe yatkınlığını ölçmek için uygulanmaktadırlar⁶⁰. Şüphesiz iş sözleşmesinin *intuitu personae* niteliği gereğince iş ilişkisinde işçinin kişiliği önem taşır. İşverenin kamuoyundaki imajının korunması ve geliştirilmesi gereken durumlarda; söz gelimi bir politik görüşün savunucusu olan gazetede yahut siyasal parti veya bu türde eğilimli işletmeye bağlı işyerinde çalıştırılacak/terfi ettirilecek üst düzey işçilerin politik görüşünü testler vasıtasıyla araştırmak, işverenin meşru menfaatleri gereğince ortaya çıkabilir⁶¹.

Politik görüşü ölçmeye yarayan testler kişilik testlerine benzer yorumlama biçimlerine sahiptir⁶². Bu testlerin sübjektif kanaatlere göre yorumlanabilmesi nedeniyle iş ilişkisinde az karşılaşılacağı açıktır. Bununla birlikte öğretide kişilik testlerinin tartışmaya açık olduğu kadar⁶³, işyerinin verimliliği bakımından yararlı sonuçlar doğurabileceği de ifade edilmektedir⁶⁴. Bu sebeple kişilik testlerinden hiçbir şekilde faydalanılmayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır. Geçerli bir kişilik araştırması hukuka uygun koşullar sağlanarak gerçekleştirildiğinde, bireyin özel yaşam alanına müdahaleyi hukuka uygun hale getirir⁶⁵.

Türk hukukundan aday işçinin politik görüşünü belirlemeye yönelik testler hakkında düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu gibi durumlarda aday işçilerin menfaatleri, işverenin menfaatleri karşısında dengelemeye tabi tutulmalı ve temel hakları korunmalıdır⁶⁶. Aday işçinin rızası olmaksızın bir kişilik analizinin yapılması mümkün değildir. Bu konuda ILO İnsan Kaynaklarının Gelişimi Hakkında 150 ve 195 No.lu tavsiye kararlarında düzenlemeler bulunmaktadır⁶⁷. 150 No.lu tavsiye kararının 13. maddesinde, özel durumların gerektirdiği hallerde uzman kişilerin gözetiminde ve ilgili kişinin rızasıyla psikolojik (kişilik) testlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir⁶⁸. 195 No.lu tavsiye kararında ise yeteneklerin tanınması ve değerlendirilmesi açısından denetlenebilir şeffaf bir mekanizmanın kurulması, uygulanması ve

⁵⁹ Adayın karakterinin öğrenilmesine yönelik kişilik testleri hakkında bkz. Franzen, s. 1 vd.; Sevimli, s. 189; Çankaya, s. 172 vd.; Ugan Çatalakaya, s. 321. Politikaya olan ilgi ve davranışların yanında ideolojik düşüncelerdeki farklılıklar – söz gelimi, işçilerin politik konularla ne düzeyde ilgilendikleri, politik katılım fırsatlarından ne kadar faydalandıkları veya diğerlerine kıyasla hangi siyasal partiyi seçtikleri - işçiler arasındaki kişilik farklılıkları ile açıklanabilir. Psiko-mantıksal görüşler çerçevesinde istikrarlı kişilik özelliklerinin politik tutumlara etkisi hakkında bkz. Gabriel, s. 141. İnsan psikolojisi ile politika arasındaki ilişki için bkz. Bulut, Nihat. 1982 *Anayasası Çerçevesinde Türkiye'de Siyasal Katılım*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, s. 24. Kişilik testlerinin temelini, kişinin psikolojik verileri oluşturmaktadır. Bkz. Derya Yurteri Çetin, “6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan Adaylarına Yapılabilecek Testler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 4, S. 1, 2022, s. 15; Aydın, s. 194. Psikolojik test için bkz. Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 676.

⁶⁰ Franzen, s.1-2; Sevimli, s. 190; Türe, s. 339.

⁶¹ Zielke, s. 164; Wietfel, s. 229. Üst düzey yöneticiler hakkında işverenin psikolojik (kişilik) testlere başvurabilmesi hakkında bkz. Civan, s. 156.

⁶² Öğretide yerleşmiş bir tanıma göre kişiliğin beş boyutu hakkında bkz. Wietfel, s. 220.

⁶³ Wietfel, s. 222; ErfK ArbR/Franzen, BDSG § 26, Rn. 13; HK-ArbR/Kreuder, BGB § 611a, Rn. 145.

⁶⁴ Sevimli, s. 190. Kişilik testlerinin etkisi açısından tartışmalar hakkında bkz. Aydın, s. 195-196.

⁶⁵ Franzen, s. 2; Reh binder, s. 748; Wietfel, s. 224.

⁶⁶ Aydın, s. 196; Ugan Çatalakaya, s. 321.

⁶⁷ILO 150 No.lu tavsiye kararı için bkz. R150 - Human Resources Development Recommendation, 1975 (No. 150); ILO 195 No.lu tavsiye kararı için bkz. R195 - Human Resources Development Recommendation, 2004 (No. 195); <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12010>, E.T. 02.12.2023.

⁶⁸ Sevimli, s. 191.

geliştirilmesine yönelik önlemlerin alınması gerektiği açıklanmıştır⁶⁹. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2015-(5) sayılı İstihdam İlişkisinde Kişisel Verilerin İşlenmesi'ne ilişkin tavsiye kararının 19. maddesinde ise görülecek işin türü ile niteliği konusunda makul sebeplerin bulunduğu hallerde, adayın kişiliğini belirleme ve değerlendirme amacıyla uzmanlarca hazırlanmış psikolojik testlere başvurulabileceği düzenlenmiştir⁷⁰.

Uluslararası hukuktaki düzenlemeler ile birlikte bu testleri gündeme taşıyacak koşullardan en önemlisi, işyerinin özelliği ve icra edilecek işin niteliğidir⁷¹. Bu nedenle adayın veya işçinin rızasının alınması, testin çerçevesi ve biçimi konusunda bilgilendirilmesi icap eder⁷². Somut olayın koşullarına göre işçinin teste itiraz etmesi fesih nedeni olarak görülmemeli, terfi edilmesi konusunda ise bir kriter olarak kabul edilebilmelidir⁷³. Testlere, ilgili literatürde bilimsel olarak tanınan türlerinin kullanılması ve sonuçlarının gizli olması koşuluyla, siyaset psikolojisi uzmanları tarafından gerçekleştirilmesi halinde izin verilebilir⁷⁴. Her işyerinde bu tür testlerin kullanılmasına izin verilemez⁷⁵.

İşyerinin politik manevi amaç güden eğilime sahip bir işletmeye ait olması halinde, belirlenen iş profiline uygun testlerin uygulanmasına izin verilebilir. Ancak tek başına işyerinin özelliği de politik görüşün tespiti için testlerin kullanılabilmesine imkân tanımamalıdır. Aday işçinin işe alınma sürecinden sonra ifa edeceği işin gereklilikleri, işyerindeki konumu ve işvereni kamuoyunda temsil yetkisinin olup olmayacağı dikkate alınmalıdır⁷⁶. Niteliksiz bir işte çalıştırmak üzere işe alınacak işçinin politik görüşünün araştırılmasında, salt işletmenin eğilimli olduğundan hareketle işverenin meşru menfaatinin bulunacağından söz edilemez⁷⁷. Ölçülülük ilkesi gereğince özel yaşama saygı hakkına daha az müdahale edecek yöntemlerin bulunması hâlinde politik görüş testlerine başvurulmaması gerekir⁷⁸. Değerlendirme merkezi uygulaması gibi hassas kişisel verilerin diğer kişiler tarafından öğrenilmesine yol açan yöntemler bu bakımdan ölçülü değildir⁷⁹. Sadece sonucun (uygun veya değil), yahut gerekli puana ulaşıp ulaşılmadığının işverene bildirilmesi yeterli olur⁸⁰.

Aday işçinin geçmişinin bütünüyle araştırılması anlamına gelecek müdahaleler ise kabul

⁶⁹ Civan, s. 157.

⁷⁰ Civan, s. 157; Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26, Rn. 17.

⁷¹ Franzen, s. 2; Wietfel, s. 226-227; Çetin, Evra. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 201; Çankaya, s. 173.

⁷² Franzen, s. 2; Yurteri Çetin, s. 17; Türe, s. 342; Çetin, s. 202; Aydın, s. 196.

⁷³ Civan, s. 156 vd.

⁷⁴ ErfK ArbR/Preis, BGB § 611a, Rn. 336; Çankaya, s. 174. Somut olayın koşullarına göre psikolojik muayenenin ve testlerin kabul edilebilirliği hakkında bkz. BVerwG, 20.12. 963 - BVerwG VII C 103/62 (Bremen), *NJW*, 1964, s. 607. Kararın değerlendirmesi için bkz. Wietfel, s. 225. Ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya, s. 321.

⁷⁵ Wietfel, s. 227.

⁷⁶ Franzen, s. 2; Zielke, s. 164.

⁷⁷ İşyerinde üst düzey çalışanların politik görüşünün, diğer çalışanlara kıyasla işveren bakımından önemi hakkında bkz. Mittelbach, *Clamor. Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund politischer Meinungsäußerung oder Betätigung*, Herbert Utz Verlag, München 1998, s. 82-83.

⁷⁸ Mülakatlar, yazılı başvuru belgeleri, biyografi odaklı metinler, referanslar, iş örnekleri veya benzerleri yoluyla kişi hakkında nispeten kapsamlı bir resim elde edilebilir. Bkz. Wietfel, s. 230.

⁷⁹ Değerlendirme merkezi uygulaması hakkında bkz. Türe, s. 343-344.

⁸⁰ Franzen, s. 4.

edilemez⁸¹. Politik görüş özel nitelikli kişisel verileri içerdiğinden, işverenin belgeleri saklamak konusundan menfaati bulunmadığı takdirde belgelerin imha edilmesi yahut adaya iade edilmesi gerekir⁸². Sonuçta kişiliğin belirlenmesi konusuna işçi adayının politik görüşü girebileceğinden, uluslararası düzenlemeler uyarınca kişilik testleri için özelliği gerektirdiği ölçüde ve bahsedilen ilkeler çerçevesinde uygulanabilir⁸³.

3. Yapay Zekâ Aracılığıyla Bilgi Toplama

İşveren, aday işçiler hakkında bilgi toplamak için *büyük veri (big data)* kaynağından yararlanabilir ve yapay zekâ (YZ) karar destek sistemlerini kullanabilir⁸⁴. Bu noktada algoritmalar ile kontrol edilen karar destek sistemlerine ve *robot işe alım (robot-recruiting)* konusuna ayrı başlık açmak mümkündür⁸⁵.

YZ işe alınma sürecinin birçok aşamasında kullanılabilir. Adaylar hakkında bilginin araştırılmasında, başvuruların incelenmesi ile kararlar alınmasında ve davranış analizlerinde etkili olabilir⁸⁶. YZ ile işçilerin terfi için uygunluğunun araştırılmasında, davranışlar ile kişilik özelliklerinden kaynaklanan uyum risklerinin önlenmesinde yararlanılabilir⁸⁷. Nitekim büyük veri çerçevesinde işyerine başvurular değerlendirilirken ele alınabilecek kriterlerin sayısında bir sınır yoktur. Söz gelimi adayların sosyal ağ hesaplarının otomatik analizi mümkündür⁸⁸. Adayın boş zamanlarında politik faaliyetlerde bulunduğu tespit edilmesi hâlinde, politik görüşü çerçevesinde başvurusu otomatik biçimde değerlendirilebilir. Benzer olarak siyasi parti üyeliği YZ'nın yapacağı tespit için ilgi çekici olabilir⁸⁹.

YZ kullanılarak gerçekleştirilecek veri analizine, tercih edilen algoritmanın yapısı ve etkinliği bakımından ayrımcılık unsuru ihtiva etmemesi veya işlenecek verileri anonimleştirerek değerlendirmesi hâlinde izin verilebilir⁹⁰. YZ'yı oluşturan algoritmaların

⁸¹ Wietfel, s. 232.

⁸² HK-ArbR/Kreuder, BGB § 611a, Rn. 131.

⁸³ Çetin, s. 202; Civan, s. 160; Zielke, s. 164.

⁸⁴ *Yapay zekâ (YZ)*, makinelerin öğrenme, muhakeme ve problem çözüme gibi insan benzeri zekâ becerilerine katkıda bulunduğu uygulamalar için kullanılan genel kavramdır. Bu konuda bkz. Hoffmann, Michel. "Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting", *NZA*, 2022, s. 19; Däubler, Digitalisierung, Rn. 2, s. 295. Büyük verinin, iş hukukunda kişisel verilere etkisi hakkında bkz. Türe, s. 156; Däubler, Digitalisierung, Rn. 23, s. 43. Ayrıca günümüz sanayi devrimi ve YZ hakkında bkz. Yamakoğlu, Efe. *Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 27. YZ kavramı hakkında güncel bir çalışma için bkz. Güzel, Ali/Çatalkaya, Deniz Ugan/Heper, Hande. "İş Hukukunun Yapay Zekâ ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. Öner Eyrenci'ye Armağan - Özel Sayı, 2023, s. 31.

⁸⁵ Robot işe alım faaliyeti için bkz. Freyler, Carmen. "Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht", *NZA*, 2020, s. 284-285. Büyük veri ve iş hukuku arasındaki ilişki için bkz. Dzida, Boris. "Big Data und Arbeitsrecht", *NZA*, 2017, s. 541.

⁸⁶ Kramer IT-ArbR/Raif, § 3, Rn. 270; Däubler, Digitalisierung, Rn. 5 s. 296.

⁸⁷ Dzida, s. 542; Däubler, Persönlichkeitsschutz, s. 1487.

⁸⁸ Hoffmann, s. 20.

⁸⁹ Däubler, Digitalisierung, Rn. 19a, s. 288. YZ'nin siyasi haklara müdahalesi ve giderek demokrasi için bir tehdit oluşturması hakkında bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 41 ve s. 51.

⁹⁰ Kararları tamamen rasyonaliteye dayanan ve duygulardan arındırılmış robotların önyargıya uzak olduğu belirtilmektedir. Ancak bu durum algoritmanın ayrımcı olmadığı hâlde söz konusu olur (Freyler, s. 285). Verilerin anonimleştirilmesi sayesinde, algoritma tarafından politik görüş dikkate alınmaksızın adayların seçilmesi mümkün olacaktır. Bkz. Hoffmann, s. 20.

yazılımı üretenlerin ideolojileriyle biçimlenebileceği düşünüldüğünde, politik görüş farklılıklarından beslenen kişi analitiğinden kaçınmak için, temel algoritmanın tasarımında eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının gözetilmesi ve YZ'nın objektif kararlar vermesine imkân sağlanmalıdır⁹¹.

Bir algoritma aday işçiyi salt politik görüşü için eliyorsa bu kabul edilemez olacaktır. Bu türde bir veri analizine dayanarak işe alınma sürecinde olumsuz karar veren işverenin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilecektir. Nitekim bu durumun işe alım sürecinde politik görüş temelinde ayrımcılık ile sonuçlanması muhtemeldir⁹². Sorumluluktan kurtulmak isteyen işverenin YZ'yı ayrımcılık yapmaması yönünde dikkatli kullandığını ve ilgili kararlarını kontrol ettiğini ispatlamalıdır⁹³. Otomatik veri analizinin, işverenin soru sorma hakkını aşan kriterlere göre başvuruları ayıklaması hukuka aykırıdır⁹⁴. Örneğin YZ, aday işçinin bir siyasi partiye üye olduğuna dair verilerin bulunup bulunmadığı veya olağanüstü politik faaliyetler sonucunda suç işleme eğilimine sahip olup olmadığını belirlemek için başvuruları değerlendiremez. İşverenin soru sorma hakkının sınırlı olması nedeniyle, aday işçinin sosyal ağ hesaplarında politika hakkında paylaşım yapıp yapmadığını belirlemek için YZ aracılığıyla veri analizi yapılması hukuka uygun değildir⁹⁵.

Sonuçta aday işçinin kişiliğini ve politik görüşünü ortaya çıkarmayı amaçlayan veri analizleri, ancak yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde söz konusu olabilir. Bireyin kişilik özelliklerini teknolojik araçlarla aydınlatılmasına izin verip vermemesi, kişisel verileri hususunda kendi kaderini tayin hakkının bir parçasıdır⁹⁶. Bu sebeple sadece aday işçinin rızasının bulunduğu takdirde ve ölçülülük ilkesi gözetilerek YZ aracılığıyla veri toplanması mümkün olabilir⁹⁷. Eğer YZ işverenin soru sorma hakkının kapsamını aşan sorular sormuş ve ayrımcı veri setlerinden beslenerek bir zarara neden olmuşsa, YZ'yı kullanan işverenin yanında YZ'yı meydana getiren kişinin de sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Buna göre işverenin doğrudan YZ'ya başvurması mümkün olmadığından, aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak üreticinin sorumluluğu çerçevesinde YZ'yı oluşturan üreticiye rücu için başvurabilmelidir⁹⁸.

⁹¹ Kramer IT-ArbR/Oberthür, § 2, Rn. 776. YZ ayrımcı eğitim verileriyle eğitilirse, kararlarını ve sonuçlarını bunlara göre değerlendirecektir (Hoffmann, s. 20). Örneğin bir işveren, geçmişte belirli politik görüşe sahip yahut apolitik adayları çoğunlukla işe almışsa ve YZ bu verileri eğitim amacıyla önceden analiz ediyorsa, politik görüş faktörünü dikkate alacak ve gelecekte de belirli başvuru sahiplerini tercih edebilecektir. Algoritmaların geliştirebileceği önyargılar ve etkileri hakkında bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 64-65

⁹² Däubler, Digitalisierung, Rn. 19a, s. 288.

⁹³ Freyler, s. 289.

⁹⁴ Freyler, s. 286.

⁹⁵ Dzida, s. 543; Freyler, s. 286.

⁹⁶ Dzida, s. 546.

⁹⁷ YZ kullanımı söz konusu olduğunda veri *minimizasyonu* sağlamak, ölçülülük ilkesine uygun olanıdır. Bu bağlamda teknolojik araçlar, olabildiğince az veri üretilecek şekilde tasarlanmalıdır (Däubler, Persönlichkeitsschutz, s. 1482 ve s. 1488). Bu konuda ayrıca bkz. Hoffmann, s. 21. YZ kullanımında şeffaflık ve kontrol edilebilirlik hakkında bkz. Türe, s. 346.

⁹⁸ Sorumluluk hakkında bkz. Däubler, Digitalisierung, Rn. 13, s. 300; Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 84 vd. Burada sorumluluk, işveren ile yazılım üreticisi arasındaki sözleşme ilişkisine göre belirlenir. YZ sistemi hakkında satın alma sözleşmesi veya bireysel yazılım çözümünün geliştirilmesi için ilgili eser sözleşmesi dikkate alınabilir (Freyler, s. 290). Güçlü YZ (starker KI) ve kişilik tartışmaları hakkında bkz. Däubler, Digitalisierung, Rn. 2 s. 295-296.

B. Politik Görüşün Dolaylı Yöntemler ile Araştırılması

1. Üçüncü Kişilere Yönelik Sorular

Aday işçiye ait bilgilerin doğrudan araştırılması yeterli olmadığında, işverence üçüncü kişilere yönelik sorular söz konusu olur. İşveren ancak işçinin rızası ile üçüncü kişilerden bilgi toplayabilir. Üçüncü kişilere yönelik soru sorulması, mutlaka kişilik haklarının ihlali değildir⁹⁹. Soru sorulabilecek üçüncü kişilerin kapsamında eski işveren, iş arkadaşları, müşteriler ve kamu makamları gibi kişiler bulunur¹⁰⁰.

Üçüncü kişilere yönelik sorular aday işçiye yönelik doğrudan sorulardan farklı değildir¹⁰¹. Bu nedenle işçinin mesleki faaliyetleri ile ilgili olmayan hususlar üçüncü kişilere sorulamaz. İşçinin bilgi vermesi gerekmediği konulara ilişkin sorular üçüncü kişilere sorulamaz¹⁰². Aksi hâlde işverenin soru sorma hakkının kapsamı genişletilmiş olur¹⁰³. Kural olarak aday işçi hakkında politik görüş, inanç (dünya görüşü) ve siyasal örgüte üyelik gibi bilgilerin dolaylı yöntemler ile üçüncü kişiler nezdinde toplanması hukuka uygun değildir¹⁰⁴. Toplanacak bilginin üçüncü kişilerce çarpıtılması mümkün olduğu gibi işçi adayı bilginin doğruluğunu teyit etme imkânından yoksundur¹⁰⁵.

İşe alınma sürecinde çalışma (hizmet) belgesinin referans olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Çalışma belgesi işçinin kişiliğinin bir sunumu olup, söz konusu belge ile işçinin kişilik hakkına müdahale edilebilir¹⁰⁶. Aday işçinin politik görüşünü açıklayan tutum ve davranışların çalışma belgesinde ele alınmasını değerlendirmek gerekir.

Çalışma belgesi işçinin gördüğü işin niteliklerinin yanında, işçinin performansı ve davranışlarına da yer verilebilen bir belgedir. İşK. m. 28'e göre işten ayrılan işçiye işveren tarafından gördürülen işin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir. TBK m. 426'ya göre işçinin isteği üzerine işin türünü ve süresini içeren hizmet belgesini vermekle yükümlü işveren, işçinin açık talebi halinde onun tutum ve davranışlarını da belirtir¹⁰⁷. Tutum ve davranışlara çalışma belgesinde yer verilmesi belgeyi nitelikli hale getirir¹⁰⁸.

⁹⁹ Reh binder, s. 746. ErfK ArbR/Preis, BGB § 611a, Rn. 321; Çankaya, s. 179.

¹⁰⁰ Genel olarak işverenin üçüncü kişilerden bilgi edinmesi hakkında bkz. Heper, s. 196.

¹⁰¹ Sevimli, s. 158.

¹⁰² Civan, s. 276, dn. 4.

¹⁰³ Ertürk, s. 74; Sevimli, s. 159; Ugan Çatalkaya, s. 313.

¹⁰⁴ Reh binder, s. 747.

¹⁰⁵ Kişinin rızası söz konusu olsa bile üçüncü kişilerin yanlış bilgilendirme yapması ihtimali karşısında eski işverenin bilgi verme zorunluluğu bulunmamaktadır (Ertürk, s. 75). İşçi talep ederse, itirazın (yahut düzeltmenin) ileri sürülebilmesi için üçüncü kişilerden ne tür bilgilerin toplandığı açıklanmalıdır. Üçüncü kişiler nezdinde toplanan bilgiler çelişkili ise adayın sözlerine öncelik tanımak *kanaatimizce* uygun olur.

¹⁰⁶ ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 2, Rn. 99; Çankaya, s. 181; Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 284. İşverenin işçiye çalışma belgesi verme yükümlülüğü hakkında bkz. Aydın, s. 125-126.

¹⁰⁷ Türe, s. 350. Eski işveren, işçinin talebi halinde böyle bir belgeyi düzenlemek zorundadır. Bkz. Ercan Akyiğit, "İş Kanunu'nda İşverenin Çalışma Belgesi Verme Yükümü", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 22-23, S. 6-1, Mayıs-Ağustos 2010, s. 11.

¹⁰⁸ Nağme N. Hozar, "İşverenin Çalışma Belgesi Düzenleme Yükümlülüğü", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, Eylül 2009, s. 252; Akyiğit, Çalışma Belgesi, s. 2 vd. Nitelikli çalışma belgesi hakkında bkz. Aydın, s. 126.

Çalışma belgesinde işçi adayının politik görüşünün tutum ve davranışlar başlığı altında yer alabilmesi mümkündür. Ancak tutum ve davranışlar, işçinin iş görme edimini yerine getirirken performansını ve işyeri içerisindeki davranışlarını etkilemesi halinde çalışma belgesinde yer almalıdır¹⁰⁹. Açıkça işçi tarafından talep edilmediği sürece, politik ifadelerine ve faaliyetlerine ilişkin özel nitelikteki bilgilere çalışma belgesinde yer verilmemesi gerekir¹¹⁰. İşçinin talebi bulunmadıkça siyasal parti üyeliğine ilişkin bilgiye, işçinin yeni işyerinde ayrımcılığa maruz kalmaması için yer verilmemesi uygun olur¹¹¹. Böyle bir bilgiye yer verilmiş ise, işçinin muhtemel düzeltme talebi haklı görülmelidir¹¹². Söz konusu belgede tutum ve davranışlara yönelik bir açıklama yapılacak ise, aktarılacak bilgiler doğru olmalı, belgeyi düzenleyen politik görüşünden kaynaklanan ön yargıya yer verilmemeli ve olabildiğince objektif bir değerlendirme yapılmalıdır¹¹³. Eski işveren (veya çalışma belgesini düzenleyen kişi ile) politik görüş temelinde bir uyumsuzluk varsa, dürüstlük kuralı gereğince çalışma belgesine itiraz edilebilir.

Sonuçta işçinin politik görüşüne ilişkin kabul edilebilir düzeydeki bilginin ötesine geçen yahut gizli bir mesaj vermek suretiyle işçinin radikal politik görüşe sahip olduğunu gösteren bir belgenin düzenlenmesi işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturur ve işveren aleyhine İşK m. 28/II gereğince tazminat borcuna neden olur¹¹⁴.

2. İnternette Bilgi Toplama

Günümüzün teknolojik gelişmeleri karşısında işverenler, aday işçinin kişiliği hakkında bilgi edinmek ve bunu işe alınma sürecinde kullanmak için internette bireyin geçmişine yönelik araştırma yapabilmektedirler¹¹⁵. İşverenler, aday işçinin politik görüşünü internet

¹⁰⁹ Kayık Aydınalp, Aslıhan. "Çalışma Belgesinin İçeriği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 1, 2020, s. 270.

¹¹⁰ Kayık Aydınalp, s. 265, dn. 50. Esasen çalışma belgesinde yazılacak bilgiler ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Bkz. aynı yazar, s. 264.

¹¹¹ Örneğin işçinin iş dışı eylemlerine ilişkin, "...lehinde/aleyhine yapılan gösteride görülmüştür." şeklinde bir bilginin çalışma belgesinde yeri yoktur. Bkz. HK-ArbR/Kreuder, BGB § 611a, Rn. 149.

¹¹² Çalışanın mesleki ilerlemesine zarar verebilecek, yanlış gerçeklere dayanan iddialar ve ifadeler belgeden kaldırılmalıdır (ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 2, Rn. 99). Kişilik hakkını etkileyecek durum karşısında işçinin düzeltme talebi hakkında bkz. LAG Hamm 17.12.1998, NZA-RR, 1999, s. 455.

¹¹³ Müller, s. 229; NK-GA/Hanau, GG Art. 2, Rn. 78.

¹¹⁴ Kayık Aydınalp, s. 271; Aydın, s. 127. Çalışma belgesinde doğru olmayan ve sınırı aşan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilecektir. Bu konuda bkz. Akyiğit, Çalışma Belgesi, s. 21 vd.; Hozar, s. 256 vd.

¹¹⁵ İşverenin internet tabanlı inceleme yapması hakkında bkz. Türe, s. 351; Aydın, Sosyal Medya, s. 79-80; Däubler, Wolfgang. *Dijitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. Auflage, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2020, Rn. 8, s. 116. Bireye ait dijital alanda yer alan verilerin, kötü niyetli kişiler tarafından ele geçirilmesi ve özgülendikleri amaçlar dışında kullanılması hakkında bkz. Karakaş, Muhammed Emin. "Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması 'Unutulma Hakkı' ve Türk Hukukunda Görünümü", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, s. 263.

üzerinden araştırmak isteyebilirler¹¹⁶. Bu konuda sosyal ağlar ve kariyer ağları ön plana çıkar¹¹⁷.

İşverenin aday işçinin özgeçmişini kontrol etmek için internet üzerinden yapacağı araştırmanın hukuka uygunluğu tartışılmalıdır¹¹⁸. Çünkü ilgili veriler doğrudan kişilerden değil, web sitelerinden araştırılmaktadır. Böyle bir araştırmanın sonucunda işçi adayı, işverenin muhtemel olumsuz kararının gerçek nedenini bilemeyecektir. Başvurucunun kendisini savunabilmesi mümkün olmayacaktır. Tüm bu sorunlar, dijitalleşme nedeniyle bireylerin ve geçmiş faaliyetlerinin şeffaf hale geldiği günümüzde önemini artırmıştır¹¹⁹.

İnternet üzerinden bilgi araştırması işçinin rızasına dayanmalıdır¹²⁰. Diğer bir deyişle, işverence müdahale edilecek verilerde işçi adayı tarafından alenileştirme yönünde bir rızanın varlığı anlaşılmalıdır¹²¹. Bu nedenle işçi adayına ilişkin politik görüş ve faaliyetlere yönelik bilgilerin arama motorlarıyla ulaşılabilir olması hâlinde yahut işçi adayının kendi web sitesinde ya da herkese açık fikir forumlarında bulunması durumunda, işveren buralardan bilgi toplayabilir¹²². İşçinin kamusal alanda gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri, söz gelimi toplantı ve gösterileri alenileştirmiş olması neticesinde, herkes tarafından kolayca erişilebilir bilgilere işverenin ulaşmasında bir sakınca yoktur¹²³.

LinkedIn veya Xing gibi profesyonel kariyer sitelerinde bulunan bilgilerin, kural olarak aleni, mesleki amaçla ve işverenlerin dikkatini çekmeye yönelik olduğundan, bu alanlarda işverenin bilgi toplayabilmesi mümkündür¹²⁴. Kariyer ağının kullanıcısı, bu gibi alanlarda politik düşünce ve inancına ilişkin bilgileri paylaşmayacak; eğer paylaşmış ise bunların müstakbel işverenleri tarafından kontrol edilebileceği kabul etmiş olacaktır. Kariyer ağlarına benzer olarak sosyal ağlarda yer alan politik görüş açıklamaları da sürekli şahsi alana

¹¹⁶ Özellikle belediyelerde çalıştırılan işçilerin, seçim dönemlerinde yaptıkları sosyal ağ paylaşımlarının taranması hakkında bkz. Aydın, Sosyal Medya, s. 329. İşverenlerin, soru sorma hakkının sınırlarına göre doğrudan araştırmalarına izin verilmeyen bilgiler, internet üzerinden denetime açıktır. Politik görüş, araştırılan kişinin imzasını taşıyan gazete makaleleri ve yazılı kanaatlerinden öğrenilebilmektedir. Bkz. Peter Gola, "Das Internet als Quelle von Bewerberdaten", *NZA*, 2019, s. 654. Google arama işlevi bile kişilik profili oluşturmaya elverişlidir. Bkz. Christian Oberwetter, "Bewerberprofilestellung durch das Internet - Verstoß gegen das Datenschutzrecht?", *BB*, 2008, s. 1562.

¹¹⁷ Aydın, Sosyal Medya, s. 80. Profesyonel değeri ile dikkat çeken kariyer ağları, mesleki gelişimde rol oynamaktadır. Böylece işverenler başvuru sahipleri hakkında bilgi edinmek için söz konusu ağlar içerisinde araştırma yapmaktadırlar. Bu konuda bkz. Kramer, Stefan. *IT-Arbeitsrecht*, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2023, § 1, Rn. 39. İnternet ve diğer teknolojik iletişim araçlarının politik açıdan önemi için bkz. Tiemann-Kollipost, Julia. *Political Participation in the Digital Age*, Transcript Verlag, Bielefeld 2020, s. 31; Seifert, s. 37.

¹¹⁸ Tartışmalar için bkz. Heper, s. 198; Kramer IT-ArbR/Oberthür, § 2, Rn. 771.

¹¹⁹ Wolfgang Däubler, "Informationsbedarf versus Persönlichkeitsschutz – was muss, was darf der Arbeitgeber wissen?", *NZA*, 2017, s. 1481; Aydın, Sosyal Medya, s. 81.

¹²⁰ İşverenin, aday işçiye önceden sunulan ve işle ilgili bilgilerin internet üzerinden toplanmasına izin veren anketle önceden rıza alması mümkündür. Böyle bir rıza, kişinin kendisi hakkındaki internetteki belirli kaynaklara açıkça atıfta bulunmasından da çıkarılabilir (Gola, s. 655). Şüphesiz ki işçi sosyal ağ profiline ilişkin kullanıcı bilgilerini işveren ile paylaşmak zorunda değildir. Bu konuda bkz. Yamakoğlu, s. 109.

¹²¹ Oberwetter, s. 1563.

¹²² Bu nedenle sosyal paylaşımlar ve had safhada kalan politik görüşler, iş başvurusu hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesine neden olabilir. Bkz. Kramer IT-ArbR/Solmecke, § 1, Rn. 39.

¹²³ Aydın, Sosyal Medya, s. 84; Akyiğit, s. 111. Kamuya açık veriler konusunda bireyin menfaatleri daha zayıftır. Bkz. Gola, s. 655; ErfK ArbR/Franzen, BDSG § 26, Rn. 19.

¹²⁴ Kariyer odaklı ağlarda kişisel profil oluşturan ve bunu kullanıcılara açan kişi, müstakbel işverenlerin söz konusu profile erişebileceğini de kabul etmektedir. Bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26, Rn. 14; Gola, s. 653.

atfedilmeyeceğinden, burada açıklanan her türlü söylemin gizlenmeyip kamuya açık biçimde yayınlanması hâlinde mahremiyetin aday tarafından daraltılmış olması sebebiyle işverence gerekli araştırma yapılabilecektir¹²⁵.

Buna karşılık internette sınırlandırılabilir ve tanınabilir özel bir grubun erişimine sunulan verilere farklı şekilde yaklaşmak icap eder¹²⁶. İşveren buradaki bilgilere ulaşabiliyor olsa dahi veri toplayamaz¹²⁷. Esasında kariyer odaklı olmayan sosyal ağ hesapları Facebook, Instagram, X (eskiden Twitter) ve türevlerini dar yorumlamak icap eder. Bu tür sosyal ağlar kural olarak özel kullanıma yöneliktir¹²⁸. Ancak işçinin sosyal ağ hesapları alenileştirilmiş, yani kamusal alana açık hale getirilmişse, işverenin bu hesapları herkes gibi inceleyebilmesi mümkündür¹²⁹. İşverenin işçi adayının sosyal ağ hesaplarını sahte hesaplarla gizlice araştırması ve politik görüş gibi özel nitelikli kişisel verileri işlemesi ise hukuka uygun değildir¹³⁰. Çünkü bu tür veriler herkes tarafından değil, ancak belli bir grup tarafından erişilebilir durumdadır. Bu durumda internet araştırması işçinin politik faaliyetler bakımından aktif olduğunu ortaya çıkarırsa, *kanaatimizce* işverenin kararında rol oynamaması ve tarafsız karşılanması gerekir¹³¹.

Son olarak *internet hiçbir şeyi unutmaz* söylemi kullanıldığından, işverenin işe alınma sürecinde karar alırken adaya ilişkin internetteki bilgilerin ne kadar eski olduğunu dikkate alması gerekir¹³². Bu nedenle *kanaatimizce* aday işçinin çok uzun zaman önce konusu suç teşkil eden olağanüstü politik faaliyetlere katılıp katılmadığı veya ulaşılan bilginin günümüzde güncelliğinin bulunup bulunmadığı değerlendirmede rol oynamalıdır¹³³. İnternet üzerinden gerçekleştirilecek özgeçmiş kontrollerinin işçi adayının hukuk çerçevesinde izin verilen sorulara doğru cevap verdiğini teyit edebilecek bilgilerin elde edilmesiyle sınırlı olması gerektiği ileri sürülebilir. Gereğinden çok geniş kapsamlı, işverence gerekçelendirilemeyen özgeçmiş kontrollerinin hukuka aykırı olacağı belirtilmelidir.

3. Güvenlik Soruşturması

Hukuka aykırı olağanüstü politik faaliyetler, örneğin anayasal düzene zarar vermeye yönelik eylemler ortaya çıktığında, adayların yahut işçilerin güvenlik soruşturması usulüyle kişilik profilinin belirlenmesi gerekebilir¹³⁴. Güvenlik soruşturması, kişinin göreceği işe yansiyacak hususların denetime elverişli usullerle araştırılmak suretiyle, kişi hakkında bir kurum veya makamın talebi üzerine rapor düzenlenmesi ve ilgili makama iletilmesi olarak

¹²⁵ Bu noktada önemli arz eden, pratikte sınırsız sayıda kullanıcının ağa erişip erişemeyeceğidir. Bkz. NK-GA/Hanau, GG Art. 2, Rn. 41.

¹²⁶ Sosyal ağlar çerçevesinde bilgi avcılığı, aday işçinin kamusal alana açık hesabı olmadığı sürece kabul edilemez. Bkz. (HK-ArbR/Kreuder, BGB § 611a, Rn. 137.

¹²⁷ Akyiğit, s. 111.

¹²⁸ Gola, s. 656.

¹²⁹ Gola, s. 655.

¹³⁰ Schaub ArbR-HdB/Link, § 26 Rn. 14, s. 176. İşverenin gerçek olmayan bir sosyal ağ arkadaşı oluşturarak gizlice araştırma yapması kabul edilemez. Bkz. NK-GA/Hanau, GG Art. 2, Rn. 34.

¹³¹ Oberwetter, s. 1563.

¹³² Karakaş, s. 285.

¹³³ Oberwetter, s. 1564.

¹³⁴ Preis/Stoffels, s. 216.

tanımlanabilir¹³⁵.

Kural olarak güvenlik soruşturması kamu görevlilerinin istihdamı için öngörülse de, öğretide aday işçinin işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürecek profile sahip olup olmadığının tespiti noktasında, özel sektör işverenin de gerektiği hâllerde bu denetimi yapabileceği ifade edilmiştir¹³⁶. Ancak güvenlik soruşturması temel haklara dikkat çekici düzeyde müdahale anlamına gelmektedir¹³⁷.

7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu¹³⁸, uygulanabilecek güvenlik soruşturmasının hukuksal çerçevesini çizmektedir. Uygulamada işverenin bu kanuna dayanarak güvenlik soruşturması yapması mümkündür. Ancak işverenin bu uygulamaya başvurabilmesi için, diğer araştırma usullerinde de olduğu gibi korunmaya değer meşru menfaatinin bulunması gerekir. Öğretide meşru menfaatin, gizlilik dereceli yahut sabotaja karşı özellikle korunması gereken işyerleri için söz konusu olabileceği, isabetli olarak belirtilmiştir¹³⁹.

Savunma sanayiinde işe alınacak bir işçi adayının, konusu suç teşkil eden olağanüstü politik faaliyetlerde bulunup bulunmadığı, objektif ölçütlere dayanmak şartıyla bu yöntem ile denetlenebilecektir. Ancak bunun için adayın rızasının bulunması ve işe alınacağı pozisyonun güvenlik gereksinimine sahip olması gerekir. Eğer adayın göreceği iş, işyerinin güvenlik ihtiyacı dışında kalıyorsa veya adayın açık rızası bulunmuyorsa, işveren güvenlik soruşturmasına başvuramayacaktır. Ancak bu durumda işverenin, adayın işe alınma talebini olumsuz sonuçlandırması söz konusu olur¹⁴⁰.

III. Aday İşçinin Politik Görüşü Sebebiyle İşe Alınma Talebinin Reddi

Girişim, irade ve sözleşme özgürlüğü gereğince işveren, arzu ettiği aday işçi ile iş sözleşmesi yapabileceği, istemediği adayın ise işe alınma talebini reddedebileceği açıktır¹⁴¹. Çünkü her durumda iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun öngörülmesi, işverenin kişilik hakkına saldırı anlamına gelir¹⁴². Fakat bu noktada işverenin işe alınma talebini reddetmesinin, aday işçinin sahip olduğu politik görüşü nedeniyle yapıлып yapılamayacağı tartışılabilir.

Öğretideki bir görüş, işverenin işçinin politik görüşü nedeniyle onu işe alabileceği gibi aynı nedenle işe alınma talebini reddedebileceği yönündedir¹⁴³. Bu görüşe göre iş sözleşmesi

¹³⁵ Güvenlik soruşturması hakkında bkz. Karahanoğulları, Onur. “Güvenlik Soruşturması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 1, 1998, s. 159.

¹³⁶ Türe, s. 356.

¹³⁷ Güvenlik soruşturmasının, kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale anlamına geldiğini belirten bir karar için bkz. AYM., T. 24/07/2019, E. 2018/73, K. 2019/65, s. 169-170.

¹³⁸ RG. 07.04.2021, S. 31457.

¹³⁹ Türe, s. 357.

¹⁴⁰ Türe, s. 357.

¹⁴¹ İşverenin Anayasada temelini bulan girişim özgürlüğü hakkında bkz. Yücel Bodur, Mehtap. “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, *İş ve Hayat*, C.1, S. 2, 2015, s. 140.

¹⁴² Genel olarak işverenin sözleşme yapma serbestisi ve sınırları hakkında bkz. Senyen Kaplan, s. 202 vd.

¹⁴³ Ünsal, s. 527-528. Bu görüşün hareket noktası, Alman hukukunda AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) açısından, dünya görüşünden (Weltanschauung) farklı olarak tek başına politik görüşün ayrımcılık sebepleri içerisinde sayılmamış olmasıdır. Bu konuda bkz. Picker, Christian. “Politischer Extremismus als Herausforderung für Gesamtrechtsordnung und Arbeitsrecht – Teil II”, *RdA*, 2021, s. 41; Boemke,

işçinin emeğinin yanı sıra kişiliğini de ön plana almakta ve aday işçinin politik kişiliğinin işverence uygun bulunması gerekmektedir¹⁴⁴. Kural olarak işveren kiminle ve hangi şartlar altında iş sözleşmesi yapmayı belirleme hakkına sahiptir¹⁴⁵. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü, aday işçinin daha önce gerçekleştirmiş olduğu görüş açıklamalarından dolayı iş sözleşmesinin kurulmasından kaçınma hakkı sağlamaktadır¹⁴⁶.

Bu görüşe karşılık *kanaatimizce* aday işçinin politik görüş açıklamalarını ve geçmiş faaliyetlerini gelecekteki iş imkânlarını yok eden bir neden olarak kabul etmek, işçinin ifade özgürlüğünü başta olmak üzere temel haklarını kullanmaktan uzaklaştırır hale getirebileceğinden, sözleşme özgürlüğünü işe alınma süreçlerinde keyfi kararların dayanağı olarak kabul etmemek gerekir¹⁴⁷. Aksi durumda adayın, politik düşünceleri ve zamansal olarak işe alınma sürecinden önceye denk gelen politik faaliyetleri sebebiyle zarara uğraması, salt temel hakların kullanımını nedeniyle ortaya çıkacak zarara katlanması ve giderek ayrımcılık riski ile karşılaşması anlamına gelecektir. Kaldı ki iş sözleşmesinin kurulmasında işverenin eşit davranma borcu bulunmasa bile, mutlak ayırım yasaklarının işe alınma sürecinde varlığını koruduğu görüşü ileri sürülmektedir¹⁴⁸. İşe alınma sürecinde aday işçinin salt politik görüş nedeniyle farklı işleme tabi tutulmasının mutlak ayırım yasağının içerisinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan aday işçiler açısından salt politik görüşten kaynaklanan ayrımcılığın ispatının zor olduğu söylenebilir. Buna karşılık işveren, aday işçinin politik görüşünü doğrudan veya dolaylı yöntemlerle araştırdıktan sonra salt bu nedenle işe almadığı takdirde, TCK m. 122/I-c’de düzenlenen politik görüş farklılığından kaynaklanacak nefret ve ayrımcılık suçunun faili olabilecektir¹⁴⁹. Bundan başka TİHEKK m. 17/V gereğince politik görüş de dahil olmak üzere

Burkhard/Gründel, Mirko. “Grundrechte im Arbeitsverhältnis”, *ZfA*, 2001, s. 255. Kamu işyerleri bakımından ise bkz. Zielke, s. 71.

¹⁴⁴ Boemke/Gründel, s. 257; Ertürk, s. 80, dn. 254’te belirtilen yazar.

¹⁴⁵ Federal Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, kanun önünde eşitliği konu alan GG. Art. 3/I’in, özel hukuk ilişkilerine yatay etkisinin bulunmadığı için politik görüş temelinde ayrımcılığın söz konusu olabileceğini ve politik ayrımcılığın mutlak olmadığını belirtmiştir. Karar için bkz. BVerfG, *NJW*, 2019, s. 3769. Ancak bu karar, iş sözleşmesi gibi zayıf tarafı koruyan bir sözleşmeyi konu almamaktadır. Bu nedenle karar isabetli olarak öğretilmiş ve eleştirilmiştir. Bkz. aynı karar, Rn. 14. Bu bağlamda politik ayrımcılık ve özgürlüklerin dengelenmesi konusunda bkz. ErfK ArbR/Schmidt, GG Art. 3, Rn. 74.

¹⁴⁶ Bu konuda öğretilde şöyle bir örnek verilmiştir: Örneğin bir işçi, işverenin savaşı yücelten yazılar basıp dağıttığı için iş sözleşmesi yapmayı reddedebiliyorsa, işveren de buna benzer durumlarda sözleşmeyi yapmama özgürlüğe sahip olmalıdır. İşe alınma sürecinde sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, çatışan temel haklar nedeniyle sınırlandırılmaz. Bkz. Boemke/Gründel, s. 254.

¹⁴⁷ Okur, s. 11; Aydın, Sosyal Medya, s. 85; Ugan Çatalkaya, s. 188. Aday işçilerin değer yargıları karşısında, işverenin sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında bkz. Türe, s. 151-152. Konu ile ilgili Federal İş Mahkemesinin bir kararında işveren, mesleki eğitimini tamamlayan stajyeri, daha önce okul gazetesindeki yazısında şiddet yanlısı göstericilerle dayanışma içerisinde olduğunu açıkladığı için işe almayı reddetmiştir. Mahkemeye göre stajyerin salt politik görüş açıklaması nedeniyle reddedilmesi, özel hukuk ilişkilerinde yatay etkiye sahip olan GG Art. 5 Abs. 1 gereğince ifade özgürlüğünü ihlal etmiştir. Karar için bkz. BVerfG 19.5.1992, *NJW*, 1992, s. 2409.

¹⁴⁸ Civan, s. 281; Heper, s. 179; Türe, s. 194; Sevimli, s. 151; Aydın, Sosyal Medya, s. 85. İşverenin kural olarak işçiyi işe alırken eşit davranma borcunun yokluğu hakkında bkz. Sümer, s. 103. İşe ilk girişte mutlak ayırım yasaklarına yönelik görüşler için bkz. Tuncay, Aziz Can. *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 155; Ugan Çatalkaya, s. 187.

¹⁴⁹ Başbuğ/Yücel Bodur, s. 158; Aydın, Sosyal Medya, s. 85; Akyiğit, s. 210; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 661. TCK m. 122/I-c ye göre politik görüş farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını

İşK m. 5 kapsamında yer alan ayrımcılık hallerine İşK m. 99/I-a da düzenlenen yaptırımlar uygulanabilecektir¹⁵⁰. TİHEKK m. 25'te düzenlenen idari yaptırımlar da işverene yönelik ileri sürülebilecektir¹⁵¹.

Ayrıca aday işçinin işe alınma sürecinde salt politik görüş nedeniyle olumsuz karar verilmesi birtakım zararların ortaya çıkması anlamına gelebilir. Bu noktada öncelikle işe alınma sürecinde politik görüşe sahip olma özgürlüğünün korunabilmesi adına taraflar arasındaki hukuki ilişkinin özelliğini tespit etmek gerekir. Nitekim sözleşme görüşmelerinin başlatılması, taraflar arasında borç ilişkisi ortaya çıkarır¹⁵². Sosyal temas içerisinde bulunan taraflar arasında, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi bulunmaktadır¹⁵³. Bu borç, bazı koruma ve davranış yükümlülüklerini ortaya çıkarmakta ve TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Borcun ihlali durumunda taraflar, zararı meydana getiren olay meydana gelmemiş olsaydı içinde bulunacakları duruma iade edilmelidirler. Bu bağlamda aday işçinin kişilik hakkına zarar verici, temel haklarını tehlikeye atan, bilgi verilmesi halinde işverence ayrımcı işlemlere tabi tutulma tehlikesi yaratan politik görüşü belirlemeye yönelik haksız araştırmaların sınırı, koruma ve davranış yükümlerinde çizmelidir¹⁵⁵. Sınırın aşılması Culpa in Contrahendo sorumluluğunu ortaya çıkaracaktır¹⁵⁶.

Culpa in Contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin kurulması sürecinde gündeme gelebilecek bir sorumluluk türüdür¹⁵⁷. Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar, birbirlerine karşı açıklama yapma, zarara vermeme, özen gösterme ve giderek iş birliği yapma yükümlülüklerine sahiptirler¹⁵⁸. Bu yükümlülükler, iş ilişkisinin kurulması aşamasında önem arz eden durumları, karşı tarafça sorulmadan dahi belirtilmeleri gerektiği ifade eder. Buna aykırı kusurlu bir davranış, tazminat ödeme yükümlülüğü doğurabilir¹⁵⁹.

Esas olarak Culpa in Contrahendo sorumluluğunda işçinin menfi zararının işverenden tazmini gündeme gelir. Menfi zarar, politik görüş nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanan sözleşme görüşmeleri eğer hiç gerçekleştirilmemiş olsaydı, aday işçinin uğramayacağı zarara göre

engelleyen kimse (işveren veya işveren vekili), bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşe alınma sürecindeki ayrımcılığın denetiminde ispat sorunu ve denetim alanının genişletilmesi hakkında bkz. Heper, s. 185.

¹⁵⁰Eşitlik ilkesine aykırılık veya haksız ayrımcılık karşısında TİHEKK kapsamında idari yol ve sonuçları hakkında bkz. Akyiğit, s. 213; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 662.

¹⁵¹Türe, s. 197; Senyen Kaplan, s. 354-355.

¹⁵²Sözleşme görüşmelerine girişilmesi ile birlikte her iki tarafın da diğer tarafın haklarını ve menfaatlerini dikkate alma yükümlülüğü başlayacaktır. Bkz. Müller, s. 225. İş (sözleşme) görüşmelerinin hukuki niteliği için bkz. Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 654 vd.

¹⁵³Aydınlı, s. 147; Türe, s. 276. Alman hukuku açısından sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun dayanağı BGB § 311 II olup bu, iş sözleşmesi görüşmelerinden kaynaklanacak uyuşmazlıklara da uygulanacaktır. Bu konuda bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26 Rn. 1, s. 170.

¹⁵⁴Türe, s. 277. Genel olarak sözleşme görüşmelerinde bilgi verme yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan zararlar, güven kaybının tazminini amaçlar. Bkz. Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26 Rn. 7, s. 172.

¹⁵⁵Ertürk, s. 66; Süzek, s. 320.

¹⁵⁶Aydın, Sosyal Medya, s. 85; Akyiğit, s. 104; Sevimli, s. 147; Heper, s. 167; Çankaya, s. 182; Öktem Songu, s. 635; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 657.

¹⁵⁷İşe alımda Culpa in Contrahendo sorumluluğu hakkında bkz. Aydın, s. 205; Türe, s. 369; HK-ArbR/Kreuder, BGB § 611a, Rn. 123. Bu sorumluluğun dürüstlük kuralı ile ilişkisi için bkz. Heper, s. 133-134.

¹⁵⁸Sorumluluktan kaynaklanan yükümlülükler hakkında bkz. Türe, s. 280; Civan, s. 275.

¹⁵⁹ErfK ArbR/Preis, BGB § 611a, Rn. 283.

belirlenir¹⁶⁰. Eğer sözleşme görüşmeleri işverenin yetkili çalışanı ile gerçekleştirilmişse, çalışanın kusuru işverene atfedilebilir¹⁶¹. Bunlarla birlikte işe alınma sürecinde belli bir düzeyde güvenin sağlanmış olmasına karşılık, salt politik görüş sebebiyle işverence yeni istihdam yaratma talebinin reddedilmesi durumunda da menfi zarardan bahsedilebilir¹⁶². Başvurunun sonucunun ifade özgürlüğünün kullanılmasına yahut muhalif olmayan veya mutlak muhalif kişilik özelliklerine bağlandığı ve yeni istihdam yaratma talebinin salt bu gibi nedenlerle reddedildiği durumlarda dürüstlük kuralına aykırı hareket edildiği söylenebilir¹⁶³.

Sonuçta eğilimli bir işyerinin bulunmadığı yahut aday işçinin göreceği iş ile objektif bir bağlantının kurulmadığı hâllerde, politik görüşün öğrenilmesi için aday işçinin zorlanması ve baskı ile ya da hukuka aykırı doğrudan yahut dolaylı yollarla gerçekleştirilen araştırmalar neticesinde zarar ortaya çıkmış ise, taraflar arasındaki koruma ve davranış yükümlülüğünün ihlal edildiği anlaşılacaktır¹⁶⁴. Aday işçi ayrımcılık anlamına gelebilecek davranışlara rağmen işe alınmış ise maddi zarar söz konusu olmasa bile manevi zararını işverenden talep edebilecektir. Her durumda işe alım kararı tazminat belirlenirken dikkate alınmalıdır¹⁶⁵.

SONUÇ

Politika (siyaset) ile ilgili fikirler demetini oluşturan politik görüş, demokrasinin katılımcı özelliğini koruyan ve onu geliştiren en önemli kavramlardan birisidir. Demokratik hukuk sistemlerinde her birey politik düşünceye sahip olma hakkına sahiptir. Politik düşünceye sahip birey, birçok farklı durumda müdahaleye uğrayabilir. Bunlardan birisi de işçilerin işe alınma sürecidir.

Aday işçiler işe alınma sürecinde işverence birtakım sorulara veya testlere muhatap edilebilirler. Ülke olarak aday işçilerin politik görüşü sorulamaz. Böyle bir müdahale, Anayasa m. 68 bağlamında siyasal parti kurma, bu tür partilere girme ile partilerden çıkma özgürlüğüne ve Anayasanın 25. maddesinin ikinci fıkrası gereğince düşünce ve kanaat özgürlüğüne zarar verir. Sorulara, testlere ve güvenlik soruşturmalarına ancak dürüstlük kuralına uygun olduğu sürece ve görülecek iş ile işyerinin özellikleri ön plana çıktığında izin verilebilir. Özellikle eğilimli işyerlerinde çalıştırılacak eğilim taşıyıcıları söz konusu olduğunda, görülecek iş ve işyerinin özellikleri önem arz etmiş olur. *Kanaatimizce* politik özellik gösteren eğilimli işyerlerinde çalıştırılacak üst düzey çalışanlara ölçülülük ilkesine uygun olmak şartıyla politik

¹⁶⁰ Civan, s. 183; Süzek, s. 322.

¹⁶¹ Schaub ArbR-HdB/Linck, § 26 Rn. 2.

¹⁶² İşveren, iş sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin müzakereler sırasında başvuru sahibine iş sözleşmesinin kesinlikle imzalanacağına kanaat uyandırırca, sonradan kendi kusuruyla gerçekleşmeyen işe alım neticesinde ortaya çıkacak tazminattan sorumludur. Bkz. ErfK ArbR, BGB § 611a, Rn. 285.

¹⁶³ Ertürk, s. 81; Aydın, Sosyal Medya, s. 85.

¹⁶⁴ Yürekli, Sabahattin. “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 2, 2014, s. 550; Civan, s. 310. Eğilim taşıyıcısı olarak çalışmayacak işçi adaylarının, Culpa in Contrahendo sorumluluğundan kaynaklanabilecek talepleri hakkında bkz. Civan, s. 175.

¹⁶⁵ ErfK ArbR/Preis, BGB § 611a, Rn. 317. Yargıtay, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan zarar ilişkin davaların, henüz iş ilişkisi kurulmamış olduğu için genel mahkemelerde görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yarg. 9. HD., T. 27.02.2008, 1358/2598, (legalbank), E.T. 05.12.2023. Fakat öğretide isabetli olarak Alman hukukunda olduğu gibi iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin davaların uzmanlığa sahip iş mahkemelerinde görülmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu konuda bkz. Süzek, s. 323; Yücel Bodur, Soru Sorma Hakkı, s. 658.

görüŖe iliŖkin sorular sorulabilir ve kiŖilik testleri yapılabilir.

İŖveren iŖe alım sürecinde adayların politik görüŖünü internetten araŖtırabilir, hatta bunun için yapay zekâdan yararlanabilir. Yapay zekâ aracılığıyla bilgi toplama faaliyetine ve yapay zekâ karar destek sistemlerine Ŗüphe ile yaklaŖmak icap eder. *Kanaatimizce* iŖveren iŖçilerin iŖe alınma sürecinde yapay zekâdan yararlanmak istiyorsa gerçekteŖtirilecek veri analizine, tercih edilen algoritmanın yapısı ve etkinliği bakımından politik görüŖ farklılıklarından kaynaklanan ayrımcılık unsurları içermemesi ve iŖlenecek verileri anonimleŖtirerek değerlendirmesi hâlinde izin verilmelidir. Aksi hâlde yapay zekâ karar destek sistemini kullanan iŖverenin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilir.

Uygulamada aday iŖçinin politik görüŖü sebebiyle iŖe alınma talebinin reddi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, adayın salt politik görüŖü sebebiyle iŖverenin yeni istihdam yaratma yetkisinden vazgeçmesinin mümkün olup olmadığı tartiŖmalıdır. *Kanaatimizce* iŖe alınma sürecinde mutlak ayırım yasakları politik görüŖü de kapsamaktadır. Her ne kadar iŖveren söz konusu adayların iŖe alınmasında genel anlamda eŖit davranma borcuna uygun hareket etmek zorunda olmasa da politik görüŖe dayalı ayrımcılık yapamaz. Ancak iŖe alım sürecinde durumu haklılaŖtırabilir ise, örneğin politik özellik gösteren eğilimli iŖyerlerinde, adayın politik görüŖü nedeniyle iŖe alım talebi reddedilebilir. İŖveren iŖe alım sürecinde durumu haklılaŖtıramaz ve bu nedenle bir zarar ortaya çıkarsa, culpa in contrahendo çerçevesinde sözleşmelerin ihlaline iliŖkin hükümler uyarınca sorumluluğu doğar.

Çıkar ÇatıŖması

Çıkar çatıŖması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

- Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Aydın, Ufuk. *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2002.
- Aydınlı, İbrahim. *İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Balta, Oğuzhan. *Siyasi İfade Özgürlüğünün Sınırlanması ve Ölçülülük İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2021.
- Beydoğan, T. Ayhan. *Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.
- Birben, Erhan. “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (ed. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 135-171.
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans. *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2023. (NK-GA/Bearbeiter...)
- Boemke, Burkhard/Gründel, Mirko. “Grundrechte im Arbeitsverhältnis”, *ZfA*, 2001, s. 245-280.
- Bulut, Nihat. *1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Siyasal Katılım*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998.
- Civan, Orhan Ersun. *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Çetin, Evra. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Däubler, Wolfgang. *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. Auflage, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2020.
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin. *Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Nomos Verlag, München 2022. (HK-ArbR/Bearbeiter...)
- Dzida, Boris. “Big Data und Arbeitsrecht”, *NZA*, 2017, s. 541-546.
- Elbir, Nazlı. *Kişiliğinin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Erdoğan, Gülnur. *İşyerinde İfade Özgürlüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Ertürk, Şükran. *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Freyler, Carmen. “Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht”, *NZA*, 2020, s. 284-290.
- Gabriel, Oscar W. *Politische Partizipation*, Springer, Wiesbaden 2022.
- Güzel, Ali/Çatalkaya, Deniz Ugan/Heper, Hande. “İş Hukukunun Yapay Zekâ ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. Öner

- Eyrenci'ye Armağan - Özel Sayı, 2023, s. 25-110.
- Heper, Hande. *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Hoffmann, Michel. “Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting”, *NZA*, 2022, s. 19-24.
- Karahanoğulları, Onur. “Güvenlik Soruşturması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 53, S. 1, 1998, s. 159-184.
- Karakaş, Muhammed Emin. “Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması ‘Unutulma Hakkı’ ve Türk Hukukunda Görünümü”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, s. 262-289.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut. *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2021. (MHdB ArbR/Bearbeiter...)
- Kramer, Stefan. *IT-Arbeitsrecht*, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2023. ((Kramer IT-ArbR/Bearbeiter...))
- Manav, Eda. “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2015, s. 95-136.
- Mittelbach, Clamor. *Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund politischer Meinungsäußerung oder Betätigung*, Herbert Utz Verlag, München 1998.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.
- Mülayim, Baki Oğuz. “İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 46, 2021, s. 327-354.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid. *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Auflage, C.H. Beck, München 2023. (ErfK ArbR/Bearbeiter...)
- Noll, Gerhard. *Arbeitsrecht im Tendenzbetrieb*, Bund-Verlag, Frankfurt am Main 2001.
- Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-İş*, C. 8, S. 4, 2006, s. 11.
- Öktem Songu, Sezgi. “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel S., 2013, s. 609-650.
- Picker, Christian. “Politischer Extremismus als Herausforderung für Gesamtrechtsordnung und Arbeitsrecht – Teil II, *RdA*, 2021, s. 33-44.
- Preis, Ulrich/Stoffels, Markus. “Kündigung wegen politischer Betätigung”, *RdA*, 1996, s. 210-223.
- Rehbinder, Manfred. “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, (Çev.) Ömer Erdoğan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45, S. 1-4, 1982, s. 745-759.
- Schaub, Günter. *Arbeitsrechts-Handbuch*, 19. Auflage, C.H. Beck, München 2021. (Schaub

ArbR-HdB/Bearbeiter...)

Seifert, Markus. *Mobilisierung für alle?*, VS Verlag, Wiesbaden 2012.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Sevimli, Ahmet. *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.

Stefan Müller. “Die Lüge im Arbeitsrecht”, *NZA-RR*, 2023, s. 225-231.

Steinau-Steinrück, Robert. “Wahlkampf im Arbeitsverhältnis?”, *NJW-Spezial*, 2017, s. 626-627.

Sümer, Halûk Hâdi. *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (Uygulamalar)

Sümer, Halûk Hâdi. *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2023.

Tanör, Bülent. *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

Tiemann-Kollipost, Julia. *Political Participation in the Digital Age*, Transcript Verlag, Bielefeld 2020.

Tuncay, Aziz Can. *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Turgut, Nükhet. *Siyasal Muhalefet*, Birey ve Toplum Yayıncılık, Ankara 1984.

Türe, Gökhan. “İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 41, 2019, s. 221-244. (Hile)

Türe, Gökhan. *İş Sözleşmesinin Kurulması*, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2021.

Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Ünsal, Feyzan. *Politische und Religiöse Symbole im Betrieb*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009.

Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander. “Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG.”, *NZA*, 2007, s. 169-174.

Wolfgang Däubler. “Informationsbedarf versus Persönlichkeitsschutz – was muss, was darf der Arbeitgeber wissen?”, *NZA*, 2017, s. 1481-1488.

Yamakoğlu, Efe. *Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Yiğitcan, Çankaya. *İş İlişkisinde Özel Yaşamın Gizliliği*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

Yücel Bodur, Mehtap. “İşverenin İş Görüşmelerinde Soru Sorma Hakkı ve Bunun Sınırları”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 19, S. 218, s. 651-694. (Soru Sorma Hakkı)

Yücel Bodur, Mehtap. “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, *İş ve Hayat*, C.1, S. 2, 2015, s. 137-167.

Yüksel, Anıl Güven. *Toplumsal Yaşama Katılma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Yürekli, Sabahattin. “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 2, 2014, s. 541-579.

Zabunoğlu, Hamdi Gökçe. *Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Zielke, Oliver. *Politische Betätigung von Arbeitnehmern*, Pro Universitate Verlag, Sinzheim 1999.

Yabancı Sermayeli Şirketlerin Türkiye’de Taşınmaz ve Aynı Hak Ediniminin Hukuken İncelenmesi

Abdurrahman Hamza TÜZGEN*¹

¹ Dr., Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 07.11.2023

Kabul Tarihi: 03.01.2024

Yayın Tarihi: 14.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Mülkiyet Hakkı,
Tapu Kanunu,
Sınırlı Aynı Hak,
Taşınmaz,
Yabancı Sermayeli Şirket.

ÖZET

Bu makale, yabancı sermayeli ticaret şirketlerinin Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı haklar edinmelerine ilişkin Tapu Kanunu’ndaki sınırlamaları ve bu sınırlamalara getirilen istisnaları incelemektedir. Makale, özellikle yabancı sermayeli şirketlerin ülkede taşınmaz mal edinimini kolaylaştırmak amacıyla getirilen hukuki düzenlemeleri ele almaktadır. Ayrıca, bu düzenlemelerin tarihi arka planı ve hukuki dayanaklarını değerlendirmekte ve yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz mülkiyetine yönelik farklı kısıtlamalara dikkat çekmektedir. Makalenin sonucunda, Türkiye’de yabancıların taşınmaz edinmelerinin temel hukuki dayanağının Anayasa’da yer alan mülkiyet hakkı olduğu ve bu hakkın belirli şartlarda sınırlandırabileceği vurgulanmıştır. Ayrıca, Türkiye’de yabancıların taşınmaz edinim sürecinin tarihçesi ve güncel düzenlemeleri açıklanmıştır. Son olarak, Tapu Kanunu md.36/5 ile getirilen istisnaların yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz edinimini kolaylaştırmayı amaçladığı ve bu istisnaların özellikle bankalar, taşınmaz rehni, birleşme ve bölünme işlemleri ile özel yatırım bölgelerine odaklandığı vurgulanmaktadır.

Legal Examination of the Acquisition of Real Estate and Real Rights in Türkiye by Companies with Foreign Capital

Article Info

Article History

Received: 07.11.2023

Accepted: 03.01.2024

Published: 14.06.2024

Keywords:

Property Right,
Land Registry Law,
Limited Real Right,
Real Estate,
Company with Foreign
Capital.

ABSTRACT

This article examines the restrictions and exceptions regarding the acquisition of real estate and limited real rights by companies with foreign capital in Türkiye as stipulated in the Land Registry Law. The article primarily addresses the legal regulations introduced with the aim of facilitating the acquisition of real estate by companies with foreign capital in the country. It also evaluates the historical background and legal basis of these regulations and highlights different restrictions on real estate ownership by companies with foreign capital. In the conclusion of the article, it emphasizes that the fundamental legal basis for the acquisition of real estate by foreigners in Türkiye is the right to property, as stated in the Constitution, and that this right can be subject to certain conditions and limitations. Additionally, it provides an overview of the historical background and current regulatory framework for the real estate acquisition process by foreigners in Türkiye. The article further emphasizes that the exceptions introduced by Article 36/5 of the Land Registry Law aim to facilitate real estate acquisition by companies with foreign capital, with a particular focus on banks, real estate mortgages, merger and division transactions, and special investment zones.

To cite this article:

Tüzgen, H. A. (2024). “Yabancı Sermayeli Şirketlerin Türkiye’de Taşınmaz ve Aynı Hak Ediniminin Hukuken



GİRİŞ

Ticaret insanoğlu tarafından tarihin ilk devirlerinden beri sürdürülen bir faaliyettir. Yeni ticaret güzergahlarının ortaya çıkması ile ticaret çok daha geniş bir coğrafyada icra edilir olmuştur. Yaşadığımız döneme gelindiğinde ise ticari hayat, globalleşen dünyadan oldukça etkilenmiştir. Bu durum beraberinde ticaretin dünya çapında icra edilebilirliğini hemen herkes açısından mümkün kılmıştır.

Ticaretin ülke sınırlarını aşarak milletlerarası bir hale gelmesi, yeni sorunlar ve çözüm arayışlarını gündeme getirmiştir. Yabancı gerçek ve tüzel kişilerin kendi ülkeleri dışında taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinme istekleri, bu konuda çeşitli düzenlemeleri gerekli kılmış ve yapılan düzenlemeler çağın durumuna göre sürekli güncellenir olmuştur. Düzenlemelerin temelinde insanların kendi vatanlarında yabacılara karşı dezavantajlı konuma düşmemesi düşüncesi yatmaktadır. Bunların yanında, günümüz ticari yapısında karşımıza çıkan diğer bir durum ise tamamı yabancılara ait olmayan çok ortaklı şirketlerin taşınmaz ve ayni hak edinimleridir.

Bu çalışmada, yabancı sermayeli şirketlerin ülkemizde taşınmaz ve ayni hak edinmesi konusunun ve bu alandaki düzenlemelerin altında yatan bakış açısının iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle, ülkemizde yabancılara taşınmaz ve ayni hak edinmelerinin anayasal temelleri ele alınacaktır. Zira taşınmaz ve ayni hak edinimi doğrudan, temel hak ve hürriyetlerden olan mülkiyet hakkına temas eden bir durumdur. Sonrasında, bu konuya yaklaşımın tarihsel süreç içerisindeki değişimi kısaca ele alınacak ve taşınmaz ve sınırlı ayni hak ediniminde hangi yabancılara ne tür sınırlamalara tabi oldukları üzerinde durulacaktır. Bunun devamında ise taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimi konusu yabancı sermayeli şirketler açısından detaylı şekilde değerlendirilecektir.

I. Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Ayni Hak Edinmelerinin Anayasal Dayanakları

Anayasamızda¹ herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu kabul edilmiş ve bu haklar koruma altına alınmıştır. Bu husus anayasamızın 12. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”

Taşınmaz iktisabı, mülkiyet hakkı kapsamındaki haklardandır ve mülkiyet hakkı birçok uluslararası ve yerel mevzuatta yer almakta olup, ülkemiz açısından bu hakkın ele alındığı en temel metin Anayasa’dır (md. 35).² Bu maddeye göre “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına

¹ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, 09.11.1982, Resmi Gazete, S. 17863.

² Aydoğmuş Gisoldi, Ayşe Yasemin. *AIHS’e Ek 1 No’lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi*. On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 15.

sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Madde metninden de anlaşılacağı üzere, mülkiyet hakkı temel bir hak olup sadece kanun ile sınırlandırılabilir ve sınırlandırılabilmesi için kamu yararının söz konusu sınırlamayı gerekli kılması gerekir. Sınırlandırma yapılırken ön şart olan kamu yararı, tüm kamunun yararı gözetilmesi olabileceği gibi sosyal düzen açısından birkaç kişinin hakkının korunması olarak da ele alınabilir.³

Yabancılara ilişkin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususu ise Anayasa’nın 16. maddesinde ayrı bir biçimde ele alınarak yabancılara karşı hak ihlallerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁴ Madde metninde “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” şeklinde bir ifadeye yer vererek, yabancılarının temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılabilmesi için kanunla sınırlamaya ek olarak, sınırlamanın uluslararası hukuka da uygun olması gerektiğini belirtmiştir.

Özetle, Anayasa açısından temel hak ve özgürlüklere yabancılar dahil herkes sahiptir ve mülkiyet hakkı da bir temel haktır. İşbu temel hakkın ancak kanunla sınırlanabileceği Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Ancak, bu sınırlama mutlak olmayıp kısıtlı bir sınırlamadır. Diğer bir ifade ile hakka yapılan müdahale ile hakkın asıl sahibinden tamamen koparılması söz konusu değildir.⁵ Yabancılar söz konusu olduğunda ise mülkiyet hakkının kanunla sınırlanması milletlerarası hukuka da uygun olmak zorundadır.

II. Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Aynı Hak Edinmelerinin Tarihsel Süreci

A. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Osmanlı devletinde yabancıların taşınmaz ve aynı hak edinmelerini, dönemlere ayırarak incelemek konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından faydalı olacaktır. Bu ayırım, Islahat Fermanı öncesi dönem, 7 Safer 1284 tarihli Tebaayı Ecnebiyenin Emlaka Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönem ve Tebaayı Ecnebiyenin Emlaka Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki dönem olmak üzere yapılacaktır. Zira bu üç nokta Osmanlı’da yabancıların taşınmaz edinimlerine ilişkin büyük bir kırılma noktasını teşkil etmektedir.

Tebaayı Ecnebiyenin Emlaka Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden evvel yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ülkemizde taşınmaz yahut sınırlı aynı hak edinmeleri yasaktı. Ancak zaman zaman yabancıların bir takım muvazaalı işlemler ile taşınmaz edindiği görülmekteydi. Osmanlı devleti bu durumu tespit ettiği çeşitli dönemlerde yabancılara, taşınmazlarını Osmanlı tebaasına satmalarını emretmiştir.⁶

Islahat Fermanı ile birlikte Hristiyan ve Müslüman tebaanın eşit haklara sahip olmalarını teminat altına alan düzenlemeler, Osmanlı hukukunda yer bulmaya başlamıştır.⁷ Bu

³ Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 547.

⁴ Yılmaz, Alper Çağrı. “6302 Sayılı Kanun Hükümleri Uyarınca Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Edinimi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, 2013, s. 1097.

⁵ Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 13. Baskı, Yetkin, İstanbul, 2012, s. 114.

⁶ Yarar, Güven. *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri*. 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023, s.61.

⁷ Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş*. 20. Baskı, Ekin, Bursa, 2013, s. 165.

düzenlemeler yabancıların taşınmaz edinmeleri ile ilgili vaat niteliğindeki bir ifadede yerini almış⁸ ve “Yabancı devlet ile yapılacak antlaşmalar gereğince, yabancılar da Osmanlı Devleti sınırları içerisinde mülk sahibi olabileceklerdir.” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak, Osmanlı Devleti bu vadin yerine getirilmesi konusunda biraz çekingen davranınca birtakım elçilikler, Osmanlı’dan taşınmaz mal iktisap etmiş olan kendi tebaaları açısından, söz konusu olan belirsizliğin giderilmesini talep etmiştir. Akabinde Osmanlı Devleti, Safer Kanunu olarak da bilinen Tebaayı Ecnebiyenin Emlaka Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun’u 7 Safer 1284 tarihinde çıkarmıştır.⁹

Tebaayı Ecnebiyenin Emlaka Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun ile sadece yabancı gerçek kişilere taşınmaz edinme hakkı tanınmış olup, yabancı tüzel kişiler bu hakkın dışında tutulmuştur.¹⁰ Ayrıca yabancı kişilerin Mekke ve Medine’yi kapsayan hicaz bölgesinde taşınmaz edinmeleri, bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. Diğer bir ifade ile söz konusu bölgeler için yasak devam etmiştir. Ayrıca buna ek olarak, Safer Kanunu ile bir yabancı Osmanlı topraklarında taşınmaz edinebilmesinin ön şartı, taşınmaz edinmek isteyen gerçek kişinin tebaasından olduğu devletin Osmanlı devleti ile protokol imzalamasıdır.¹¹

B. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet döneminde yabancıların Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesine ilişkin düzenlemeleri 1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu¹² öncesi ve sonrası olarak iki dönemde incelemek yerinde olacaktır.

Lozan Barış Antlaşması imzalanana kadar Safer Kanunu hükümleri ülkemizde uygulama alanı bulmuştur. Lozan anlaşmasından sonra birtakım yenilikler göze çarpar. Cumhuriyet döneminde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinme konularında yabancılar ile ilgili en temel kırılma noktalarının başında Lozan Barış Antlaşması gelir. Zira, Lozan ile birlikte daha önceden benimsenen eşitlik esası terkedilmiş, onun yerine müteakabiliyet esası benimsenmiştir.¹³ Lozan Antlaşmasına ek İkamet ve Salahiyeti Adliye Hakkında Mukavelename’nin birtakım hükümleri ile yabancıların Türkiye topraklarında taşınmaz edinmeleri kural olarak kabul edilmekle birlikte, bu serbesti kesin bir serbesti olmaktan çıkarılmıştır. Bu mukaveleye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının Türkiye’de taşınmaz edinebilmeleri adına 1931 tarih ve 1868 sayılı bir kanun¹⁴ çıkarılmış, bu kanunla Bakanlar Kurulu’na mukaveleye taraf olmayan devletlere en fazla iki yıllığına en ziyade müsaadeye mazhar millet uygulaması ile geçici ikamet sözleşmesi akdetmek suretiyle ilgili devlet vatandaşlarının Türkiye’de taşınmaz edinmesine olanak

⁸ Ermen, Gazi. “İlanından Yüz Elli Yıl Sonra Avrupa Birliği Müzakereleri Bağlamında İslahât Fermânı’na Yeniden Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2010, s. 338.

⁹ Kuşçu, Nihal. *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi*. Akdeniz Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2020. s. 20.

¹⁰ Köksal, Mehmet. *Yabancıların Taşınmazlarda Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak Edinmeleri*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1.

¹¹ Yarar, s. 40.

¹² “Tapu Kanunu”, 22.12.1934, Resmi Gazete, S. 2892.

¹³ Süre, Duygu. *Yabancıların Taşınmaz Edinmesi*. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008. s.39

¹⁴ “İkamet Mukavelenamesi Aktedilmeyen Devletlerle Yapılacak Muvakkat Mukavelename Hakkında Kanun”, 01.08.1931, Resmi Gazete, S. 1861.

sağlama hakkı tanınmıştır.¹⁵

1924 yılında 442 sayılı Köy Kanunu¹⁶ yabancıların ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsunlar köylerde taşınmaz edinmelerini yasaklamıştır.

1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu yabancıların ülkemizde taşınmaz edinmelerine ilişkin genel esasları 35. maddesinde belirlemiştir. Kanuni sınırlayıcı hükümlere uyulması ve karşılıklılığın gerçekleşmesini şart olarak aramıştır. Bu düzenleme 1984 yılına kadar uygulanmaya devam etmiştir.¹⁷

1984 ve 1986 yıllarında değişiklikler yapılarak, mütekabiliyet kuralı kaldırılmış, Bakanlar Kurulu izni ile yabancıların köylerde dahil taşınmaz edinmelerinin önü açılmıştır. Bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir.¹⁸ Dolayısı ile 1934-2003 arasında mütekabiliyet esasına dayalı olarak yabancı kişiler açısından sadece gerçek kişilerin taşınmaz edinebileceği düzenlemeler yürürlükte kalmıştır.

2003 yılında yapılan bir değişiklikle yabancı tüzel kişilere de tıpkı gerçek kişiler gibi Türkiye’de taşınmaz edinme hakkı tanınmış ayrıca karşılıklılık konusu kanun maddesinde izah edilmeye çalışılmıştır.¹⁹ Ancak bu düzenlemeler de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.²⁰

2005 yılında Tapu Kanunu’nda yeniden bir değişiklik yapılmış ve yabancı tüzel kişilerin özel kanunlar çerçevesinde taşınmaz edinebilecekleri ve miktar yönünden kendilerine belirlenen hektarı, belli bir orana kadar, Bakanlar Kurulu’nun artırabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen iptal edilmiştir. Tapu Kanunu 2008 yılında yeniden birtakım değişikliklere uğramış; ancak, düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden kısmi olarak iptal edilmiştir.²¹

Son olarak Tapu Kanunu’nda 2012 yılında 6302 sayılı kanun²² ile bir değişiklik yapılmıştır. Günümüzde hali hazırda bu değişiklik sonrası hükümler yürürlükte. Söz konusu hükümler teferruatlı biçimde ele alınacaktır.

III. Tapu Kanunu’nda 3.5.2012 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Sonrası Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz ve Sınırlı Aynı Hak Edinmeleri

A. Yabancılar

Tapu kanununun 35. maddesi yabancı kavramına ilişkin bir tanıma yer vermemekte ancak, yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal edinmelerine ilişkin sınıflama yapmaktadır. Madde metninde yapılan ilk ayırım gerçek kişi, tüzel kişi ayırımıdır. Devamında tüzel kişiler arasında bir ayırım yapılarak temelde ikili bir ayırma gitmektedir. Bunlardan ilki yabancı şirketler,

¹⁵ Aydoğmuş Gisoldi, s.37.

¹⁶ “Köy Kanunu”, 18.03.1924, Resmi Gazete, S. 68.

¹⁷ Ekşi, Nuray. *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*. 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s.23.

¹⁸ Ertaş, Şeref / Gülseren Y. Öztürk. “Yabancıların Taşınmaz Edinmesindeki Gelişmeler ve Türkiye’deki Son Durum”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 3, 2017, s. 451.

¹⁹ Aydoğmuş Gisoldi, s.52

²⁰ Ertaş / Öztürk, s. 451.

²¹ Ekşi, 2012, s.45.

²² “Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, 18.05.2012, Resmi Gazete, S. 28296.

ikincisi ise yabancı sermayeli şirketlerdir.²³ Tüzel kişiliğe sahip bir diğer yabancı kişi grubunu, yabancı dernek ve vakıflar oluşturmaktadır.

1. Yabancı Gerçek Kişiler

Yabancı kavramına ilişkin Tapu Kanunu'nun bir tanım getirmediğini yukarıda belirtmiştik. Yabancılığın bulunup bulunmadığına, vatandaşlık esası üzerinden karar vermek gerekmektedir. Buna göre Türkiye vatandaşı olan bir kişi milli hukukumuz açısından yabancı sayılmazken, Türkiye vatandaşlığı olmayan gerçek kişiler ise yabancı sayılacaklardır.²⁴

Tapu Kanunu md. 35'e göre bir yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinebilmesi birtakım sınırlamalara tabidir. Bu husus madde metninde şu şekilde ifade edilmektedir:

Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Madde metninde iki nokta göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, müteakabiliyet esası terkedilip Bakanlar Kurulu'na hangi ülkelerin vatandaşlarının Türkiye'de taşınmaz edinebileceklerini belirleme yetkisi verilmesidir. İkinci önemli nokta ise, Türkiye'de taşınmaz edinme hakkı olan yabancı gerçek kişilerin birtakım kanuni sınırlamalara tabi oldukları ve bu sınırlamalara uymakla yükümlü olduğudur. Buradan hareketle, bir yabancı gerçek kişinin Türkiye'de taşınmaz yahut sınırlı ayni hak edinebilmesi için öncelikle, Bakanlar Kurulu'nun belirlediği ülkelerden birinin vatandaşı olması ve iç hukukumuzdaki kanuni sınırlamalara uygun hareket etmesi gerekmektedir.

Uyulması gereken kanuni sınırlamalar madde metninde sayılmıştır. Buna göre, bir yabancı gerçek kişinin herhangi bir ilçenin yüzde onundan fazlasını iktisap etmesi veya ülke genelinde otuz hektardan fazla taşınmaz alan iktisap etmesi yasaktır. Ayrıca, farklı kanunlarımızda yer alan başkaca özel kısıtlamalar da mevcuttur. Örneğin, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na²⁵ göre yabancı gerçek kişiler askeri yasak bölgeler ve askeri güvenlik bölgelerinden taşınmaz ve sınırlı ayni hak mülkiyeti iktisap edemezler (md.9).

Bunların yanında, Tapu Kanunu md. 36/1'de belirtildiği üzere "...5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamındaki kişiler hariç olmak üzere yabancı uyruklu gerçek kişilerin..." belirli sınırlamalar ile ülkemizde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinmeleri mümkündür. İlgili maddede ayrı tutulan grup, "Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler" olup taleplerin halinde kendilerine, istisnai haklardan faydalanabileceklerini gösteren "Mavi Kart" verilmektedir. Esasında bu düzenleme ile kanun koyucu, izin ile Türk vatandaşlığından çıkan kişilere, taşınmaz ve ayni hak edinimi hususunda

²³ Doğan, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*. Savaş, Ankara, 2016, s.16

²⁴ Köksal, s.31.

²⁵ "Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu", 18.12.1981, Resmi Gazete, S. 17552.

yabancı gibi değil, Türk vatandaşı gibi muamele etmeyi hedeflemektedir. Diğer bir ifade ile bu kimseler, Tapu Kanunu kapsamında yabancı değil yerli yatırımcı kabul edilecek, şirketlerdeki payları da yerli sermaye kabul edilecektir.²⁶

Son olarak, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu²⁷ md.42/1’de belirtilen “uzun dönem ikamet izni”, Uluslararası İşgücü Kanunu md. 3/1-g’de yer alan “süresiz çalışma izni” ve Uluslararası İşgücü Kanunu²⁸ md. 11/1’de ifade edilen “Turkuaz Kart” sahibi kişilerin, ülkemizde şirket kurmaları halinde; bu kişilerin Mavi Kart sahiplerinden farklı olarak, Tapu Kanunu kapsamında yabancı kişi olarak kabul edilmeleri gerektiğini ifade etmek yerinde olacaktır.²⁹ Zira bu kimseler bazı kanuni ayrıcalıklara sahip olsalar dahi, kanun koyucunun iradesi bu kimselerin Türk vatandaşları ile aynı muameleyi görmesi yönünde değil, başka yabancılara kıyasla avantajlı konumda olmaları yönündedir.

2. Yabancı Tüzel Kişiler

a. Genel Olarak

Tüzel kişi, medeni hukuk anlamında, gerçek kişiler dışında, kişi sıfatına sahip olan varlıkları ifade eder.³⁰ Ancak, Tapu Kanunu’nun taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinme hakkı tanıdığı tüzel kişiler, tüm tüzel kişiler değildir. Kanunumuza yabancı tüzel kişiler arasından sadece ticari şirketlere taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinme imkânı tanınmıştır. Buna ek olarak ticari şirketler arasında “yabancı ticaret şirketi” ve “yabancı sermayeli şirket” şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır.

Bunun yanında, kanunumuz yabancı kavramını tanımlamış değildir. Doktrinde tüzel kişilerin tabiiyetlerinin bulunup bulunmayacağı tartışmalı olsa da³¹ tüzel kişiliğin yapısı gereğince kendilerine tanınan kişilikten yararlanabilmesi için tabiiyetlerinin olacağının kabul edilmesi gerektiği görüşü kabul görmeye başlamıştır.³² Ancak, tabiiyet kavramı ile vatandaşlık kavramının farklı kavramlar olduğu unutulmamalıdır.³³

Tüzel kişiliğin tabiiyetinin tespiti açısından çeşitli kriterler sayılmıştır; tüzel kişiliğin tescil edildiği ülke, tüzel kişiliği kuran ülke hukuku, tüzel kişiliğin resmi merkezinin bulunduğu

²⁶ Turanlı, Hüsnü. “Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Hak Edinimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, 2018, s. 185.

²⁷ “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu”, 04.04.2013, Resmi Gazete, S. 28615.

²⁸ “Uluslararası İşgücü Kanunu”, 13.08.2016, Resmi Gazete, S. 29800.

²⁹ Turanlı, s. 90.

³⁰ Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku*. 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 215; Oğuzman, Kemal/ Seliçi Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021. s. 290; Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*. 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021. s. 91; Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, 9. Baskı, Legal, İstanbul 2021. s. 25. Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Beta, İstanbul, 2022. s. 501.

³¹ Tüzel kişilerin tabiiyetlerinin olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Niboyet, J. P. “Şirketlerin, Hakikaten, Bir Tabiiyeti Mevcut Mudur?” (Çevirmen: Fişek, Hicri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3, 1952, s. 100. Ayrıca, Antoine Pillet ve M Travers’in de tüzel kişilerin tabiiyeti olmayacağını benimsedikleri hakkında bkz. Arat, Tuğrul. *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 35.

³² Moroğlu Erdoğan, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22, S. 2. 2011. s. 414; Arat, s. 125-126.

³³ Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. 31. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023. s. 45; Erdem, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*. 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2022. s. 27; Doğan, s. 5.

ülke, tüzel kişiliğin idare edildiği ülke ve tüzel kişiliği yönetenlerin tabiiyetinde oldukları ülke, bu kriterlerin başlıcalarıdır.³⁴ Yerel hukukumuz açısından TTK ve diğer bazı diğer kanun hükümleri çerçevesinde idare merkezi sisteminin kabul edildiği savunulabilir.³⁵ Diğer bir ifade ile kuruluş yeri ve idare merkezi Türkiye’de olmayan tüzel kişilik, yabancı tüzel kişi kabul edilecektir.³⁶

b. Yabancı Ticaret Şirketleri

Bir şirketin, Tapu Kanunu anlamında yabancı şirket kabul edilebilmesi için, o şirketin kurulmuş olduğu ülke hukukuna göre tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi olduğunu belgelemesi gerekmektedir.³⁷ Kanun metninden anlaşılacağı üzere tüzel kişiliğe sahip olmayan bir ticari şirket, örneğin adi şirket, Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinemeyecektir. Tapu Kanunu md. 35’te bu husus şu şekilde ifade edilmektedir:

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.

Madde metninde göze çarpan başka bir nokta ise tüzel kişiliğe sahip yabancı ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesinin sınırsız bir hak olarak ele alınmadığıdır. Bu şirketler sadece özel kanun hükümleri çerçevesinde Türkiye’den taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebileceklerdir. Bu özel kanunlar 6491 sayılı Petrol Kanunu³⁸, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu³⁹ ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu’dur^{40, 41}

Yukarıdakilere ek olarak, yabancı dernek ve vakıflar, kanun metni kapsamında olmadığından, bu tüzel kişilerin ülkemizde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi mümkün olmadığı gibi; Türkiye’de şirket kurarak yahut bir şirkete ortak olarak da taşınmaz edinmelerine de olanak bulunmadığını ve aksi bir yorumun kanunun amacı dışında bir yaklaşım olacağını belirtmekte yarar vardır.⁴²

c. Yabancı Sermayeli Ticaret Şirketleri

Yabancı sermayeli şirketlerin, yabancı şirketler ile karıştırılmaması büyük önem arz eder.

³⁴ Bu kriterlerle ilgili detaylı incelemeler için bkz. Arat, s. 63.

³⁵ Çınar, Kazım. *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*. On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 93. Hukukumuzda, özellikle anonim şirketler açısından “Kuruluş Teorisi”nin kabul edilmesi gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Moroğlu, s. 416.

³⁶ Karaağaç, Ömür. *Türk Yabancılar Hukukunda Yabancı Şirketler ile Yabancı Sermayeli Şirketlerin Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları*. Gazi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 92.

³⁷ Köksal, s.33.

³⁸ “Petrol Kanunu”, 30.05.2013, Resmi Gazete, S. 28674.

³⁹ “Turizmi Teşvik Kanunu”, 12.03.1982, Resmi Gazete, S. 17635.

⁴⁰ “Endüstri Bölgeleri Kanunu (Endüstri Bölgeleri Kanunu ve Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun)”, 19.01.2002, Resmi Gazete, S. 24645.

⁴¹ Balkan, Ali Harun. *The Acquisition of Immovable Properties in European Union and Turkey*. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009. s. 164-165.

⁴² Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Tapu Kanunu’nun Yeniden Düzenlenen 36. Maddesi Kapsamındaki Şirketlerin veya İştiraklerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Hak Edinimi”, (Editör: Ulusoy, Erol), *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, Vedat, 2013, İstanbul, 571-98, 581.

Zira bu şirketler Türkiye’de kurulmuş olan Türk şirketleri olmaları itibari ile yabancı şirketlerden ayrılır. Yabancı sermayeli şirketlere ilişkin hüküm Tapu Kanunu’nun 36. maddesinde yer almakta olup şu şekilde ifade edilmiştir:

29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamındaki kişiler hariç olmak üzere yabancı uyruklu gerçek kişilerin, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların yüzde elli veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları Türkiye’de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebilir ve kullanabilirler.

Madde metninde belirtildiği üzere bir şirketin “yabancı sermayeli şirket” kategorisinde değerlendirilebilmesi için birtakım şartlar mevcuttur. Öncelikle bu şirketin Türkiye’de kurulu bir tüzel şirket olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu şirketin yüzde elli veya daha fazla oranda hissesinin; yabancı gerçek kişiler, kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler yahut uluslararası kuruluşlara ait olması gerekir. Kanun maddesinde, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28. maddesi kapsamında Mavi Kart sahiplerini istisna tutulmuş, bu kişiler yabancı gibi kabul edilmemiştir.⁴³ Kanunda sayılan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, şirketin yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahiplerse, hisselerin yüzde ellinin altında olsa dahi söz konusu şirket yine yabancı sermayeli şirket kategorisinde değerlendirilecektir. Ayrıca bu kanunun tanıdığı hakka dayanarak edinilen taşınmazların bir başka yabancı sermayeli şirkete devredilmesi halinde ve taşınmaza sahip olan yerli bir şirketin sonradan hisselerinin devredilmesi yoluyla yabancı sermayeli şirkete dönüşmesi durumunda da yukarıda izah edilen esaslar geçerli olacaktır.⁴⁴ Bu husus madde metninde de ayrıntılı olarak izah edilmiştir.

d. Yabancı Sermayeli Ticaret Şirketlerin Taşınmaz ve Sınırlı Aynı Hak Ediniminde Tabi Oldukları Sınırlamalar

Yabancı sermayeli şirketler, kendileri için konulan sınırlamalara riayet etmek kaydıyla yerli şirketler gibi miktar bazında bir sınırlamaya tabi olmadan sınırlı aynı hak ve taşınmaz iktisap edinebilirler.

Tapu Kanunu md. 36 yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmesine bir kısıtlama olarak, şirketin iştiğal alanını belirlemiştir. Yani, yabancı sermayeli şirketlerin iştiğal alanları dışındaki bir amaçla taşınmaz yahut sınırlı aynı hak edinmeleri hukuken mümkün değildir. Bu husus Türk Ticaret Kanunu’nun⁴⁵ (TTK) getirdiği en önemli yeniliklerden biri olan *ultra vires* kuralının kaldırmasının,⁴⁶ kanuni bir istisnası konumundadır.

Başka bir ülkenin hukukuna tabi olarak kurulan bir şirketin, kurulduğu ülke hukukunda *ultra vires* ilkesi uygulanıyor olsa dahi, Türkiye’de bu ilke kabul edilmediğinden dolayı faaliyet

⁴³ Köksal, s. 65.

⁴⁴ Ekşi, Nuray. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2020, s.518-519.

⁴⁵ “Türk Ticaret Kanunu”, 13.01.2011, Resmi Gazete, S. 27846.

⁴⁶ Yatağan Özkan, Çiğdem. “Şirket Ortak İçin Mi? Şirket Toplum İçin Mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır mı?”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. I, 2023, s. 485.

alanı dışında serbestçe hareket edebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay da ehliyet açısından vermiş olduğu bir kararında bu görüşü yabancı şirketler için dahi desteklemektedir.⁴⁷ Ancak, daha önce belirttiğimiz gibi yabancı ülke hukukuna tabi olarak kurulan bir şirketin ülkemizde taşınmaz ve sınırlı ayni hak ediniminin sadece belirli kanunların izin verdiği ölçüde olduğu unutulmamalıdır.

Yabancı sermayeli şirketler açısından ise *ultra vires* kuralı geçerli olmamakla birlikte, bu şirketlerin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmeleri hususunda *ultra vires* kuralına istisna getirilmesinde hukuki bir sakınca bulunmamaktadır. Zira, TTK md. 125'te "Ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir. Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanunu'nun⁴⁸ 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır." şeklinde bir ifadeye yer verilerek,⁴⁹ ticaret şirketlerinin ehliyetleri ile ilgili kanuni istisnaların mümkün olduğunu belirtmiştir.⁵⁰ Bu bağlamda, Tapu Kanunu ile yabancı sermayeli şirketlere getirilen bu kısıtlama TTK md. 125'te belirtilen kanuni istisnalar kapsamına kabul edilmelidir.⁵¹

Doktrinde genel kabul, *ultra vires* kuralına aykırı olarak gerçekleştirilen işlemlerin yok hükmünde olması gerektiği yönünde olup,⁵² bu görüşün aksine, yaptırımın bu tarz işlemlerin "butlan" ile hükümsüz kılınması gerektiğini ifade eden görüş de bulunmaktadır.⁵³ İkinci görüşe göre, *ultra vires* kuralına aykırı davranan şirket, sonradan faaliyet alanını değiştirerek, daha önceden gerçekleştirdiği işlemi geçerli kılacaktır. Yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve ayni hak edinimi izin sürecine tabi olduğundan dolayı, bu ayırım fiiliyatta çok büyük önem arz etmemektedir. Zira, gerekli şartları sağlamayan şirket, taşınmazı ya da sınırlı ayni hakkı

⁴⁷ "11. HD., E.2005/4621 K.2005/7778 T.19.07.2005 – Yargıtay Kararı". *Legal Bank*.

⁴⁸ "Türk Medeni Kanunu", 22.11.2001, Resmi Gazete, 24607

⁴⁹ TMK'nın 48. maddesi şu şekildedir; "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler." Madde metninden anlaşılacağı üzere, tüzel kişiler ile gerçek kişiler arasında hak ehliyeti açısından nitelik olarak değil içerik olarak fark vardır, bkz. Dural / Öğüz, s. 241. Oğuzman, / Seliçi / Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s. 307.

⁵⁰ Bu hüküm uyarınca, vakıf ve dernekler de dahil olmak üzere, tüzel kişilerin hak ehliyetinin sadece kanunla sınırlandırılacağı ve dolayısıyla tüzel kişilerin hak ehliyetleri açısından *ultra vires* kuralının uygulanmayacağı hakkında bkz. Dural / Öğüz, s. 247. Aksi yönde, Dernekler Kanunu (23.11.2004, Resmi Gazete, 5253) ve eski TTK hükümlerinden yola çıkarak tüzel kişilerin hak ehliyetinin amaçları ile kısıtlı olduğunu savunan görüş için bkz. Serozan, Rona, *Tüzel Kişiler - Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 1994. s. 34. Tüzel kişiliğin hak ehliyetinin sınırlı sayı ilkesi ile, fiil ehliyetinin ise ana statüsündeki amaç ile sınırlandırıldığı yönündeki görüş için bkz. Hatemi, s. 100. Tüzel kişiliğin tipinin sınırlı sayı ilkesi ile belirlendiği ve bu ilkenin hak ehliyetinin sınırlarını çizdiği ancak tipi belirleyen amacın dışındaki davranışların süreklilik arz etmesi halinde, hak ehliyetsizliğinin gündeme geleceği görüşü için bkz. Alper, Gizem, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi*, Vedat, İstanbul, 2013. s. 181.

⁵¹ Köksal, s. 68. Ayrıca, başka kanunlardan kaynaklı istisnalar da mevcuttur. Örneğin, sigorta şirketi ve faktöring şirketi gibi belirli şirketlerin faaliyetleri belirli alanlarla kısıtlanırken, bankalar ve halka açık şirketlere ise bazı işlemler yapmalarına bir takım kanuni sınırlamalar getirildiği görülmektedir, bkz. Topçuoğlu Metin, "Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları" *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2012. s. 53-54.

⁵² Ülgen, Hüseyin, "Ticaret Şirketlerinin Ehliyet", (Editörler: Barlas, Nami/ Kendigelen, Abuzer), *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta, İstanbul, 2000. s. 1288; Doğanay İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4. Baskı, Beta, İstanbul 2004. s. 628; Yıldız, Burçak, "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda Ttk M. 137 Hükümündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006. s. 329. Serder, Selen, *Anonim Şirketlerin Ehliyeti (Özellikle Ultra Vires Doktrini ile Sınırlandırılması)*. Ankara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009. s. 8.

⁵³ Güncan, Gökhan. "Türk Şirketler Hukukunda Ultra Vires İlkesinin Dünü ve Bugünü", *Pearson Journal*, C. 6, S. 15, 2021. s.528-530.

iktisap edememektedir. Ancak, yabancı sermayeli şirketin, teknik bir hata yahut başkaca bir sebeple *ultra vires* kuralına aykırı olarak taşınmaz ya da sınırlı aynı hak edindiği durumda, kanaatimizce kanunun emredici düzenlemesine aykırı olan bu edinimin, doktrindeki genel kabule uygun olarak yokluk ile hükümsüz olduğu sonucuna varılmalıdır.

Yabancı sermayeli şirketlerin, taşınmaz iktisabı açısından tabi oldukları kısıtlamalardan bir diğeri de taşınmazların buldukları yer ile ilgilidir. Yer kısıtlaması, özellikle milli güvenlik amacına hizmet etmektedir.⁵⁴ Tapu kanunu 36. maddenin 3. fıkrasında bu husus düzenlenmiş ve yabancı sermayeli şirketlerin, askeri yasak bölgeler ile askeri güvenlik bölgelerinde, taşınmaz edinmeleri Genelkurmay Başkanlığı’nın ya da yetkilendireceği komutanlıkların iznine tabi kılınmıştır. Ayrıca “özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tabidir.”

Belirtmekte yarar vardır ki, bir şirket yabancı sermayeye sahip olmasına rağmen madde 36’da belirtilen şirketlerden değil ise, örneğin yabancıların sahip olduğu hisse miktarı yüzde ellinin altında ise ve yabancılar şirketin yöneticilerini atama/görevden alma yetkisine sahip değillerse, bu durumda kanunun “Yukarıdaki fıkralar kapsamı dışında kalan yabancı sermayeli şirketler, yerli sermayeli şirketlerin tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinebilir ve kullanabilirler.” ifadesi gereğince, işbu şirketler taşınmaz ve sınırlı aynı hak ediniminde, yerli şirketler gibi değerlendirilecek ve Tapu Kanunu md. 36’daki kısıtlamalara tabi olmayacaktır.⁵⁵

Son olarak ifade etmek gerekir ki, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin de belirttiği üzere, yabancı sermayeli şirketler için öngörülen sınırlamalar, bu şirketlerin ihalelere girmesine engel teşkil etmemektedir.⁵⁶

e. Tapu Kanunu’nda Yer Alan Yabancı Sermayeli Ticaret Şirketlerin Taşınmaz ve Sınırlı Aynı Hak Ediniminde Tabi Oldukları Sınırlamaların İstisnaları

Kanun koyucu, Tapu Kanunu ile, yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmelerine birtakım sınırlamalar getirmiş olsa dahi bu sınırlamalara bazı istisnalar öngörmüştür. Bu istisnalardan kanunda (md. 36/5) şu şekilde ifade edilmiştir:

Taşınmaz rehni tesisinde, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi kapsamındaki mülkiyet edinimlerinde, şirket birleşmelerinden ve bölünmelerinden doğan taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak naklinde, organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri ve serbest bölgeler gibi özel yatırım bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinimlerinde ve ilgili mevzuata göre belli sürede elden çıkarma zorunluluğunun devam etmesi kaydıyla bankaların, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde kredi olarak sayılan işlemler nedeniyle ya da alacaklarını tahsil amacıyla edindikleri taşınmazlarda bu madde hükümleri uygulanmaz.

Kanun maddesinin yukarıdaki hükmüne göre yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz rehni tesisinde ve taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi kapsamındaki mülkiyet edinimleri,

⁵⁴ Balkan, s. 168; Çağlar Hayrettin / Çalışkan Esra, “Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S.1, 2010. s. 65.

⁵⁵ Turanlı, 2018, 197.

⁵⁶ “12. HD., E. 2012/6262 K. 2012/20966 T. 18.6.2012 - Yargıtay Kararı”. *LEXPORA*.

sınırlamalardan istisna tutulmuştur. Bunun yanında, şirket birleşme ve bölünmelerinden doğan taşınmaz ve sınırlı ayni hak iktisabı da istisnalar arasında yer almaktadır. Ayrıca, özel yatırım bölgelerindeki satın almalar kanundaki sınırlamalar kapsamı dışında tutulmuştur. Bankacılık faaliyetleri yürüten şirketlerin daha sonra ellerinden çıkarmak şartı ile sınırlamaya tabi olmaksızın, taşınmaz mülkiyeti edinmelerine imkân sağlanması da getirilen diğer bir istisnai durumdur. Bu durum bankaların, sağladıkları kredilerin ödenmeme riskine karşı kendilerini güvene alabilmesi maksadıyla getirilmiştir.⁵⁷

Bilindiği üzere taşınmaz rehni, eşyaya zilyet olma hakkı dahi tanımayan, alacaklıyı borcun zamanında ifa edilmemesi riskine karşı koruyan ve borç ödenmediği takdirde taşınmazın satılıp paraya çevrilmesi yoluyla alacağı tahsil hakkı sağlayan bir sınırlı ayni haktır.⁵⁸ Dolayısıyla sahibine zilyetlik hakkı dahi tanımayan bu sınırlı ayni hakkın istisnalar arasında tutularak md.36'da yer alan kısıtlamaların dışında tutulması kanaatimizce, yerinde ve ticaret hayatının devamına katkı sağlar niteliktedir.

Birleşme, bir şirketin başka bir şirketi devralması veya birden fazla şirketin birbirleri ile bir araya gelip yeni bir şirket kurmasını ifade eden bir üst kavramdır. Söz konusu birleşme tam birleşme olabileceği gibi kısmi birleşme de olabilir.⁵⁹ Bölünme ise şirketin mal varlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolunur.⁶⁰ Ancak, kanunun gerekçesi incelendiğinde, birleşme ile devralınan şirketin malvarlığının kendiliğinden intikal ettiğinden ve devralan/yeni kurulan şirketin devralınanın yerine geçtiğinden bahsedilmektedir. Ayrıca bölünmede ise bütün aktif ve pasiflerin devralan şirkete geçtiğinden söz edildiği görülmektedir. Buradan hareketle madde metninde birleşme ve bölünme ifadesi ile kastedilenin, tam birleşme ve bölünme olduğu ortaya çıkmaktadır.

Madde metninde her ne kadar, birleşme veya bölünme yoluyla taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinilmesi halinde 36. madde hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiş olsa da kanaatimizce bu muafiyet, izin kuralları açısından getirilen bir muafiyettir. Zira, Tapu Kanunu md.36/6 ve md.36/7'de yer alan hükümlerden şirketlerin taşınmazı, "şirket ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere" edinebilecekleri ve kullanabilecekleri anlaşılmaktadır. Hatta, belli aralıklarla denetimler yapılacağı ve amaca aykırı kullanım durumunda çeşitli yaptırımlar uygulanacağı ifade edilmektedir. İfade etmek gerekir ki, madde metninde satın almalar istisna tutulmadığından, yabancı sermayeli bir şirketin, satın aldığı bir şirketin uhdesinde taşınmazlar bulunduğu takdirde md. 36'daki kısıtlamalar uygulama alanı bulacaktır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir.⁶¹

Kanunda bankalar açısından da kısmi bir muafiyet öngörülmüştür. Zira bankaların sadece, Bankacılık Kanunu kapsamında kredi kabul edilen işlemler sebebiyle veya alacaklarını tahsil maksadıyla edindikleri taşınmazlar, belirli sürede elden çıkarılmak kaydıyla kapsam

⁵⁷ Köksal, s. 71.

⁵⁸ Serozan, Rona. "Taşınmaz Rehni", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 64, S. 2, 2006, s. 301; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, s. 889; Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin, İstanbul, 2022. s. 634; Nomer, Haluk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2023. s. 333; Hatemi, s. 139.

⁵⁹ Kılıç, Fatoş. *Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Birleşme ve Bölünme*. 2006. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, s. 5-7.

⁶⁰ Kılıç, s. 19.

⁶¹ Turanlı, s.207.

dışında tutulmuştur.

Son olarak yabancı sermayeli şirketlerin organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri ve serbest bölgeler gibi özel yatırım bölgelerinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinimlerinde de sınırlamalara tabi olmayacakları kanunda açıkça ifade edilmiştir.

SONUÇ

Ticareti faaliyetlerin dünya genelinde icra edilebilmesine olanak sağlayan imkanların günden güne gelişmesi, yeni birtakım sorunların ve bu sorunlara ilişkin çözüm arayışlarını beraberinde getirmiştir. Yabancı sermayeli şirketler kurulması ve bu şirketlerin ülkemizde taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinme talepleri, söz konusu gelişmeler ile birlikte önemi artan konular arasında yer almaktadır. Yabancı sermayeli şirketlerin ülkemizde taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmelerini, hukuki dayanakları, tarihi süreçleri ve güncel hukuki durumu göz önüne alarak incelediğimiz bu makalede aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Ülkemizde yabancıların taşınmaz edinmelerinin temel hukuki dayanağı Anayasa’da belirtilen temel hak ve hürriyetler arasında yer alan mülkiyet hakkı olup, bu hak belirli şartlarda, uluslararası hukuka uygun olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. Bu açıdan söz konusu hakkın, kanun dışındaki bir metinle, örneğin yönetmelikle ek sınırlamalar yapılması hukuka aykırı olacaktır.

Cumhuriyet öncesi dönemde, 19. yüzyılda yabancılar taşınmaz edinme hakkı tanındıysa da tüzel kişilere bu hak tanınmamış ve belli bölgeler kapsam dışı tutulmuştur. Cumhuriyet döneminde, başlarda mütekelilik esasına dayalı olarak sadece yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesine olanak tanınmışsa da sonradan mütekelilik şartı kaldırılmış ve yabancı tüzel kişiler de kapsama dahil edilmiştir. Bugün, Türkiye’de yabancıların taşınmaz mal ve sınırlı aynı hak edinme süreci, 2012 yılında yapılan son değişikliklerle düzenlenmiş durumdadır.

Yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri çeşitli kısıtlamalar tabidir. Kısıtlamalar, yabancı gerçek kişiler, yabancı tüzel kişiler ve yabancı sermayeli şirketler açısından farklılık göstermektedir. Bu bağlamda Mavi Kart sahipleri Türk vatandaşları gibi ve bu kişilerin şirketlerdeki sermayeleri de Türk sermayesi gibi muamele görecektir. Ancak, çeşitli ayrıcalıklara sahip olsalar dahi Turkuaz Kart sahipleri yabancı muamelesi görecektir.

Ülkemizde yabancı şirketlere ve yabancı sermayeli şirketlere taşınmaz ve aynı hak edinim hakkı tanınmışken, yabancı tüzel kişiliklerden olan yabancı dernek ve vakıfların ise böyle bir hakkı bulunmadığı gibi, bu dernek ve vakıfların ülkemizde şirket kurarak taşınmaz edinmeleri de mümkün değildir. Ayrıca, yabancı şirketlere ve yabancı sermayeli şirketlere tanınan bu hak sınırsız bir hak değildir.

Tapu Kanunu’nda yabancı kavramı tanımlanmamıştır. Tüzel kişiliğin yapısı gereğince yabancı şirketlerin tabiiyeti bulunur ve bu tabiiyet, kuruluş yeri ile idare merkezine göre belirlenir.

Yabancı sermayeli şirketlere ülkemizde taşınmaz ve aynı hak edinme hakkının sadece faaliyet alanları ile sınırlı olacak şekilde tanınmış olması, TTK’dan kaldırılmış olan *ultra vires*

ilkesinin kanuni bir istisnası konumundadır. Dolayısıyla, yabancı sermayeli şirketlerin, kanunla belirlenen sınırların dışında taşınmaz yahut sınırlı aynı hak edinmeleri halinde, söz konusu edinme yokluk ile hükümsüz sayılmalıdır.

Tapu Kanunu md.36/5 ile yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz edinmesindeki kısıtlamalara bazı istisnalar getirilmiştir. Söz konusu istisnalar tüm kısıtlamalar için değil, sadece kanunda izne bağlanan durumlarla ilgilidir. Bankalar ve taşınmaz rehni ile ilgili getirilen istisnalar, ticari hayattaki süreçlerin doğru işleyebilmesi açısından yerindedir. Hükümde açıkça ifade edilmese de birleşme ve bölünme yoluyla edinilen taşınmaz ve sınırlı aynı haklara ilişkin getirilen istisnalar ile tam birleşme ve tam bölünme kastedilmektedir. Özel yatırım bölgeleri açısından getirilen istisnaların, ülkeye yatırımcı çekme gayesine hizmet etmesi sebebiyle, yerinde istisnalar olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

- Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Beta, İstanbul, 2022.
- Alper, Gizem, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi*, Vedat, İstanbul, 2013.
- Arat, Tuğrul. *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Aydoğmuş Gisoldi, Ayşe Yasemin. *AİHS’e Ek 1 No’lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi*. On İki Levha, İstanbul, 2016.
- Balkan, Ali Harun. *The Acquisition of Immovable Properties in European Union and Turkey*. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- Çınar, Kazım. *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*. On İki Levha, İstanbul, 2016.
- Doğan, Vahit. *Türk Yabancılar Hukuku*. Savaş, Ankara, 2016.
- Doğanay İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4. Baskı, Beta, İstanbul 2004.
- Dural, Mustafa / Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku*. 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Ekşi, Nuray. *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.
- Ekşi, Nuray. *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*. 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.
- Erdem, B. Bahadır. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2022.
- Ermen, Gazi. “İlanından Yüz Elli Yıl Sonra Avrupa Birliği Müzakereleri Bağlamında İslahât Fermânı’na Yeniden Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2010, 327-348.
- Ertaş, Şeref / Gülseren Y. Öztürk. “Yabancıların Taşınmaz Edinmesindeki Gelişmeler ve Türkiye’deki Son Durum”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 3, 2017, 441-84.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş*. 20. Baskı, Ekin, Bursa, 2013.
- Güncan, Gökhan. “Türk Şirketler Hukukunda Ultra Vires İlkesinin Dünü ve Bugünü”, *Pearson Journal*, C. 6, S.15, 2021, 520-540.
- Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, 9. Baskı, Legal, İstanbul 2021.
- Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*. 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Karaağaç, Ömür, *Türk Yabancılar Hukukunda Yabancı Şirketler ile Yabancı Sermayeli Şirketlerin Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakları*, Gazi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- Kılıç, Fatoş. *Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Birleşme ve Bölünme*. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- Köksal, Mehmet. *Yabancıların Taşınmazlarda Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Hak Edinmeleri*. Adalet

Yayınevi, Ankara, 2015.

Kuşçu, Nihal. *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi*. Akdeniz Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2010.

Moroğlu Erdoğan, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 22, S. 2. 2011. 413-420.

Niboyet, J. P. “Şirketlerin, Hakikaten, Bir Tabiiyeti Mevcut Mudur?” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, çeviren Hicri Fişek, C. 9, S. 3, 1952, 97-113.

Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. 31. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023,

Nomer, Haluk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2023.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012.

Serozan, Rona. “Taşınmaz Rehni”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 64, S. 2, 2006, 301-24.

Serozan, Rona, *Tüzel Kişiler - Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 1994.

Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin, İstanbul, 2022

Sürer, Duygu. *Yabancıların Taşınmaz Edinmesi*. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Topçuoğlu Metin, “Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2012. 47-79.

Turanlı, Hüsnü. “Yabancı Sermayeli Türk Şirketlerinin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Hak Edinimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, 2018, 175-212.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Tapu Kanunu’nun Yeniden Düzenlenen 36. Maddesi Kapsamındaki Şirketlerin veya İştiraklerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Hak Edinimi”, (Editör: Ulusoy, Erol) *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, Vedat, 2013, İstanbul. 571-98.

Ülgen, Hüseyin, “Ticaret Şirketlerinin Ehliyet”, (Editörler: Barlas, Nami/ Kendigelen, Abuzer), *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Beta, İstanbul, 2000.

Yarar, Güven. *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri*. 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023.



Yatağan Özkan, Çiğdem. “Şirket Ortak İçin mi? Şirket Toplum İçin Mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır mı?”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. I, 2023, 485-501.

Yıldız, Burçak, “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda Ttk M. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi” *Ankara*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 1, 2006. 321-353.

Yılmaz, Alper Çağrı. “6302 Sayılı Kanun Hükümleri Uyarınca Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Edinimi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, 2013, 1095-1126.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında, Türk İş Hukuku'nda Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması*

Namık HÜSEYİNLİ^{1*}  Emre ÜNAL^{2*} 

¹ Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi., Türkiye

² Dokuz Eylül Üniversitesi., Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 31.10.2023

Kabul Tarihi: 07.01.2024

Yayın Tarihi: 14.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Adalet Divanı Kararı,
Çalışma süreleri,
Kayıt altına alma.

ÖZET

Avrupa Birliği Adalet Divanı, İspanyol yargı organlarının görüş almak üzere yapmış olduğu başvuru üzerine çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin olarak C-55/18 ve 14/05/2019 tarihli kararı ile önemli bir içtihat ortaya koymuştur. Divan bu içtihadıyla başta Çalışma Süreleri Direktifi'nde ve İş Sağlığı ve Güvenliği Direktifi'nde düzenlenen işçi haklarının korunması için etkili, şeffaf ve güvenilir bir kayıt sisteminin kurulmasının zorunlu olduğu sonucuna varmıştır.

İspanyol Mahkemesinin sadece fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınması gerektiği, normal çalışma sürelerinin kayıt altına alınması gerekmeyeceği görüşü, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından İş Hukuku ile ilgili temel Avrupa Birliği direktiflerine aykırı olduğu gerekçesi ile kabul görmemiştir. Divan, Avrupa Birliği direktiflerinin ulaşılması istenen amaç bakımından üye devletleri bağladığı gerekçesi ile direktiflere aykırı yerel içtihatlardan dönülmesi gerektiğini ve mevzuat hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini söylemektedir. Divan gerekçesinde, günlük ve haftalık azami çalışma sürelerinin korunması amacıyla çalışma sürelerinin etkili, şeffaf ve güvenilir bir sistem aracılığıyla kayıt altına alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Recording of Working Hours in Turkish Labour Law in the Light of the Decision of the Court of Justice of the European Union

Article Info

Article History

Received: 31.10.2023

Accepted: 07.01.2024

Published: 14.06.2024

Keywords:

Decision of the Court of
Justice,
Working hours,
Recording.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union, in its judgment C-55/18 dated 14/05/2019 on the registration of working hours following an application for an opinion by the Spanish judiciary, has set out an important case law. In this case-law, the Court concluded that the establishment of an effective, transparent and reliable registration system is essential for the protection of workers' rights, in particular those set out in the Working Time Directive and the Health and Safety at Work Directive.

The Spanish Court's view that only overtime working hours should be recorded and normal working hours should not be recorded was not accepted by the Court of Justice of the European Union on the grounds that it was contrary to the basic European Union directives on labour law. On the grounds that the European Union directives bind the Member States in terms of the objective to be achieved, the Court states that domestic case law contrary to the directives should be reversed and the provisions of the legislation should not be applied. In its reasoning, the Court concluded that, in order

* Bu çalışma, 01-03 Haziran 2023 tarihli "Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi"nde sunulan "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında, Türk İş Hukuku'nda Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması" başlıklı bildirinin genişletilmiş halidir.



to maintain maximum daily and weekly working hours, working time must be recorded through an effective, transparent and reliable system.

To cite this article:

Hüseyinli, N. (2024). “Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında, Türk İş Hukuku'nda Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), s. 44-71. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.108>

***Sorumlu Yazar:** Namık Hüseyinli, namik.huseyinli@alanya.edu.tr.

I. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN C-55/18, 14/05/2019 TARİHLİ KARARI

Özet: Karar, İspanyol ve Avrupa Birliği Hukukunda normal çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının işveren açısından zorunluluk teşkil edip etmediğinin incelenmesine ilişkindir. CCOO (Comisiones Obreras) isimli ulusal İspanyol işçi sendikası, işveren Deutsche Bank'a karşı başvurduğu hukuki yollar ile işverenin İspanyol mevzuatı uyarınca, normal çalışma sürelerini kayıt altına alması zorunluluğu altında olduğunu iddia etmiştir.

Davacı İsteminin Özeti: İşçi sendikası, İspanyol İş Kanunu madde 34 ve 35 ile çalışma saatlerinin kayıt altına alınmasının zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Sendika, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31/2 ile 2003/88 sayılı Direktif¹ (Direktif) madde 3, 5, 6 ve 22'nin yorumlanması ile işverenin çalışma sürelerinin kayıt altına alma zorunluluğu altında olduğunu aktarmaktadır. 1 ve 30 sayılı International Labour Organization (ILO) Sözleşmelerinde de bu yönde hükümlere rastlanabileceği sendika tarafından ileri sürülmüştür.

Davalı İsteminin Özeti: Davalı Deutsche Bank; 246/2017, 23 Mart 2017 ve 338/2017, 20 Nisan 2017 sayılı İspanyol Ulusal Yüksek Mahkeme (Tribunal Supremo) kararlarından hareketle, İspanyol mevzuatında davacının iddia ettiği üzere normal çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin herhangi bir yükümlülüğün öngörülmediğini ileri sürmüştür.

İspanyol Ulusal Temyiz Mahkemesi Kararının Özeti: İspanyol Ulusal Temyiz Mahkemesi (The Audiencia Nacional) (Mahkeme); Deutsche Bank'a da uygulanan sektörel seviyede sözleşmeler ve şirket düzeyinde yapılan anlaşmaların çalışma sürelerine ilişkin birçok hüküm ihtiva ettiğini; ancak Deutsche Bank'ın çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin herhangi bir sistem kurmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Deutsche Bank tarafından kurulan bilgisayar yazılımları ile işçilerin devamsızlıklarının kayıt altına alındığını ama bu sistemle işçilerin normal veya fazla çalışma sürelerini kayıt altına alınmadığını tespit etmiştir.

¹ Çalışma Zamanlarının Düzenlenmesine Ait Belirli Hususlara İlişkin 4 Kasım 2003 Tarih ve 2003/88/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi.

İş müfettişleri tarafından günlük çalışma sürelerinin kayıt altına alınması için Deutsche Bank'a bildirimde bulunulmuş, ancak işveren yine de çalışma sürelerinin kayıt altına alınması için bir sistem kurmamıştır. Daha sonra iş müfettişleri tarafından bildirimde uygun hareket edilmemesi sebebiyle, para cezası uygulanması tavsiye edilmiştir. Ancak İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesinin iş müfettişleri tarafından yapılan bu teklifi reddettiği, mahkeme kararından anlaşılmaktadır.

Mahkeme; İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlardan hareketle İspanyol İş Kanunu madde 35 uyarınca, aksine bir anlaşma yoksa sadece fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınması gerektiği sonucu çıkacağını belirtmiştir.

Mahkeme uyumsuzluğun altı temel hususa dayandığını ifade etmiştir. Bu hususlara gelecek olursak; ilk olarak, çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yükümlülüğünün fazla çalışmaya ilişkin olan İspanyol İş Kanunu madde 35'de düzenlendiğini, madde 34'ün ise normal çalışma sürelerine ilişkin bir düzenleme olduğu mahkeme tarafından belirtilmiştir. İkincisi, İspanyol Kanun koyucunun her zaman çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasını istemediği, ancak demiryolu taşımacılığında ve ticari gemilerde çalışan işçiler, yarı zamanlı çalışan işçiler ile gezici çalışan işçiler gibi bazı özel iş ve işçilerde böyle bir düzenleme yapılması yoluna gidildiği söylenmiştir². Üçüncüsü, çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yükümlülüğünün İspanyol mevzuatında olduğu gibi Direktifte sadece belirli durumlarda söz konusu olduğu çıkarımı mahkeme tarafından yapılmıştır. Dördüncüsü, mahkeme tarafından çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının işçilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesine ve işçilerin özel hayatına hukuka aykırı olarak müdahale edilmesi sonucuna yol açılabileceği iddia edilmektedir. Beşincisi, böyle bir kaydın tutulmaması İspanyol mevzuatı uyarınca açık ve belirgin bir ihlal anlamına gelmeyeceği düşünülmektedir. Altıncısı, İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesi kararının işçinin haklarına hâlel getirmeyeceği, ancak normal çalışma süresine ait bir kayıt olmaması hâlinde işçi tarafından fazla çalışma yapıldığı varsayılmassa da işçinin diğer ispat araçları ile çalışmayı ispatlayabileceği ve bunun da esasen kayıt sistemi kurmayan işverenin aleyhine olabileceği belirtilmiştir.

Mahkeme, İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan yorumun Avrupa Birliği Hukukuna uygunluğu konusunda şüphele sahiptir. Mahkemeye göre, İspanyol mevzuatının, Direktifte yer alan dinlenme süresi ve çalışma süresine ilişkin yükümlülüklerin etkili olarak korunması için etkili hükümleri ihtiva etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme yargılamayı durdurarak, bekletici sorun mahiyetinde bazı soruları Avrupa Birliği Adalet Divanı'na yöneltmiştir.

Mahkeme tarafından Avrupa Birliği Adalet Divanı'na yöneltilen sorular şunlardır;

- İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesi içtihatları göz önüne alındığında, İspanyol İş

² Deutsche Bank'ın, 2003/88/EC sayılı Çalışma Süreleri Direktifinde sadece belirli işçi grupları için normal çalışma sürelerinin kayıt altına alınması gerektiği savunmasına karşı Divan Tetkik Hâkimi tarafından karşı görüş belirtilmiştir. Tetkik Hakiminin görüşü uyarınca sadece belirli gruplar için bu sorumluluğun getirilmesinin nedeni, bu gruptaki işçilerin özel korumaya ihtiyaç duyması olduğu belirtilmiş ve bunun diğer işçiler açısından çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının gerekmediği şekilde yorumlanamayacağı ileri sürülmüştür. Hâkim, Direktifin normal çalışanların çalışma sürelerinin kayıt altına alınacağını varsayarak böyle bir düzenleme yoluna gittiğini, ayrıca bu konuda düzenleme yapma gereği duymadığını ifade etmiştir. Bakınız; Opinion Of Advacote General Pitruzella Case C-55/18, paragraf 76 vd.

Kanunu madde 34 ve 35'in, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin kuralların tam zamanlı çalışan işçiler (fazla çalışma yapmayan, gezici olarak çalışmayan işçiler ile demiryolu taşımacılığında ve ticari gemilerde çalışmayan işçiler haricindeki işçiler olmak üzere) açısından etkili olarak uygulanması amacıyla İspanya Krallığı tarafından uygun önlemlerin alındığı söylenebilir mi?

- Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31/2 ve Direktif madde 3, 5, 6, 16 ve 22, 89/391 sayılı Direktif madde 4/1, 11/3, 16/3 bağlamında değerlendirildiğinde, bu hükümler; İspanyol İş Kanunu madde 34 ve 35'in İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesi tarafından yorumlandığı şekilde uygulanmasını engelleyebilir mi?
- Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31/2, Direktif madde 3, 5, 6 ve 22, 89/391 sayılı Direktif madde 4/1, 11/3, 16/3 düzenlemelerinde yer alan, üye devletlerin çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına ilişkin sorumlulukları; ulusal mevzuat uyarınca, İspanyol İş Kanunu madde 34 ve 35'de yer alan ve İspanyol içtihatları ile yorumlandığı şekilde normal işçiler için işverenin çalışma sürelerini kayıt altına almak zorunda olmadığı söylenebilir mi? (Fazla çalışma yapmayan, gezici olarak çalışmayan işçiler ile demiryolu taşımacılığında ve ticari gemilerde çalışmayan işçiler haricindeki işçiler olmak üzere)

A. Kararın İncelenmesi

1. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararının Özeti

Avrupa Birliği Adalet Divanı (Divan), Mahkeme tarafından sorulan soru üzerine, Direktif'in 3, 5, 6, 16 ve 22 maddelerinin, 89/391 sayılı Direktif madde 4/1, 11/3, 16/3 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31/2 bağlamında değerlendirilmesi sonucunda, İspanyol Ulusal Yüksek Mahkemesinin çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin içtihat da göz önüne alındığında İspanyol mevzuatındaki ilgili hükümlerin uygulanmasının, Direktif hükümleri uyarınca engelleneceğini belirtmiştir. Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan raporda; İspanya, Birleşik Krallık ve Çek Cumhuriyeti gibi bazı ülkelerin aksi fikirde olduğu belirtilmiştir. Divan, Direktifte düzenlenen hakların dar yoruma tabi tutulmaması gerektiğini hatırlatmaktadır.

2003/88 sayılı Direktif asgari koşulları düzenleyerek, işçilerin hayatlarını ve çalışma koşullarını iyileştirilmesi amacını, üye devletlerin mevzuatlarını yakınlaştırarak sağlamaya çalışır. Bu nedenle, Direktif madde 3 ve 5 ile düzenlenen asgari günlük dinlenme süresi ve haftalık dinlenme süresinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için üye devletlerin gerekli ve etkili önlemleri alması gerekir. Direktifin tam anlamıyla uygulanabilmesi amacıyla, üye devletler asgari dinlenme sürelerinin takibi ve haftalık azami çalışma süresinin üzerinde çalışılmaması için gerekli önlemleri almak mecburiyetindedirler.

Direktif madde 3, 5 ve 6'da düzenlenen hakların korunması için Direktifte belirli önlemler açıkça düzenlenmemiştir. Her üye devlet gerekli önlemleri durum ve şartlara göre kendisi belirleyecektir. Üye devletler alınacak önlemler konusunda takdir hakkına sahiptir. Ancak üye devletlerin aldığı önlemler, Direktifin amacı olan, işçilerin özel yaşamları ile çalışma standartlarının iyileştirilmesi ve iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amaçlarına ulaşmak için

elverişli ve etkili olmalıdır. Üye devletler tarafından alınan önlemler neticesinde, işçiler asgari günlük dinlenme süresinden ve haftalık azami çalışma süresi kurallarından etkili olarak yararlanabilmelidir. Çalışma sürelerinin kayıt altına alınmaması durumunda, Direktif ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31/2'nin etkili olarak uygulanması pratikte zor olacaktır.

İspanyol İş Kanunu'nda öngörüldüğü gibi sadece fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınması ise Direktifin etkili olarak uygulanması anlamına gelmeyecektir. İspanyol İş ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından da belirtildiği üzere fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınması normal çalışma sürelerinin bilindiği ve ölçüldüğü varsayımına dayanmaktadır. Nitekim, fazla çalışma süresinin ölçülebilmesi için tüm çalışma süresinin bilinmesi gerekir. Ayrıca, çalışma sürelerinin tespiti için başvurulabilecek tanık gibi deliller ise her zaman tarafsız, etkili, şeffaf ve güvenilir değillerdir. İş ilişkisinde işçinin zayıf konumu da göz önüne alındığında tanık delilinin Direktifte düzenlenen hakların korunması için etkili bir ispat aracı olarak kabul edilmesi çok mümkün görülmemektedir. Özellikle, işçilerin olumsuz bir sonuçla karşılaşma korkusuyla işverenleri aleyhine tanıklık yapmaktan kaçınma ihtimalleri göz önüne alındığında tanık delilinin etkisizliği daha da anlaşılabilir.

Çalışma sürelerinin kayıt altına alınması için kurulacak sistemlerin maliyetli olması ise, bu sistemlerin kurulmaması için kabul edilebilir bir gerekçe olamaz. Direktif'in 4 numaralı gerekçesinde de belirtildiği üzere, çalışma süreleri bir yanı ile de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olup, iş sağlığı ve güvenliği ekonomik gerekçelerle göz ardı edilemez.

Avrupa Birliği Hukukunda, direktifler ulaşılması gereken sonuç bakımından üye devletleri bağlayıcı niteliktedir. Üye devletler, direktiflerde belirlenen sonuca ulaşmak için her türlü önlemi almalıdır. Direktiflerin amaçladığı sonuçların tam anlamıyla hayata geçirilebilmesi için gerekirse ulusal mahkemeler, direktiflerle uyumlu olmayan yerleşik içtihatlarından dönmelidir. Direktifte düzenlenen hakların ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31/2'de düzenlenen temel hakkın etkili şekilde korunabilmesi için üye devletler tarafsız, güvenilir ve erişilebilir sistemler kurarak çalışma sürelerini kayıt altına almalıdır.

2. Divan Kararının Değerlendirilmesi

a. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı Işığında Çalışma Süresi Kavramı

Uluslararası ve ulusal İş Hukuku mevzuatlarında çalışma sürelerine ilişkin hükümler genel olarak emredici nitelikte düzenlemelerdir. Çalışma sürelerine ilişkin hükümlerle, işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması amaçlanır. Ayrıca çalışma sürelerinin sınırlanması işçinin özel yaşamına daha fazla zaman ayırması ve kendisini tamamlaması için önemli bir fırsattır. İnsan için yemek, içmek kadar temel bir ihtiyaç olan sosyalleşme, aile ve dostlarıyla zaman geçirme aktiviteleri çalışma sürelerinin sınırlandırılması ile korunur. Bir kişinin emeğini, bilgisini, birikimini sınırsız olarak işverene hasretmesi hiçbir açıdan mümkün değildir. Bu yaklaşım insanın kendini tamamlama gayesinden uzaklaşmasına ve birçok fiziki, psikolojik

sorunla karşılaşmasına yol açmaktadır.

Tarihi süreçte çalışma mevzuatında meydana gelen değişimlerin ve değişim taleplerinin birçoğu çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkindir. Öyle ki, sendikacılığın öncüsü sayılacak hareketler de ilk olarak çalışma sürelerinin düzenlenmesi talepleri ile ortaya çıkmıştır³. Çalışma süreleri, İş Hukukunun temel noktalarından birini oluşturmakta ve üzerinde birçok tartışma hâlâ devam etmektedir. Divan Tetkik Hâkimi tarafından da belirtildiği üzere çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin hükümler, sadece işçilere özel düzenlemeler olmayıp kamu düzeniyle de doğrudan ilgilidir⁴. Çalışma ve dinlenme sürelerinin kamu düzenini ilişkin niteliği göz ardı edilmemelidir.

İş Hukuku mevzuatında çalışma sürelerinin sınırlandırılmasının çeşitli sebepleri vardır. Divan tarafından da belirtildiği gibi çalışma sürelerine ilişkin hükümler işçinin temel kişilik haklarının korunmasına dair düzenlemeler olduğu için ciddiyle korunmalı ve etkili olarak kullanılması ve korunması sağlanmalıdır. Ancak denetim yetersizliği sebebiyle çalışma sürelerinin sınırlandırılmasının gerçekte bir anlamı olmayacak ve bu düzenlemelerden beklenen gereksinimi karşılayamayacaktır.

Divan, 2003/88/EC Çalışma Süreleri Direktifi madde 3 ve 5 ile düzenlenen asgari günlük dinlenme süresi ve haftalık dinlenme süresinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için üye devletlerin gerekli ve etkili önlemleri alması gerektiği hususunu Kararında belirtmiştir. Divan Tetkik Hâkimi, “üye devletlerin gerekli ve etkili önlemlerin alınması” gerektiği ifadesini iki farklı şekilde yorumlamaktadır. Tetkik Hâkimi, Direktifte yer alan bu ifadeden ilk olarak, direktifin ülke mevzuatına geçirilmesi sırasında düzenlenecek istisnalar konusunda özenli olunması gerektiğini belirtmektedir. İkinci olarak ise bu ifade, üye devletlerin işçilerin sağlığını ve güvenliğini etkili bir şekilde korumak için sorumluluk altında olduğunu ve söz konusu hakların korunması için gerekli önlemlerin alınması gerektiğini belirtmektedir⁵.

Divan tarafından belirtildiği üzere direktifte yer alan hakların tam anlamıyla uygulanabilmesi için işverenler; nesnel, tarafsız, şeffaf ve erişebilir bir sistemin kurulması öngörülmüştür. Çalışma sürelerine ilişkin sistemler; kâğıt üzerine yazılı kayıt sistemleri olarak kurulabilir. Ancak, şeffaflık, güvenilirlik gibi niteliklerin sağlanması için verilerin takip edilebilmesine olanak veren teknolojik sistemlerin kullanılması daha sağlıklı olacaktır⁶. Nitekim Divan Tetkik Hâkiminin yorumuna göre, üye devletler tarafından çalışma sürelerinin kayıt altına alınmaması Direktifin etkililiğini azaltacaktır⁷.

Divan, 2003/88/EC Çalışma Süreleri Direktifinde yer alan koruyucu hükümleri önceleyerek değerlendirme yoluna gitmiş⁸, ancak alınabilecek önlemleri tahdidi olarak

³ Whaples, Robert. (1990). Winning the Eight-Hour Day, 1909–1919, The Journal of Economic History, Cilt:50, Sayı:2, s. 393.

⁴ Opinion Of Advocate General Pitruzzella Case C-55/18, paragraf 38.

⁵ Opinion Of Advocate General Pitruzzella Case C-55/18, paragraf 47 vd.

⁶ Verilerin takip edilebilmesine olanak veren sistemlerin tercih edilmesi kişisel verilerin korunması kuralları açısından dikkatlice incelenmelidir. Ayrıca, işçilerin ve işçi temsilcilerin bu verilere erişebilir olması kişisel verilerin geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple bu sistemlerin işçi ve işçi temsilcileri tarafından da erişilebilir olması önem arz etmektedir.

⁷ Opinion Of Advocate General Pitruzzella Case C-55/18, paragraf 3.

⁸ Lecece, Vito S. Monitoring Working Time and Working Time Directive 2003/88/EC: A Purposive Approach, European Labour Law Journal, 2022, s.2.

belirtmemiştir. Zira üye devletler, Direktifle hedeflenen amaca ulaşmak ve gerekli olan önlemleri almakla yükümlü oldukları için günlük ve haftalık azami çalışma sürelerinin üzerinde çalışılmasının engellenmesi için her türlü etkili ve gerekli tedbirleri uygulayacaktır. Örneğin, iş müfettişleri ile yapılacak denetimlerle işçilerin dinlenme hakkı korunmaya alınabilecekse, bu da Direktifin amaçlarına ulaşmak için yeterli sayılabilir. Ancak; çalışma ve dinlenme sürelerini kayıt altına alacak bir sistemin olmaması halinde iş müfettişlerinin denetimi uygulamada yetersiz kalacaktır⁹.

II. TÜRK HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRESİNİN KAYIT ALTINA ALINMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. İşverenin Kayıt Altına Alma Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanunu (İş K.)¹⁰ 63. maddesinde normal haftalık çalışma süresi en çok 45 saat olarak düzenlenmiş olup, ancak çalışma süresinin tanımına yer verilmemiştir. Türk İş Hukuku bakımından çalışma süresi tanımına, İş Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği (ÇaSürY)'de¹¹ rastlanılmaktadır. ÇaSürY madde 3/1: “Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir”. Divan kararında da tartışılan Avrupa Birliği 2003/88/EC sayılı Çalışma Süreleri Direktifi uyarınca çalışma süresi: “İşçinin işverenin emri altında olduğu ve işverenin işini veya görevlerini ulusal mevzuat veya uygulama doğrultusunda yerine getirdiği herhangi bir zaman” şeklinde tanımlanmaktadır. 30 sayılı ILO Sözleşmesine göre ise, işçinin işverenin emri altında olduğu süre çalışma süresidir.

Açıklanan bu tanımlardan sadece fiili olarak iş görülen zamanların çalışma süresinden sayıldığı anlamı çıkarılmamalıdır¹². İşçinin, işverenin emri ve talimatı altında iş görmeye hazır bir şekilde beklediği süreler de çalışma sürelerinden sayılmaktadır¹³. İş Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır” şeklinde tanımlamıştır. 2003/88/EC. Sayılı AB Yönergesinde fazla çalışma sürelerinin haftalık çalışma süresine dâhil edilerek düzenlenmiş olmasının aksine 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma sürelerinin haftalık çalışma süresine dâhil olarak düzenlenmediğini belirtmekte yarar vardır. İş Kanunumuzda da haftalık çalışma süresinin de AB Yönergesi doğrultusunda düzenlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir¹⁴.

İşçilerin sürekli çalışmaları mümkün olmadığı için onların dinlenmesi, bir takım fizyolojik gereksinimleri gidermesi, sağlığı ve güvenliğinin sağlanması başta olmak üzere bir

⁹ Opinion Of Advacote General Pitruzella Case C-55/18, paragraf 59.

¹⁰ RG: 10/06/2003,25134

¹¹ RG: 06/04/2004,25425.

¹² Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Baskan, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.269.

¹³Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 119; Akyiğit, Ercan: *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 13.baskı, Ankara, 2021, s.367; Astarlı, Muhittin. *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, s.37.

¹⁴ Mülâyim, Baki Oğuz. “Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 68 (3), 2019, s. 658. (2019-a).

takım genel ve özel sebeplerle çalışma süreleri sınırlandırılmıştır¹⁵. İşçinin günlük işe başlama ve işin bitiş saatlerinin önceden belirlenerek bu zaman dilimi içinde çalıştırılması iş sağlığı ve güvenliğinin sağlamakla birlikte onun sosyal yaşamının da düzenlenmesine hizmet edecektir¹⁶. İşçinin yasayla sınırlandırılan çalışma süreleri üzerinde çalıştırılarak çalışma ve dinlenme haklarının ihlal edilmesi veya belirlenen sürelerin üzerinde yapılan çalışma haklarının karşılanmaması çalışma ilişkisi içinde çok karşılaşılan durumlardır. Bu nedenle çalışma sürelerinin kayıt altına alınması, işçinin haklarının korunması ve işverenle arasında bir ihtilaf durumunda haklarının ispat edilmesinde önem arz edecektir.

Uygulamada çalışma sürelerinin tespiti ve ispatı çalışma hayatında karşılaşılan en önemli sorunlardan biridir. Nitekim işveren işçilerin çalışma sürelerini uygun araçlarla belgeleme ve sağlıklı bir kayıt sistemi geliştirme yükümlüğü altında bulunmasına rağmen genellikle bu yükümlülüğe uyulmadığı bilinmektedir. Bu bağlamda işverenin giriş-çıkış saatlerinin belirtildiği imza çizelgeleri, puantaj çizelgeleri veya kart basma makinalarıyla çalışma sürelerinin belgelendirmesi uygulamadaki sorunları azaltacak ve ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilafların çözümünde önemli rol oynayacaktır¹⁷. Araştırmamızın konusu olan çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin 4857 sayılı İş Kanununda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Öte yandan Vergi Usul Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda işverenin düzenlemek zorunda olduğu ve kuruma ibraz etmekle yükümlü olduğu kayıt ve belgeler düzenlenmiştir. İş Kanunu mevzuatı içinde konuya ilişkin hüküm “İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği”nin (ÇaSürY) “Çalışma Sürelerinin Belgelenmesi” başlıklı 9.maddesi ile düzenlenmiş olup bu hükme göre; “İşveren, işçilerin çalışma sürelerini uygun araçlarla belgelemek zorundadır”. Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanununda doğrudan yasal düzenleme yoluna gidilmemiş, ancak Kanunun 63.maddesi uyarınca çıkartılan ikincil mevzuat niteliğindeki Yönetmelik kapsamında çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yönünde işveren yükümlendirmiştir. Aynı Yönetmeliğinin 5. maddesinin son fıkrasına göre, “Denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işverence belirlenir”. Ancak belirlemenin ve sürelerin ne şekilde yapılacağı ve kayıt altına alınacağı hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ayrıca belirlemenin yöntem ve şeklinin de işverenin inisiyatifine bırakılmış olduğu görülmekte olup, bunun uygulamada ilave tartışma ve sorunlara yol açacağı düşünülmektedir. Düzenlemenin amacı da dikkate alındığında, uluslararası tecrübeler ve uygulanagelen yöntemler de göz önünde bulundurularak belirlemenin yöntem ve şeklinin tahditlenerek somutlaştırılmasının uygulamadaki yeknesaklığın sağlanmasıyla ortaya çıkacak tartışma ve sorunların asgariye indirilebileceğini değerlendirmekteyiz. Zira hukuk sistematüğinde ikincil mevzuatının esas işlevlerinden biri de budur. Nitekim doktrinde de belirlemenin işyerinde ilan edilmesine ilişkin yönetmelikte bir hükmün yer almasının yararlı olacağı ifade edilmektedir¹⁸.

¹⁵ Narmanlıoğlu, Ünal. İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, s. 27.

¹⁶ Çoruhlu Kamalioğlu, Nadire. “Denkleştirme ve Uygulamaları”, *Çalışma Dünyası Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim-Aralık, 2013, s. 58

¹⁷ Koç, Muzaffer. “4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 7, 2016, s. 2187.

¹⁸ Caniklioğlu, Nurşen. “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, *Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası*, S. 66, 2005, s. 13; Çoruhlu Kamalioğlu, s. 59.

Çalışma süresinin kayıt altına alınmasına ilişkin bir diğer düzenleme olan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (FÇY) madde 10'a göre, "İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir". Emredici nitelikteki Yönetmelik hükmünden de anlaşıldığı üzere, işveren, fazla saatlerle çalışma yaptırılan işçilerin, bu çalışma saatlerini belgelemek ve saklamakla yükümlüdür. Yine aynı madde kapsamında işveren ödediği fazla saatlerle çalışma ücretini ücret bordrolarında ve ücret hesap pusulalarında göstermek zorundadır. Yönetmelik çerçevesinde işveren bu iki hususu belgelendirme yükümlülüğü altında olacaktır¹⁹. Yönetmelik hükmündeki "bu çalışma saatlerini gösteren" ibaresinin ilgili dönemdeki fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmaların (örneğin haftalık 2 saat) toplam süresinin belgelenmesi şeklinde değil, ilgili dönemdeki fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma süresinin başlama ve bitiş tarihlerini de kapsayacak şekilde (örneğin 01.09.2023 günü saat 17:00-19.00 arası 2 saat fazla çalışma) belgelendirilmesi şeklinde anlaşılması ve yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz. Hükmün bu şekilde yorumlanması, hükmün getirilme amaçlarına daha uygun olacağı gibi, normal çalışma sürelerinin tespiti, belgelenmesi ve kanıtlanması bakımından da en azından yardımcı ve destekleyici yönüyle fayda sağlamış olacaktır. Başka bir deyişle işveren – işçi ihtilaflarında çoğu zaman tanık ispat vasıtasına dayanan objektif ve subjektif nedenlerle maddi gerçekten uzaklaşması dolayısıyla tarafların adalete güvenini ve inancını zedeleyen fazla çalışma ücreti alacaklarının ispatında veya karşı ispatında maddi delil oluşturacağından hükmün doktrin ve yargı organları tarafından bu şekilde anlaşılması ve yorumlanması zaman içerisinde çalışma hayatında yaygınlaşmasına sebebiyet vereceği muhakkaktır. Özellikle işveren bakımından fazla çalışma hakkına ve ispat vasıtalarına ilişkin yaygın olumsuz düşüncelerinde, hükümle getirilen yükümlülüğün belgeleme külfetinin maliyet ve sonuçlarını karşılaştırma fırsatı doğacaktır. Netice itibarıyla taraflar arasındaki geniş anlamda çalışma sürelerine ilişkin ihtilafların çözümünde nesnellığe yakınlaşmaya hizmet edeceği, dolayısıyla bu tür uyuşmazlıkların çözümünde tarafların vicdanlarının daha fazla tatmin edileceği kanaatindeyiz.

İş Kanunundan farklı olarak Deniz İş Kanunu çalışmaları belgelemek için işveren veya işveren vekilinin noterden tasdikli ayrı bir defter tutulmasını zorunlu kılmıştır. Deniz İş Kanunu 29. maddesine göre, "Fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır. Bu defterde gemi adamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemi adamının hakettiği fazla çalışma ücreti gösterilir. Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücretler için hizmet akdinde gösterilmiş bulunan zaman, yer ve devrelerde, işveren veya işveren vekili tarafından gemi adamlarına tam olarak ödenmesi zorunludur". Maddede öngörülen defterin tutulması hususu çalışma süresinin ispatı açısından önemlidir²⁰.

Yine bir başka düzenlemede; "Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri

¹⁹ Astarlı, s. 235.

²⁰ Kar, Bektaş. *İçtihatları ve Mevzuatları ile Deniz İş Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011. s. 122-123.

Yönetmeliği”nin²¹ “Çalışma Tablo ve Çizelgeleri” başlıklı 16. maddesinde ilgili hareket halindeki taşıtlarda çalışanların çalışma dönemi, işin günlük başlayış ve bitiş saatleri, ara dinlenmesi ve günlük dinlenme zamanları ve hafta tatili günleri işveren veya işveren vekili tarafından tablo ve çizelgelerinin hazırlanarak kayıt altına alınması zorunlu tutulmuştur²². Şehirlerarası kamyon ve tır şoförlerinin fazla mesai, hafta tatili, milli bayram ve genel tatil çalışma ücretleri için takograf kayıtları²³ esas alınacak olup bu kayıtlar yazılı delil olarak kabul edilecektir²⁴. Nitekim Yargıtay’a göre yurtiçi ve yurtdışı tır şoförü olarak çalışan işçilerin, uluslararası tır şoförlerinin fazla mesai yapmadıkları kabul edildiğinden²⁵, bu şoförlerin fazla mesai yaptıkları ancak yazılı delille ispat edilmesi gerekecektir²⁶.

Çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin kurulacak sistemlerin üst düzey yöneticiler ile yapılan iş sözleşmelerinden kaynaklanan hakları ihlal etmemesi gerekir. Nitekim Divan kararında (paragraf 63); üye devletlere, dinlenme süresine ve haftalık azami çalışma süresine bazı istisnalar getirmesine imkân veren Direktif madde 17’nin uygulanmasının engellenmemesi gerektiğini belirtmektedir. Direktif madde 17, çalışma sürelerinin öncesinde belirlenmediği veya işçinin kendisi tarafından belirlendiği durumda Direktif madde 3, 6, 8 ve 16’ya istisna hükümler getirebileceğini belirtmektedir. Yani çalışma sürelerinin kayıt altına alınması, Direktif madde 17’yi işlevsiz hâle getirmemelidir.

Türk İş Hukuku açısından bakarsak, çalışma sürelerini ve düzenini kendi belirleyen üst düzey yöneticiler hakkında da aynı yönde yorum yapılabilir. Yargıtay’ın üst düzey yöneticiler hakkındaki içtihatları uyarınca, üst düzey yöneticiler güvene dayalı iş ilişkisi içinde çalışma sürelerini ve düzeninin kendileri belirlemeleri sebebiyle fazla çalışma ve tatil ücretine hak kazanmamaktadır²⁷. Yargıtay’ın bu kararlarında esas aldığı nokta, üst düzey yöneticilerinin çalışma sürelerinin belirlenmesi üzerindeki yetkisidir. Aynı şekilde 2003/88/EC sayılı Direktif madde 17, işçinin çalışma sürelerini kendi belirlemesi hâlinde istisnai düzenlemeler getirilebileceğini düzenlemektedir. Divan Kararından ve Yargıtay kararlarından hareketle çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin kurulacak sistemler üst düzey yöneticiler ile yapılan iş sözleşmelerini işlevsiz/anlamsız hâle getirecek şekilde düşünülmemelidir. Özellikle bir hususu vurgulamak gerekir ki, “güvene dayalı çalışma süreleri açısından işverenin işçinin işyerinde bulunduğu sürelerde çalışma sürelerini kontrol etmemesi çalışma süreleri kaydının tutulmayacağı anlamına gelmeyecektir. Çünkü bu tür iş ilişkilerinde çalışma sürelerine ilişkin kaydın tutulması görevi çalışma sürelerinin konumunu serbestçe belirleme yetkisine sahip olan işçiye devredilmiştir”²⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği ve Fazla

²¹ RG. T. 06.04.2004 No:25425

²² Doğan, Sevil. “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), (1179-1202), 2020. s. 1191.

²³ Aydemir, Murteza. “Ücret Niteliğindeki İşçi Alacağı Davalarında Tanık Deliline Dayanılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (43), (77-104), 2020. s. 94-95.

²⁴ Mülâyim, Baki Oğuz. “Fazla Çalışmanın İspatlanması”, *İş ve Hayat*, 5(9), 2019, s.139. (2019-c).

²⁵ Yrg. 9. HD., T. 03.11.2014, E. 2012/39425, K. 2014/32185., Melekoğlu Keser, Burcu. *İş Hukukunda Fazla Çalışma*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 282.

²⁶ Yrg. 9. HD., T. 20.01.2014, E. 2011/51008, K. 2014/504., Melekoğlu Keser,283.

²⁷ Yrg. 9. HD., 08.05.2017 tarih ve E. 2017/4780, K. 2017/8123, Sinerjimevzuat.com.tr/ E.T.15.05.2023.

²⁸ Astarlı, s. 424-426.

Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği ile çalışma süreleri ve fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınması konusunda işveren yükümlü tutulmuştur. Ancak çalışma ve fazla çalışma sürelerinin belgelenmesinin nasıl yapılacağı hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamış ve belgelemenin nasıl yapılacağı konusu işverene bırakılmıştır. Doğal olarak bu eksikliğin ortaya çıkaracağı sonuçlar açısından kayıt altına almanın yöntem ve şeklinin daha ayrıntılı bir şekilde somutlaştırılarak açıklanması söz konusu sorunun çözümünde faydalı olacağı kanaatindeyiz.

B. Çalışma Sürelerine İlişkin Kayıtlar

Çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin mevzuatta en önemli eksiklik çalışma sürelerinin işveren tarafından uygun araçlarla belgelenmemesi halinde herhangi bir cezai yaptırımın öngörülmemiş olmasıdır. Nitekim cezai yaptırımın olmamasının uygulamada özellikle geriye dönük fazla çalışma, genel tatil günü çalışması konusunda sıkıntılara sebebiyet verdiği ÇSGB İş Teftişi Kurulu Başkanlığı tarafından yapılan saha çalışmasıyla ortaya konmuştur²⁹. Söz konusu çalışmada çalışma sürelerinin belgelenmemesine cezai yaptırım getirilmesi, her iki yönetmeliğin (ÇSY ve FÇY) yeniden düzenlenmesi, çalışma sürelerinin belgelenmesi ve söz konusu belgelemenin Bakanlığının kontrolü elektronik ortamda takip edilebilecek şekilde düzenlenmesi hususları önerilmiştir³⁰. Nitekim bilgisayar, internet ve GPRS gibi dijital kayıt ve iletişim araçları sayesinde işletmeler hem kendi ticari işlemlerini hem de çalışanları takip etme imkanına sahiptir.

Çalışma ilişkisi içinde farklı sektörlere göre günlük, haftalık ve aylık çalışma süreleri uzunluğu en önemli sorunlardan biri olarak karşılaşılmaktadır. Özellikle küçük işyerlerinin ve kayıt dışı çalışmaların egemen olduğu sektörlerde, işçilerin işe başlama ve bitirme saatlerinin kayıt altına alınmaması, günlük çalışma sürelerinin sabit olarak belirlenmemesi, dinlenme sürelerinin kullandırılmaması³¹ ve işverenlerin kayıt ve belgeleri gerektiği şekilde tutmaması bu sorunlara örnek olarak sıralanabilir³². Yine İşK. m. 63'e göre 45 saat olarak belirlenen normal haftalık çalışma süresinin üzerinde çalıştırılan fazla çalışmaların karşılığı olan ücretlerin ödenmesi hususunda işçilerin hakları ihlal edilmekte ve fazla çalışmalara ücret ödenmemesi yönündeki işverenlerin direnç gösterdikleri bilinmektedir.

Arabulucuya ve mahkemeye taşınan ihtilaflarda fazla çalışmaların kayıt altına alınmamış olması sebebiyle bu çalışmaların ispatı açısından sorunlar yaşanmaktadır. Ayrıca fazla çalışma ücretlerini azaltmaya olanak sağlayan karar ve uygulamaların fazla çalışma ücreti hakkına olumsuz etkileri de eleştirilmektedir³³. Bu bağlamda fazla çalışma sürelerinin kayıt

²⁹ ÇSGB, (2013a), İş Teftişi Kurulu Başkanlığı, Çağrı Merkezlerinde Çalışma Koşullarının İyileştirilmesine ve Sosyal Tarafların Bilinçlendirilmesine Yönelik Teftiş Programı Sonuç Raporu, Ankara, https://www.cs.gb.gov.tr/medias/6017/2013_58.pdf, 05.06.2023.

³⁰ ÇSGB, (2013b), İş Teftişi Kurulu Başkanlığı, Alışveriş Merkezlerinde Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Programlı Teftişi Sonuç Raporu, Ankara, https://www.cs.gb.gov.tr/medias/6047/2014_62.pdf, 05.06.2023.

³¹ Yorgun, Sayım. "Türkiye'de Turizm Sektöründe Esnek İstihdam Uygulamaları ve Toplu İş Sözleşmelerinde Yer Alan Düzenlemeler", *Turizm Turizm ve Araştırma Dergisi*, 2(2), 2013, s. 63.

³² Özdemir, Manav, Eda. "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", *Çalışma ve Toplum*, 4(47), 2015, s. 200.

³³ Aşçı, M. Saim. "Bedeli Ödenmeyen Fazla Çalışma", *Çalışma ve Toplum*, 3(66), 2020. s. 1532.

altına alınarak belgelendirilmesinin zorunlu tutulması fazla çalışmanın ispatı açısından kolaylık sağlayacaktır. Nitekim uygulamada “hakkaniyet indirimi” ya da “takdiri indirim” olarak nitelendirilen ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında³⁴ “karineye dayalı makul bir indirim” olarak ifade edilen kesinti çalışmanın yapıldığına ilişkin belge, işveren kayıtları ya da kesin delillere dayalı olarak ispat edilmesi durumunda fazla çalışma ve tatil alacaklarından yapılmamaktadır³⁵.

Yargıtayın yerleşik içtihatlarından da görüldüğü üzere fazla çalışmanın yazılı belgelerle veya işveren kayıtları ile ispatlanması durumunda bir indirimle gidilmemektedir³⁶. Özellikle fazla çalışma alacağından indirim yapılması konusunda yasal bir düzenleme olmamasına rağmen fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde işçinin uzun süre aynı şekilde fazla mesai yapması, yasal ve mazeret izni kullanması, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, doğum, ölüm, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalışmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği gerekçesiyle fazla çalışmadan indirim yapılmaktadır³⁷.

Söz konusu indirim tanık beyanına dayalı olarak talep edilen fazla çalışmalar hakkında uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay, fazla çalışma ile bayram tatili hesabı yönünden davacının işyerine giriş çıkış saatlerini gösteren puantaj kayıtları yerine tanık beyanlarına göre sonuca gidilmesinin doğru olmadığına³⁸ karar vermekle birlikte, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁹. Tanık beyanlarının her zaman sağlıklı olmaması, gerçeği yansıtmama ihtimali ve işveren tanıklarına çoğu kez değer atfedilmemesi açısından her zaman sağlıklı bir sonuca ulaşılamamaktadır⁴⁰. Fazla çalışmanın tanıkla ispat edildiği hallerde işçinin fiilen yaptığı işin niteliğini ve yoğunluğuna göre fazla çalışmaya elverişli olup olmadığı araştırılması, bilirkişiye incelettirilmesi gerekir⁴¹. Bu bağlamda fazla çalışmaların yazılı belgeler ve işveren kayıtları ile ispat edilebilirliğinin önemi ortaya çıkmaktadır. Uygulamada işverenin kesiminin çalışma sürelerine ilişkin kayıt tutmamasının sonucu olarak işçinin uzun süre fazla çalışma yaptığı hallerde fazla çalışma ücretinin tamamını ispat ederek alması mümkün olmayacaktır.

³⁴ YHGK, E. 2015/9-2698, K.2017/1557, T.06.12.2017, YHGK., 2015/9 (7)-907 E.-2018/23 K. 17.01.2018; YHGK., 2015/9-3555 E.-2018/84 K. T. 07.02.2018, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2018/2, s. 832- 838.

³⁵ “...fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir...” , Yrg. 7. HD., E. 2014/7775, K. 2014/14858, T. 30.6.2014.; Mülâyim, Baki Oğuz. & Kayık Aydınalp, Aslıhan. “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (2), s. 412-451. (2019b).

³⁶ Köseoğlu, Ali Cengiz & Kabul, Sibel. “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 72(2), 2014, s. 261.

³⁷ Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 357.; YHGK, E. 2015/22-2360 K. 2018/1904 T.12.12.2018, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı: 62; Yrg. 9. HD., T 01.04.2008, E: 2007/33244; K: 2008/7135, www.lexpera.com.tr/ E.T.11.04.2023; Yrg. 9. HD., T: 02.07.2009, E. 2008/5265, K. 2009/19075, Sinerjimevzuat.com.tr/ E.T.10.04.2023.

³⁸ Yrg. 9. HD., 30.01.2007, E. 2006/27359, K.2007/1254; Yrg. 9. HD., 17.05.2007, E.2007/10997, K.2007/15388; Köseoğlu – Kabul, s. 258.

³⁹ Yrg. 9. HD., T: 29.2.2012, E: 2009/43783 K: 2012/6401, Karar incelemesi için bkz. Boydak Alptekin Burak. “Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı Karar İncelemesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 37, 2013, s. 261-271.

⁴⁰ Alpagut, Gülsevil. “İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu”, (Emsal Ücret) *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı*, (Editör: Prof. Dr. Levent AKIN), 06 Nisan 2019, Bolu – Abant, 2019, s. 70.

⁴¹ Demir, Fevzi. *İş Hukuku ve Uygulaması*, Albi Yayınları, İzmir, 2018, s. 265-268.

İspat açısından puantaj kayıtları, çalışma çizelgeleri, işveren tarafından düzenlenen ve işyeri çalışma düzenini gösteren belgeler, işyerine giriş-çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları yazılı belgeler olarak kabul edilecektir⁴². Çalışma süreleri açısından bir ihtilaf ortaya çıktığında önem sırası dikkate alınarak bu belgelere tanık beyanına göre üstünlük verilecektir. Aynı şekilde ücret bordrosu ile işyeri giriş-çıkış belgeleri arasında bir uyumsuzluk halinde bu belgelere dayanarak işçi fazla çalışma yaptığını ispat edebilecektir. İşçinin ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş bordrosu ile işyeri giriş-çıkış saatleri arasındaki uyumsuzluk olması durumunda söz konusu giriş-çıkış kayıtları, imzalı ücret bordrolarının aksini ispatlayan aynı kuvvete haiz bir delil niteliğinde kabul edilecektir⁴³.

İşçilerin çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin haklarının korunması için işverenler tarafından oluşturulacak işyeri kayıt sisteminin kurulmasının zorunlu olması gerekmektedir. İster çalışma ister de dinlenme sürelerinin kayıt altına alınarak tanzim edilen belgelerin korunmaya alınması işverenin yükümlülüklerindedir. Yargıtay, izin süresi için de gerekli kayıt ve defterleri tanzim etmenin işverenin görevi olduğunu belirtmiştir⁴⁴. Bu çerçevede sağlam bir belge düzenini sağlayacak mevzuatın oluşturulması ve cezai yaptırımların öngörülmesi önerilmektedir. Nitekim tanık ifadesine dayalı bir çözüm aracının işçinin haklarının korunması için yetersiz olduğu bilinmektedir. Öneri doğrultusunda çalışma ve dinlenme sürelerinin kayıt altına alınarak belgeler altında veya gerekirse dijital ortamda korunması uygulamada yaşanan sorunları azaltacaktır⁴⁵. Adalet Divanı kararında da işverene kayıt yükümlülüğünün öngörülmemiş olmasının Çalışma Süreleri Direktifi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na aykırı olduğu belirtilmiştir. Kuşkusuz Adalet Divanının 14.05.2019 tarihli kararı ışığında “*her bir işçinin günlük çalışma süresinin ölçülebilmesine imkân veren objektif, güvenilir ve ulaşılabilir bir sistem kurulmasını zorunlu kılınması*” hükmünün dikkate alınarak kayıt sisteminin oluşturulması çalışma ve dinlenme sürelerinin ihlalini önleyecektir⁴⁶. Bu yönde sendikaların da rolünü göz ardı etmemek gerekir. Sendikal örgütlenmenin güçlendirilerek imzalanacak toplu iş sözleşmesi kapsamında işçilerin ve onların haklarının kayıt altına alınması bireysel iş uyuşmazlıkları sayısının azalmasına sebep olacaktır⁴⁷.

C. Uzaktan Çalışma ve Diğer Atipik Çalışma Şekillerinde Çalışma Süresinin Kayıt Altına Alınması

Pandemi öncesi uzaktan çalışma şekillerine rastlanılsa da söz konusu Covid pandemisi nedeniyle, bu çalışma şekillerine olan ilgi artmış ve son yıllarda gittikçe tercih edilebilir olmaya başlamıştır. Uzaktan çalışma; evden çalışma, mobil çalışma ve tele çalışma gibi çalışma

⁴² Aydemir, s. 86

⁴³ Mülayim, s. 143-144. (2019-c).

⁴⁴ Ankara BAM., 7. HD., 16.01.2018 E. 2017/2068, K. 2018/26; Kayırgan, Hasan “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), (577-596), 2021, s. 583.

⁴⁵ Aydemir, 102.

⁴⁶ Alpagut, s. 67-70, (Emsal Ücret).

⁴⁷ Özdemir, s. 201.

şekillerinin kapsamaktadır⁴⁸. 4857 sayılı İş Kanunu (İŞK)⁴⁹ madde 14 uyarınca, uzaktan çalışma: “işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir”.

Uzaktan çalışmanın sağladığı esneklik işçiler tarafından uzaktan çalışmanın tercih edilmesinde en büyük nedenlerden biridir. Günümüzde uzaktan çalışma biçimi istihdam edilenlerin yaptıkları işin niteliği açısından olumlu ve olumsuz birçok sonucu ortaya çıkarmıştır. Örneğin tele çalışanların refah ve stres düzeylerinin, psikolojik ve mental sağlığının olumsuz etkilendiği vurgulanmaktadır⁵⁰. Ayrıca uzaktan çalışmanın yalnızlaştırıcı etkisi, sosyal yaşamı ve iş arkadaşlığı ilişkisini olumsuz etkilemesi⁵¹, işyerinde çalışanlara göre daha az ücret verilmesi, sendikasılaştırma ve işten çıkarmaları kolaylaştırması, fırsat eşitsizliği yaratması, fazla çalışmanın karşılığının alınamaması, uzaktan çalışma ortamında meydana gelen kazaların ya da hastalıkların iş kazası ya da meslek hastalığı olarak kabul edilip edilmemesi hususlarında ortaya çıkardığı belirsizlikler tartışılmaktadır⁵². Diğer yönüyle, iş yaşam dengesini olumsuz etkilemesi, uzaktan çalışmanın işçiler aleyhinde ortaya çıkardığı en önemli sorunlardan biri olduğu ifade edilmektedir⁵³. Ancak bu sayılan sorunlarla beraber uzaktan çalışmanın en olumsuz yönlerinden biri olarak çalışma sürelerinin kayıt altına alınması, çalışma ve dinlenme sürelerinin sınırlarının belirlenmesi açısından ortaya çıkardığı sorunun olduğu açıktır.

Uzaktan çalışmanın teşvik edilmesi, güçlendirilmesi olumlu yanlarının artırılması, olumsuz yanlarının engellenmesi veya azaltılması için çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yararlı bir araç olabilir. Uzaktan çalışmanın, özellikle tele çalışmanın genel olarak teknolojik cihazlar kullanılarak yerine getirildiğini düşündüğümüzde bilgisayar, telefon gibi teknolojik cihazlara kurulacak yazılımlar ile çalışma sürelerinin kayıt altına alınması mümkün olabilir. Bunun yanı sıra, giyilebilir teknolojik cihazların kullanımı tele çalışanlar için yararlı olabilir. Giyilebilir teknolojiler günlük yaşamda birçok amaçla kullanılmaktadır. Akıllı saatler, akıllı gözlükler, akıllı kulaklıklar ve diğer giyilebilir teknolojik cihazlar kişisel amaçla kullanılabilirdiği gibi sağladıkları yüksek teknolojik olanaklar sayesinde de iş hayatında kullanılabilir. Bu cihazlar, işledikleri verilerle saniyesi saniyesine çalışma sürelerini doğrudan veya dolaylı olarak ölçebilir.

Uzaktan çalışmanın düzenlenmesi amacıyla pandemi dönemi çıkarılan Uzaktan Çalışma Yönetmeliđi⁵⁴ bu konuda bazı hükümleri ihtiva etmektedir. Yönetmelik çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına dair doğrudan bir hüküm içermemektedir. Ancak, yönetmeliğin 9, 10 ve

⁴⁸ Uşan, M. Fatih. & Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 90.

⁴⁹ RG: 10/06/2003, 25134.

⁵⁰ Baycık Gaye/ Doğan Sevil/ Dulay Yangın Dilek/ Yay Oğuzhan. “Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı: 70/ 3, 2021, s. 1704.

⁵¹ Kıcır, Başak. “Evden Çalışma: Özgürlük Mü Esaret Mi?”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 21 (1), 2019, s. 186; Akça, Meltem & Tepe Küçüköğlü, Mübeyyen. “Covid-19 ve İş Yaşamına Etkileri: Evden Çalışma”. *Journal of International Management Educational and Economics Perspectives*, 8(1), 2020, 71-81.

⁵² Koçak, Orhan. & Kavi, Ersin. “Bilgi Toplumunda Evden Çalışmanın Etik Boyutu”, *Journal of Social Policy Conferences*, 0 (59), 2011, s. 81-84.

⁵³ Baycık/ Doğan/ Dulay/ Yay, s. 1688; Bellmann, L. & Hübler, O. “Working From Home, Job Satisfaction and Work-Life Balance Robust or Heterogeneous Links?”. *International Journal of Manpower*, 0143- 7720, 2020, 1-18.

⁵⁴ RG: 10.03.2021, 31419.

11. maddeleri çalışma sürelerinin kayıt altına alınması durumunda ortaya çıkabilecek sorunlara çözümler getirebilir. Madde 11’de düzenlenen, “İşveren; uzaktan çalışanı, işyerine ve yaptığı işe dair verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin işletme kuralları ve ilgili mevzuat hakkında bilgilendirir ve bu verilerin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alır”, düzenlemesiyle aslında işvereni kayıt altına almakla yükümlü kılmıştır. Ancak, Yönetmelikte çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yönelik ayrıntılı bir hükmün yer alması çalışanların haklarının korunması açısından yararlı olacaktır. Bu hususta ülkelerin kayıt altına almaya ilişkin mevzuatlarından yararlanılabilir⁵⁵.

Bazı yabancı ülke mevzuatlarında uzaktan çalışma biçiminde çalışanlara ilişkin benzeri düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, İtalyan Hukukunda, “Lavoro Agile”, yani Türkçe’ye akıllı çalışma olarak çevrilebilecek çalışma şeklinde işyeri dışında nasıl çalışılacağını, teknolojik cihazların iş amaçlı olarak nasıl kullanılabilceğinin taraflar arasında düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶. Bu açıdan, teknolojik cihazların kullanımının bir denetime ve sınırlamaya tabi tutulması gereklidir⁵⁷. Söz konusu düzenleme çoğunlukla ulaşılamama hakkı kapsamında incelenmiş olsa da teknolojik cihazlardan bağlantıyı kesmeye ilişkin hükümler çalışma sürelerinin kayıt altına alınması ile de bağlantılıdır. Kanunun hedeflediği amaca ulaşabilme açısından, Divan kararı ışığında çalışma sürelerini kayıt altına alacak sistemlerin kurulması gerek duyulmaktadır. Aynı yorum Uzaktan Çalışma Yönetmeliği madde 9 ve 10 açısından da yapılabilir.

Günümüz çalışma hayatında yaygınlaşan bazı atipik çalışma şekillerinin işçi aleyhine doğurabileceği sonuçların azaltılması ve/veya engellenmesi çalışma sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanması ve korunması ile mümkün olabilir. Özellikle uygulamada hukuki anlamından farklı olarak esnek çalışma olarak bahsedilen çalışma şekilleri açısından da bu yorum yapılabilir. Dünyada platform work⁵⁸ ifadesiyle bahsi geçen, Türkçeye ise dijital çalışma ve çalışanlara da dijital emek platformu çalışanları⁵⁹ olarak çevrilebilecek bu çalışma şekillerinde çalışma sürelerinin kayıt altına alınması önemlidir. Dijital emek platformu çalışanların işçi olup olmadığına dair tartışmalar varlığını sürdürmektedir⁶⁰. Söz konusu çalışanların çalışma saatlerinin önceden belirlenmemiş olması ve faaliyetlerini serbest olarak istedikleri zaman yerine getirebilmeleri nedeniyle bağımsız çalışan statüsüne uygun düşükleri

⁵⁵ “Amerika Birleşik Devletlerinde, evde çalışan işçilerin bordro ve kayıtlarını saklamakla yükümlü olan işverenlere her bir işçi için zaman çizelgesi içeren ayrı bir el rehberi hazırlama yükümlülüğü getirilmiş olup, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte işçi tarafında teslim edilecek bu rehberi işveren iki yıl boyunca saklayacak ve gerektiğinde resmi makamlara ibraz edecektir”. Dulay, Dilek. *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*. Turhan Kitabevi, 2016. s. 75.

⁵⁶ Chiuffo, Facundo, Martin. "The ‘Right to Disconnect’ or ‘How to Pull the Plug on Work’". *4th Labour Law Research Network Conference*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019, s. 7.

⁵⁷ Dias, João Moreira, “Smart Working. Dialogues between Portugal and Italy”, *Labour & Law Issues*, Cilt:3, Sayı:2, 2017, s. 44.

⁵⁸ Platform work’un tanımına gelecek olursak; “Bu ekonomik modelde, teknolojik gelişmeler sonucunda yaygınlaşan internet platformlar diğer deyişle online sistemler ve cep telefonları aracılığıyla gönderilen talepler sonucunda, bazı firmalar hizmet sunucularıyla hizmet alıcılarını bir araya getirmekte ve ekonomik bir model doğmaktadır”. Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, 2021. s. 12.

⁵⁹ Platform work ifadesininin dijital çalışma ve bu platformların dijital emek platformu olarak Türkçe’ye çevrilmesine ilişkin bakınız: Gaye Burcu Yıldız. “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 46, 2022, s. 28-41.

⁶⁰ Yıldız, s. 30 vd.

ifade edilmektedir⁶¹. İşverenler, söz konusu kişilerin işçi olmadıklarını bağımsız çalışan olduğunu iddia etmektedirler. İşverenlerin bu yaklaşımının altında kuşkusuz İş Hukuku'nun temel ilkeleri ve İş Hukuku mevzuatının emredici hükümlerinden kaçınma amacı olduğu söylenebilir.

Söz konusu platform work çalışma şekli uygulamada en çok kuryeler tarafından yerine getirilmektedir. Örneğin, satıcı bir malın satımını internet sitesi üzerinden yapmaktadır, satıcı malın alıcıya gönderilmesinde üçüncü bir kişiyle anlaşmak ya da kendi çalışanı aracılığıyla göndermek yerine dijital emek platformu çalışanları aracılığıyla göndermektedir. İşveren böylelikle zamandan ve maliyetten kazanmaktadır. İşveren, dijital emek platformu çalışanın bağımsız çalışan olduğu ve kendisiyle sadece malın teslimi konusunda anlaşıldığından bahisle İş Hukuku'nun emredici hükümlerini bertaraf etmeye çalışmakta ve böylelikle kârını maksimize etme amacı gütmektedir. Dijital emek platformu çalışanlarının bağlı çalışan mı olduğu veya bağımsız çalışan mı olduğu tartışması konumuz dışında olmakla beraber, dünyada yarı bağımsız çalışan oldukları, bağımlı serbest çalışan oldukları gibi yaklaşımlar görülmektedir⁶². Bu kişilerin iş güvencesinin ve ücret garantisinin eksikliği göz önüne alındığında İş Hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlanmaları önem arz eder. Dijital emek platformu çalışanlarının İş Hukuku mevzuatından yararlanabilecekleri kabul edilirse, bu kişilerin çalışma şekillerinin de göz önüne alınması ile görüleceği üzere çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının önem arz edeceği söylenebilir.

Günümüzde yaygınlaşan uzaktan çalışmanın yapıldığı ev eksenli çalışmalarda, denetimden uzakta ve genellikle dokunulmazlığı olan konutlarda yapılan çalışmaların sömürü düzeyi yüksek, sağlıksız, güvenliksiz ve hane üyelerinin tamamını riske eden bir çalışma olması ile birlikte bu çalışmaların kayıt altına alınmadığı görülmektedir. Yasal anlamda kayıt altına alınamayan ev eksenli çalışanlar birçok işçilik haklarından yararlandırılmamaktadır⁶³. İşyerinde yapılan çalışma sürelerinin tespiti, sınırlandırılması ve kayıt altına alınmasının daha kolay olduğu malumdur. Ancak uzaktan çalışma biçiminde işçi çalışmasını doğrudan denetim ve gözetimi altında ifa etmediği için çalışma süreleri ile ilgili hukuki rejimin nasıl uygulanacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla uzaktan çalışma biçimlerinde yapılan çalışmaların kayıt altına alınması düzenlemeye ihtiyaç duyulan en önemli sorunlardan biri olarak devam etmektedir⁶⁴.

D. İcap Nöbeti ve Nöbet Hizmeti Sırasında Çalışma Sürelerinin Kayıt Altına Alınması

Tarihsel süreç içerisinde, İş Hukuku kurallarının genel olarak belirsiz süreli ve tam

⁶¹ Metin, Banu. "Dijitalleşen Dünyada Değişen İstihdam Modelleri: Dijital Emek Platformlarında Çalışanlar Açısından Tehditler ve Fırsatlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 24 (3), 2022, s. 928.

⁶² Yıldız, Gaye Burcu. "Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan*, (Ed. Kübra Doğan Yenisey), Onikilevha Yayıncılık, 2019, s.788.

⁶³ Kaya, Mehmet & Doğan, B. Bahar. "Esnek Çalışma Modeli: Ev Eksenli Çalışma", *Electronic Journal of Social Sciences*, 15(58), 2016, s. 1069-1099.

⁶⁴ Baycık/ Doğan/ Dulay/ Yay, s. 1692

zamanlı fabrika çalışmasını esas alınarak hazırlandığını söylemek yanlış olmayacaktır⁶⁵. İş Hukuku kurallarının söz konusu niteliği gereğince çalışma sürelerine ilişkin yaklaşım da benzer olmuştur. Günümüz İş Hukuku açısından zaman çalışma ve dinlenme süresi olarak ayrılmış durumdadır. Üçüncü bir zaman dilimi söz konusu görülmemektedir. Örneğin 2003/88/EC sayılı Çalışma Sürelerine İlişkin Avrupa Birliği Direktifi madde 2/9 dinlenme süresini çalışılmayan herhangi bir süre olarak tanımlamıştır.

Her ne kadar çalışma ve dinlenme sürelerine yaklaşım bu şekilde olsa da icap nöbeti ve nöbet hizmeti kavramları söz konusu yaklaşımların anlamsızlaşmasına neden olmuştur. İcap nöbetinde ve nöbet hizmetinde işçiler, fiili olarak bir iş görmeseler de esasen iş yükü altındadırlar. Örneğin, icap nöbetinde olan bir işçi, işverenden çağrı gelme ihtimali dahilinde evinde sosyal hayatı ve karar alabilme özgürlüğü kısıtlanmış, şekilde beklemektedir. Bu süreye tam anlamıyla çalışma süresi denilirse bile dinlenme süresi demek de pek mümkün değildir⁶⁶. Nöbet hizmeti kavramında ise işçinin özgür şekilde karar alabilme kabiliyeti ve serbest zamanın kaliteli olarak kullanabilme yeteneği aşırı şekilde kısıtlanmıştır. Nöbet hizmetinde işçi, işyerinde⁶⁷ kendisine ayrılmış bir alanda gerekmesi durumunda çalışmak üzere hazır beklemektedir. Belki işçi fiili olarak hiçbir iş görmese bile iş görme yükü altındadır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı nöbet hizmetine kavramına ilişkin kararlarında bahsi geçen sürelerin dinlenme süresinden sayılmasının mümkün olmadığını, bu sürelerin çalışma süresinden sayılması gerektiğini dile getirmiştir. Ancak ücretlendirmede farklılıklar yapılabileceği belirtilmektedir⁶⁸. İcap nöbetine çağrılan işçinin her bir çağrımda yolda ve işyerinde geçen süreleri tespit edilip bu sürelerin toplamı fiili çalışma süresi olarak kabul edilerek, nöbette geçen sürenin 1/8 kadarı çalışma süresinden sayılmaktadır⁶⁹. İşçinin ihtiyaçları için giyinmesi, soyunması, yıkanması sırasında geçen süreler kural olarak çalışma süresine dahil edilmez⁷⁰. İşçinin daha fazla çalışmasını gerektiren durumlarda yapılan çalışma süresi açısından ispat yükü işçi üzerindedir.

İcap nöbetinde ve nöbet hizmetinde geçen sürelerin tespiti hem ücretlendirme hem de iş sağlığı ve güvenliği açısından dikkate alınması gereken bir konudur. Çalışma sürelerini kayıt altına alınacak sistemlerin kurulması, fiili çalışmaların tespit hususunda yararlı olacaktır.

⁶⁵ Yıldız, s. 782. (Atipik).

⁶⁶ "...çağrılması durumunda göreve gittiği dolayısıyla çağrılmadığı zamanlarda imkânı ölçüsünde serbest hareket edebildiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan işin niteliği gereği icap nöbeti esnasında sadece çağrılma durumunda işyerine gidiliyor olursa da geri kalan zamanı işçinin tamamen özgür hareket ederek geçirmesi de beklenemez. Zira işçi çağrılmaya hazır olarak beklemektedir ve işverence çağrıldığında makul bir süre içerisinde görevi başında olmak zorundadır". Yrg. 9. HD., 26.01.2021 tarih ve E. 2020/4705, K. 2021/2257, (Sinerjimevzuat.com.tr/ E.T.8.03.2022).

⁶⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı *Ville de Nivelles v. Rudy Matzak* CJEU, C-518/15, 21/02/2018, kararında işyerine çok yakın bir konumda olan kendi evinde işverenden gelen çağrıyı beklemek zorunda olan ve çağrı gelmesi durumunda en kısa sürede işyerine gelmesi beklenen Matzak'ın aşırı coğrafi kısıtlama altında olduğunu belirtmiş ve bu sürelerin de çalışma süresinden sayılması gerektiğini söylemiştir. Esasen nöbet hizmetinin sadece işyerinde gerçekleşmesi gerekmez. Aşırı coğrafi kısıtlamanın var olduğu durumda da nöbet hizmetinin varlığından bahsedilebilir.

⁶⁸ CJEU, C-303/98, 03/10/2000 ve CJEU, C-151/02, 09/09/2003.

⁶⁹ Yrg. 22. HD., 23.06.2020 tarih ve E.2017/30537, K.2020/7534, (Sinerjimevzuat.com.tr/ E.T.27.01.2023); Emir, Asiye Şahin. "İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi". *Çalışma ve Toplum*, 1(72), 2022, s. 345.

⁷⁰ Dündar, Esra. *Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri*, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2012, s. 163.

III. ÇALIŞMA SÜRELERİNİN KAYIT ALTINA ALINMASI VE OLASI ETKİLERİ

A. İş Sağlığı ve Güvenliğine Etkisi

Çalışma süreleri, işçinin fiziksel ve psikolojik sağlığına doğrudan etki eden bir olgu olarak ortaya çıkmaktadır⁷¹. Çalışma sürelerinin insan sağlığı üzerindeki olumlu veya olumsuz etkisi yadsınamaz bir gerçekliktir. İşçi, insan olarak yasal sürelerde çalışmak ve yasanın öngördüğü dinlenme sürelerinde dinlenmek hakkına sahiptir⁷². Çalışma sürelerinin işçinin dayanabileceği sınırın üzerinde olması, işçiyi olası iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı daha kırılgan hâle getirecektir. Günlük ve haftalık çalışma sürelerinin üzerinde çalıştırılan işçi stres başta olmak üzere birçok psikososyal riskle karşı karşıya kalabilecek⁷³ ve yorgunluk ve psikososyal riskler ile iş kazasına uğramaya daha müsait olacaktır. Çalışma sürelerinin denetim altına alınmaması, iş yaşam dengesinin bozulmasına ve işçinin yasanın öngördüğü normal sürelerin üzerinde çalıştırılması suiistimaline olanak tanıyacaktır. Araştırmalar ile ortaya koyulduğu üzere fazla çalışmanın beklenenin aksine hem işçi hem de işveren açısından fayda sağlamaktan uzak olduğu ve olumsuz sonuçlar ortaya çıkardığı görülmüştür⁷⁴.

Divan kararında da belirtildiği üzere çalışma sürelerinin kayıt altına alınması bir iş sağlığı ve güvenliği konusu olarak ortaya çıkmaktadır. 2003/88/EC sayılı Avrupa Birliği Çalışma Süreleri Direktifi gerekçe maddelerinde açıkça 89/391/EEC sayılı direktife de atıf yapılarak; çalışma sürelerinin, iş sağlığı ve güvenliği ile ilişkisi ortaya konulmuştur. Ayrıca, Divan kararında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili görevleri olan çalışan temsilcilerinin görevlerinin yerine getirilebilmesi, işverenlerin uyarılabilmesi için de çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının yararlı olacağı belirtilmiştir⁷⁵.

Çalışma sürelerinin kayıt altına alınması, İş Hukuku mevzuatında yer alan azami çalışma sürelerine uyulup uyulmadığı ve yasak çalışmaların denetimi konusunda kolaylık sağlayacaktır. Her ne kadar İş Hukuku mevzuatında, emredici olarak azami çalışma süreleri düzenlenmiş olsa da uygulamada bunlara uyulmadığı herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Kayıt altına alınmanın işverenler açısından bir zorunluluk hâline getirilmesi durumunda işçi dinlenme hakkını daha etkin olarak kullanabilecektir. İşçinin çalışma sürelerine ilişkin azami sürelere riayet edilmesi “kaliteli dinlenmenin”⁷⁶ sağlanması açısından önemlidir.

⁷¹ Astarlı, s. 54.

⁷² Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi madde 31.

⁷³ Psikososyal risklerin tanımı için bakınız: Kandemir, Murat. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 21 vd.

⁷⁴“The Relationship Between Hours Worked and Productivity” Stranford <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/crunchmode/econ-hours-productivity.html> (E.T.01.11.2021).

⁷⁵ Divan kararı paragraf 62

⁷⁶ Çalışma sürelerine ilişkin 2003/88/EC sayılı direktif madde 2/9'da tanımlanan kaliteli dinlenme kavramı ile işçinin gerçek anlamda dinlenme süresinden yararlanması, fiziksel ve zihinsel yorgunluğunu atması, iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı kendisini ve diğer çalışanları koruması amaçlanmıştır.

Her işçi kuşkusuz sağlıklı ve güvenli bir işyerinde çalışma hakkına sahiptir⁷⁷. Sağlıklı ve güvenli çalışma ortamının sağlanması için alınabilecek her türlü önlem iş sağlığı ve güvenliğinin konusunu oluşturur. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ile amaçlanan iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmadan önlenmesidir. Yani iş sağlığı ve güvenliği önleyici ve koruyucu olma amacındadır. İSGK ile işverenin, risklerin önlenmesi için her türlü tedbiri alması gerektiği belirtilmiştir. Bu amaçla, işveren mevzuatta yer almasa bile teknolojinin ve bilimin olanak verdiği her türlü önlemi almalıdır⁷⁸. Çalışma sürelerinin kayıt altına alınması da alınabilecek önlemlerden biridir. İşveren çalışma sürelerini kayıt altına alarak, gerçekleşen aşırı çalışmayı tespit ederek önlemler alabilecektir. İşveren tarafından tutulan kayıtlar daha sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta delil olarak göz önüne alınabilecektir.

Çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunu yerine getirmesinde önemli ve etkili bir araç olduğunu göz önüne aldığımızda, işverenin denetim ve eğitim verme yükümlülüğünün tartışılması gerekmektedir. Öncelikle, işveren eğitim verme yükümlülüğü gereği, aşırı çalışmanın insan sağlığı üzerindeki etkisini anlatmalı ve işçinin karşılaşılabileceği tehlike ve riskler konusunda işçiyi bilinçlendirmelidir. İşveren farkındalık eğitimleri ile aşırı çalışma kültürünün olumsuz etkilerini anlatmalıdır. İşveren bununla da yetinmemeli, denetim yükümlülüğü gereği işçilerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyup uymadığını denetlemelidir. Örneğin, işçinin kullandığı teknolojik cihazlara kurulacak çalışma sürelerini kayıt altına alınan sistemlerle beraber uyarı sistemlerinin de kurulması uygun bir önlem olarak düşünülebilir.

Çalışma sürelerini kayıt altına alan sistem, işçinin normal çalışma süresini aştığını ve hukuka uygun herhangi bir fazla çalışma talebi de olmadığını fark ettiğinde, sağlık ve güvenlik nedenleriyle işçinin çalışmayı sona erdirmesi gerektiğini hatırlatabilir ya da sistemi tamamen kapatabilir. Bunun yanı sıra akıllı ve giyilebilir teknolojilerin hem iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması⁷⁹ hem de çalışma sürelerinin kayıt altına alınması için etkin bir araç olarak kullanılabilmesi mümkündür.

B. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına Etkisi

Çalışma süreleri birçok farklı şekilde kayıt altına alınabilir. Çalışma sürelerinin kaydı teknolojinin yardımıyla işçiye hasredilen özel bir kart ile yapılabildiği gibi, video kamera, özel kod, parmak okuyucu, yüz okuyucu, retina okuyucu ve birçok sistemin denetim ve gözetim yetkisinin kullanımında başvurulan teknik araçlar olarak kullanıldığı bilinmektedir⁸⁰. Kayıt sistemlerin kullanılması sırasında kişisel verilerin korunması kurallarına dikkat edilmesi ise bir zorunluluk olarak göze çarpmaktadır. Çalışma sürelerini kayıt altına almak için kullanılan sistemlerin, işçilerin kişisel verilerini ihlal etme tehlikesi her daim söz konusudur. Elektronik ve biyometrik giriş kontrol sistemlerinin kullanımı söz konusu duruma örnek verilebilir. Bu

⁷⁷ Caniklioğlu Nurşen. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, (Ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/ Ender Demir), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 35-36.

⁷⁸ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, s. 370; Süzek, s. 910-911.

⁷⁹ Alp, Mustafa/ Doğan, Sevil. “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişisine Etkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 71, 2021, s. 2607.

⁸⁰ Uncular, Selen. *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 241; Kandemir, Murat. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma*, Legal Yayıncılık, Ankara, 2011, s.138-139.

sistemler işyerine giriş, çıkış veya belirli işyeri bölümlerinin güvenliğinin sağlanması amacıyla işverenlerce çoğu zaman tercih edilmektedir⁸¹. İşçinin telefon görüşmelerinin, elektronik posta adresinin kontrolü, kamera kayıt sistemi ile izlenmesi işverenin yönetim ve denetim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu uygulamaların yapılabilirliği ve sınırlandırılması işçinin anayasal haklarına müdahale olup olmadığı kapsamında ele alınması gerekmektedir. Nitekim işçinin bilgilendirilmeden izlenmesi sonucu elde edilen veriler Yargıtay tarafından hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir⁸².

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁸³ madde 6 ile biyometrik veriler özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmış ve işlenme şartları belirtilmiştir. Kanunda işçinin rızası biyometrik verilerin işlenmesi için yeterli görülse de ölçülülük ilkesi gözden kaçırılmamalıdır. Kart veya dijital kod ile çalışma sürelerinin kayıt altına alınması mümkün ise biyometrik verilerin işlenmesi suretiyle çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yoluna gidilmemelidir⁸⁴. İşverenler, kayıt sistemlerinin kurulumu ve kullanılmasında işçilerin kişisel verilerine en az müdahaleci yolu seçmelidirler. Nitekim, İspanyol Temyiz Mahkemesi de konuya bu yönden yaklaşmış, kayıt sistemlerinin işçinin kişisel verilerini ve özel hayatının ihlâline neden olabileceği belirtilmiştir.

Biyometrik veriler, özellikle güvenliğin sağlanması amacıyla işverenler tarafından tercih edilmektedir. Özel güvenliğ gereken odaların girişinde bu sistemlerin kullanılması yaygın bir uygulamadır. Biyometrik verilerin giriş sistemlerinde kullanılması dolaylı veya doğrudan çalışma sürelerinin kayıt altına alınması anlamına gelebilir. Ancak; sadece çalışma sürelerinin kayıt altına alınması için biyometrik verilerin işlenmesi hukuka uygun sayılmayacaktır. Bu tercih kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel bir ilke olan ölçülük ilkesine de aykırı olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Ramazan ŞAHİN* kararında⁸⁵ parmak izi kayıt sistemi ile mesai takibi yapılmasını kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına aykırı bir uygulama olarak değerlendirmiştir. Söz konusu kararda Aydın Söke Belediyesi “*personelin mesai giriş ve çıkışlarının takip edilmesi amacıyla kamera ve parmak izi kayıt cihazı konulduğunu belirtmiştir*”. Belediye bu uygulamanın nedenini, kamu hizmetinin devamlılığının ve verimliliğin sağlanması ile çalışma sürelerinin kayıt altına alınması olarak göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için öncelikli ölçütün herhangi bir kanuni dayanağın varlığı olduğu belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme kanunilik ölçütünün yanı sıra maddi içeriğin de temel ilkelere uygun olması gerektiğine

⁸¹ Dursun Ateş, Sevgi. *İşverenin yönetim hakkı*. Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 534-545.; Uncular, s. 240.

⁸² Yrg. 22. HD., 7.5.2019 tarih, E. 2017/21857, K. 2019/9884, “...davacı işçinin, bilgisayarında bulunan klavye yakalayıcısı adı verilen programdan haberinin olmadığı, işverence bu konuda bilgilendirilmediği, davacının rızası hilafına tüm kayıtların özel yahut işe ilişkin bilgi ayrımı olmadan işverence günlük olarak elde edildiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bilgilerin fesih sebebi olarak ileri sürülemeyeceği değerlendirilmektedir. İşverenin yönetim hakkının bir sonucu olarak işçiyi elektronik ortamda izlemesi ve takip etmesi her zaman mümkündür. Ancak bunun için işçinin bu izleme hakkında bilgilendirilmiş olması şarttır. İşçinin izlendiğine dair bilgilendirilmemesi veya gizlice izlenmesi, bu izleme neticesinde elde edilen veriler, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edildiğini açıkça ortaya koysa dahi, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir”. Çalışma ve Toplum Dergisi Sayı: 64, s. 656-660.

⁸³ RG: 7/4/2016,29677.

⁸⁴ Uncular, s.242.

⁸⁵ AYM. Başvuru numarası: 2018/11988, karar tarihi 10/03/2022, R.G.: 19/04/2022-31814.

değirmiştir. Biyometrik verilerin işlenebilmesi için kural olarak işçinin rızası gerekir, ancak KVKK madde 6/3 gibi istisnai bir düzenlemenin varlığı hâlinde açık rıza olmadan da veri işleme faaliyeti yapılabilir. KVKK madde 6/3'te hangi hâl ve durumlarda açık rıza olmadan kişisel verilerin işlenebileceği belirtilmiş olup çalışma sürelerinin kayıt altına alınması nedenine yer verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi kanunilik şartının sağlanmaması ve başvurucunun rızasının da var olmaması nedeniyle veri işleme faaliyetini hukuka aykırı bulmuş, diğer güvenceler açısından ise bir inceleme yapma ihtiyacı duymamıştır. İşçinin teknik ekipmanlarla izlenmesi, gözetlenmesi veya verilerin işlenmesi onun bilgilendirilmesine ve açık iznine bağlı olmakla birlikte bu bilgilendirilme ve izin işverenin yönetim hakkının kullanılmasının sınırlarını belirleyecektir⁸⁶. Bu bağlamda işçinin açık rızasının varlığında dahi veri işleme faaliyetinin ölçülülük ilkesi gibi temel hukuk ilkelerine uygunluğu incelenmelidir. Kural olarak sadece çalışma sürelerinin kayıt altına alınması için biyometrik verilerin işlenmesinin hukuka aykırılığı yoruma açıktır.

C. İşçinin Özel Yaşamı ve İş Yaşamı Dengesine Etkisi

Günümüz çalışma hayatı ve dolayısıyla çalışma süreleri ile esneklik arasında önemli bir etkileşim bulunmaktadır. Kimi yazarlarca çalışmamızın konusu olan Divan Kararının çalışma sürelerinde esnekliği engellediği eleştirileri yapılmıştır⁸⁷. Ancak; Divan kararının esnek çalışma şekillerini engellediği yorumunun yapılması kanaatimizce çok mümkün değildir. İşçinin dinlenme hakkının korunması gerekliliği, çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasını fiili olarak zorunlu kılmaktadır. Yeterli denetimin olmadığı durumlarda dinlenme hakkının tam anlamıyla kullanılabildiği söylenemeyecektir. Ayrıca, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin kurallarının uygulanmaması durumunda, işçinin özel yaşamı ile iş yaşamı arasındaki sınırın belirgin olmaması veya tamamen ortadan kalkma tehlikesi söz konusu olabilir.

Teknolojik gelişmelerin iş hayatında meydana getirdiği daimî/sürekli ulaşılabilirlik, işçinin özel yaşamı ve iş yaşamı arasındaki denge kurmasını zorlaştırabilir. Genellikle iletişim teknolojileri kaynaklı daimî ulaşılabilirlik, çalışma ve dinlenme sürelerinin denetlenmesi ile engellenebilir. Daimî ulaşılabilirlik, günümüz çalışma hayatında sık görülen, işçinin her daim iş ile bağlantıda kalmasına neden olan bir durumdur. Söz konusu durum, işverenlerin teknolojik cihazların olanaklarından yararlanarak, işçiler ile bağlantı kurması ve iş görülmesini talep etmesi durumunda ortaya çıkar⁸⁸. Esasen işçi dinlenme süresinde olmasına rağmen iş ilişkisi içerisinde işverenle arasındaki hiyerarşik ilişki nedeniyle çalışma taleplerini kabul etmek zorunda kalmakta ve çalışmaya devam etmektedir.

⁸⁶ Manav, Eda. “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2015, s. 111.

⁸⁷ Glowacka, Marta. “A little less autonomy? The future of working time flexibility and its limits”, *European Labor Law Journal*, Cilt: 12, Sayı: 2, 2021, s.114.

⁸⁸ Alpagut, Gülsevil. “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimî Ulaşılabilirlik”, *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, (Ed. Ender Demir/Beste Gemici Filiz), Ankara, 2021, s.325; Eurofound and the International Labour Office: Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, 2017, s.49.

Bu fiili duruma karşı birçok çözüm yolu önerilmiş olsa da kuşkusuz çalışma sürelerinin kayıt altına alınması birtakım kolaylıklar sağlayacaktır. İşverenin hukuka aykırı olarak, dinlenme süresinde olan işçi ile bağlantı kurarak iş görme edimini talep etmesi durumu; çalışma sürelerini kayıt altına alan sistemlerin varlığında daha kolay tespit edilebilir. Nitekim Avrupa Birliği Parlamentosu işçilerin daimî ulaşılabilirliğini engellemek amacıyla hazırlamış olduğu ulaşılama hakkına ilişkin 2019/2181 (INL) kararında çalışma sürelerini kayıt altına alacak sistemlerin kurulması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu karar henüz birlik düzeyinde bağlayıcı bir norm hâlini almasa da ulaşılama hakkına ilişkin birlik düzeyinde ilk düzenleme olması nedeniyle önemlidir.

2019/1152/EU sayılı şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin Avrupa Birliği Direktifi madde 1'de belirtildiği üzere, direktifin amacı çalışma koşullarını iyileştirerek daha şeffaf ve öngörülebilir iş ilişkisinin çalışma hayatında uygulanabilirliğini sağlamaya çalışmaktadır. Direktif madde 4 ile işçiye iş hakkında verilmesi gereken zorunlu bilgiler belirtilmiştir. Madde 4'e göre; günlük ve haftalık çalışma süresi, posta usulü çalışma varsa bunun hakkında bilgilendirme, işin başlama ve bitiş süreleri, işçiden çalışma talep edilebilecek zaman aralığı gibi çalışma sürelerine ilişkin birçok husus hakkında işçinin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. İşçinin bilgilendirilmediği durumda işi reddetme olanağı vardır⁸⁹. Direktifin amacının gerçekleştirilebilmesi için kuşkusuz çalışma sürelerinin kayıt altına alınması olumlu etki yapacaktır. Şeffaf ve öngörülebilir bir çalışma hayatı için çalışma sürelerinin kayıt altına alınması yararlı bir araç olacağı kuşkusudur.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamızda İspanyol yargı organlarının görüş almak üzere yapmış olduğu başvuru üzerine Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına ilişkin olarak C-55/18 ve 14/05/2019 tarihli kararı incelenmiştir. Öncelikle İspanyol iç hukukunda başlayan normal çalışma sürelerinin işveren tarafından kayıt altına alınma zorunluluğunun olup olmadığı tartışması, İspanyol yargı organlarının görüş almak için Divana başvurması ile önemli bir içtihat ortaya çıkmıştır. Bir işçi sendikası tarafından İspanyol yargı organlarına yapılan başvuru ile işverenin normal çalışma sürelerini de kayıt altına alması gerektiği öne sürülmüş ancak, yerel mahkeme İspanyol İş Kanunu madde 34 ve 35'in beraber değerlendirilmesi ile işverenlerin sadece fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınması gerektiği, normal çalışma sürelerinin kayıt altına alınması gerekmediği sonucuna varmıştır. Ancak Divan sözkonusu bu içtihadıyla başta Çalışma Süreleri Direktifi'nde ve İş Sağlığı ve Güvenliği Direktifi'nde düzenlenen işçi haklarının korunması için üye devletler tarafından etkili, şeffaf ve güvenilir bir kayıt sisteminin kurulması ve normal çalışma sürelerini de kayıt altına alınmasının zorunlu olduğu sonucuna varmıştır.

Çalışma ve dinlenme süreleri, İş Hukukunun temelini oluşturan konulardan birisidir. İşçinin sağlığının korunması ve insanca bir çalışma yaşamı için çalışma sürelerinin kısıtlanması ve dinlenme sürelerinin kullandırılması gerekir. İşçinin çalışma sürelerinin kayıt altına alınması

⁸⁹ Ferrante, Vincenzo. "Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European Law", *European Labor Law Journal*, Cilt: 10, Sayı: 4, 2019, s. 378.

fiziki sağlığı üzerindeki doğrudan etkisinin yanı sıra, işçinin maddi kazançları üzerinde de doğrudan etkili olacak ve çalışma ilişkisinden doğacak yasal haklarını ispata yarayacaktır.

Türk İş Hukuku açısından mevcut düzenlemelerden kanun koyucunun işveren açısından çalışma süreleri ve fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasını zorunlu kılmış olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kayıt altına alma, çalışma sürelerinin belgelenmesi ve kayıt sistemi hususunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamış olup yasal bir boşluk bulunmaktadır. İşverenin uhdesine bırakılan kayıt altına alma ihmal edilmekte ve çalışma sürelerini uygun araçlarla belgeleme ve sağlıklı bir kayıt sistemi geliştirme yükümlüğü öngörülmüş olmasına rağmen genellikle bu yükümlülüğe uyulmamaktadır. Sonuç olarak kayıt altına almama işçi aleyhinde sonuç doğurmaktadır.

Günümüzde İş Mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların çoğunun fazla çalışma alacağı ve dolayısıyla fazla çalışma sürelerinin tespitine ilişkin olduğu göz önüne alındığında, çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının önemi görülmektedir. Ancak kayıt altına almadan sadece fazla çalışma süreleri ile sınırlandırılması anlamı çıkarılmamalıdır. Divanın sadece fazla çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasının yeterli olmadığı görüşü burada unutulmamalıdır.

Çalışma sürelerine ait kayıtların değerlendirilmesi ise bir usul sorunu olarak karşımızda durmaktadır. Bu durumda işçinin çalışma süreleri, işveren tarafından kurulan kayıt sistemleri ile kayıt altına alınmıyorsa işçinin en az bu süreler kadar çalıştığı kabul edilmelidir. Çalışma süreleri işçi tarafından kayıt altına alınmıyorsa, inceleme dikkatle yapılmalıdır. Kayıt sistemleri ile kaydedilen çalışma sürelerinin incelenmesi ise titizlikle yapılmalıdır. Kayıt sistemlerinde yer alan kayıtlar üzerinde oynama yapıp yapılmadığı dikkatle incelenmelidir. Kayıt sistemlerinde yer alan kayıtların değerlendirilmesi, elektronik delillerin değerlendirilmesi niteliğinde olacağı için bu deliller üzerinde gerçekleştirilen olası tahrif, silme, ekleme, çıkarma, bozma işlemlerinin uzman kişiler tarafından incelenmesi gerekir.

Ayrıca, kayıt sistemlerinin anlamsız kılınması amacıyla işverenler tarafından farklı yöntemler kullanılmaktadır. Örneğin, normal çalışma sürelerinin bitmesi ile işverenler, işçilerin kayıt sistemlerinden çıkış yaparak çalışmaya devam etmesini talep etmektedirler. Böylelikle, kayıt dışı çalıştırılan fazla çalışma süreleri kayıt altına alınmamış olmaktadır.

Ülkemizde çalışma sürelerinin kayıt altına alınması henüz yaygınlaşmış bir uygulama olmasa da teknolojik cihazları kullanarak çalışan işçilerin çalışma sürelerinin dolaylı olarak kayıt altına alındığını söyleyebiliriz. Özellikle bilgisayar kullanarak çalışan işçilerin kullandığı programlar tam olarak kayıt sistemi mantığında olmasa da çalışma sürelerine ilişkin kayıtlar içerebilir. Bu kayıtların titizlikle incelenmesi ve göz önüne alınması gerekir.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Yazarlar katkı oranı belirtmemiştir.

REFERANSLAR

Akça, Meltem & Tepe Küçüköğlü, Mübeyyen. “Covid-19 ve İş Yaşamına Etkileri: Evden Çalışma”. *Journal of International Management Educational and Economics Perspectives*, 8(1), 2020, s. 71- 81.

Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 13.baskı, Ankara, 2021.

Alp, Mustafa/ Doğan, Sevil. “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişisine Etkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 71, 2021, s. 2599-2632.

Alpagut, Gülsevil. “İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu”, (Emsal Ücret) *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı*, (Editör: Prof. Dr. Levent AKIN), 06 Nisan 2019, Bolu – Abant, 2019, s. 67-70.

Alpagut, Gülsevil. “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi - Daimi Ulaşılabilirlik”, *Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, (Ed. Ender Demir/Beste Gemici Filiz), Ankara, 2021, s.317-338.

Astarlı, Muhittin. *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008.

AŞÇI, M. Saim. “Bedeli Ödenmeyen Fazla Çalışma”. *Çalışma ve Toplum*, 3(66), 2020, s. 1527-1540.

Aydemir, Murteza. “Ücret Niteliğindeki İşçi Alacağı Davalarında Tanık Deliline Dayanılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (43), 2020, s. 77-104.

Baycık, Gaye/ Doğan, Sevil/ Dulay Yangın, Dilek/ Yay, Oğuzhan. “Covid-19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 70, 2021, s. 1683-1728.

Bellmann, L. & Hübler, O. “Working From Home, Job Satisfaction and Work-Life Balance Robust or Heterogeneous Links?”. *International Journal of Manpower*, 0143- 7720, 2020, 1-18.

Boydak Alptekin Burak. “Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı Karar İncelemesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 37, 2013, s. 261-271.

Caniklioğlu, Nurşen. “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, *Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası*, S. 66, 2005, s. 1-13.

Caniklioğlu, Nurşen. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, (Ed. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/ Ender Demir), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 35-70.

Chiuffo, Facundo, Martin. "The ‘Right to Disconnect’ or ‘How to Pull the Plug on Work’". *4th Labour Law Research Network Conference*, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso.

2019.

Çoruhlu Kamalıoğlu, Nadire. “Denkleştirme ve Uygulamaları”, *Çalışma Dünyası Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim-Aralık 2013, (52-65), 2013, s. 52-65.

ÇSGB, (2013a). İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Çağrı Merkezlerinde Çalışma Koşullarının İyileştirilmesine ve Sosyal Tarafların Bilinçlendirilmesine Yönelik Teftiş Programı Sonuç Raporu, Ankara, https://www.csgb.gov.tr/medias/6017/2013_58.pdf, 05.06.2023.

ÇSGB, (2013b). İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Alışveriş Merkezlerinde Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Programlı Teftişı Sonuç Raporu, Ankara, https://www.csgb.gov.tr/medias/6047/2014_62.pdf, 05.06.2023.

Demir, Fevzi. *İş Hukuku ve Uygulaması*, Albi Yayınları, İzmir, 2018.

Dias, João Moreira. “Smart Working. Dialogues between Portugal and Italy”, *Labour & Law Issues*, Cilt:3, Sayı:2, 2017, s. 41-60.

Doğan, Sevil. “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 1179-1202.

Dulay, Dilek. *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*. Turhan Kitabevi, 2016.

Dursun Ateş, Sevgi. *İşverenin yönetim hakkı*. Seçkin Yayıncılık, 2019.

Dündar, Esra. *Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Emir Şahin, Asiye. “İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09. 2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”. *Çalışma ve Toplum*, 1(72), 2022, s. 329-348.

Eurofound ve the International Labour Office. *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office. 2017.

Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Baskan, Esra. *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Ferrante, Vincenzo. “Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European Law”, *European Labor Law Journal*, Cilt: 10, Sayı: 4, 2019, s. 370-385.

Glowacka, Marta. “A little less autonomy? The future of working time flexibility and its limits”, *European Labor Law Journal*, Cilt: 12, Sayı: 2, 2021, s. 113-133.

Kandemir, Murat. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma*, Legal Yayıncılık, Ankara, 2011.

Kandemir, Murat. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.137-151.

Kar, Bektaş. *İçtihatları ve Mevzuatları ile Deniz İş Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Kaya, Mehmet & Doğan, B. Bahar. “Esnek Çalışma Modeli: Ev Eksenli Çalışma”, *Electronic Journal of Social Sciences*, 15(58), 2016, s. 1069-1099.

- Kayırgan, Hasan. “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2021, s. 577-596.
- Kıcır, Başak. “Evden Çalışma: Özgürlük Mü Esaret Mi?”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 21 (1), 2019, s. 173-196.
- Koç, Muzaffer. “4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 7, 2016, s. 2169-2192.
- Koçak, Orhan. & Kavi, Ersin. “Bilgi Toplumunda Evden Çalışmanın Etik Boyutu”, *Journal of Social Policy Conferences*, 0 (59), 2011, s. 69-88.
- Köseoğlu, Ali Cengiz & Kabul, Sibel. “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 72(2), 2014, s. 233-268.
- Lecesse, Vito S. “Monitoring Working Time and Working Time Directive 2003/88/EC: A Purposive Approach”, *European Labour Law Journal*, 2022.
- Manav Özdemir, E. “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”. *Çalışma ve Toplum*, 4(47), 2015, s. 185-222.
- Manav, Eda. “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı:2, Ankara. 2015, s. 95-136.
- Melekoğlu Keser, Burcu. *İş Hukukunda Fazla Çalışma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara. 2018.
- Metin, Banu. “Dijitalleşen Dünyada Değişen İstihdam Modelleri: Dijital Emek Platformlarında Çalışanlar Açısından Tehditler ve Fırsatlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 24 (3), 2022, s. 917-950.
- Mülayim, Baki Oğuz. & Kayık Aydınalp, Aslıhan. “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (2), 2019, s. 412-451. (2019b).
- Mülayim, Baki Oğuz. “Türk İş Hukukunda Avrupa Birliği Yönergeleri Çerçevesinde Denkleştirme Uygulaması”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 68 (3), 2019, s. 635-664. (2019-a).
- Mülayim, Baki Oğuz. “Fazla Çalışmanın İspatlanması”, *İş ve Hayat*, 5(9), 2019, s. 130-161. (2019-c).
- Narmanlıoğlu, Ünal. “İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 27, 2010, s. 27-45.
- Opinion Of Advacote General Pitruzella Case C-55/18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62018CC0055>.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku Uygulamaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, 2021.
- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2022.
- Uncular, Selen. *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Uşan, M. Fatih. & Erdoğan, Canan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Whaples, Robert. “Winning the Eight-Hour Day, 1909–1919”, *The Journal of Economic History*, Cilt:50, Sayı:2, 1990. s. 393-406.

Yıldız, Gaye Burcu. “Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı:46, 2022, s. 28-41.

Yıldız, Gaye Burcu. *Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, (Ed. Kübra Doğan Yenisey), Onikilevha Yayıncılık, 2019. s.781-810.

Yorgun, Sayım. “Türkiye’de Turizm Sektöründe Esnek İstihdam Uygulamaları ve Toplu İş Sözleşmelerinde Yer Alan Düzenlemeler”, *Turar Turizm ve Araştırma Dergisi*, 2(2), 2013, s. 53-72.

Deneme Süreli İş İlişkisi ve Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Sorunlar

Doğancan ERASLAN *

¹ Sakarya Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 04.07.2023

Kabul Tarihi: 07.05.2024

Yayın Tarihi: 14.06.2024

Anahtar Kelimeler:

İş Sözleşmesi,
Deneme Süresi,
İş Kanunu,
Deneme Süreli İş
Sözleşmeleri,
Fesih.

İşçi ve işveren arasında iş ilişkisi meydana getiren iş sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Tarafların, sözleşmeden kaynaklanan borçları yerine getirmekle yükümlü olmasından dolayı sözleşme akdedecekleri tarafı hiç tanımadan iş ilişkisi kurmaları kendileri açısından birtakım riskler barındıracaktır. Söz konusu bu riskler işçiden, işverenden ya da işin niteliğinden kaynaklanabilmektedir. Kanun koyucu, tarafların ortaya çıkabilecek bu riskleri olabildiğince azaltması, belli bir süre boyunca geçici bir ilişki kurarak iş sözleşmesi meydana getirme düşüncesini deneyimlemesi ve kendileri açısından daha az riskli sözleşmeler meydana getirebilmesi amacıyla iş sözleşmesine deneme süresi şartı koyulması yönünde düzenlemeler yapmıştır. Çeşitli yasalarda düzenlenen bu süreler, tarafların çalışma ilişkisi meydana getirmesini kolaylaştırmak ve yaşanabilecek pek çok olumsuzluğu önlemek amacıyla oluşturulmuştur. Bu çalışmada, İş Kanunu ve diğer kanunlarda düzenlenen deneme süreli iş sözleşmelerine dair bilgiler verilmiş, bu sözleşmelerde mevcut olan uyumsuzluklar ele alınmıştır.

The Probationary Employment Relationship and Problems Arising in the Probationary Employment Relationship

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 04.07.2023

Accepted: 07.05.2024

Published: 14.06.2024

Keywords:

Employment Contract,
Probationary Period,
Labor Law,
Employment Contracts with
Probationary Period,
Termination.

The employment contract that creates an employment relationship between the employee and the employer is one of the contracts that impose debts on the two parties. Since the parties are obliged to fulfill the obligations arising from the contract, establishing a employment relationship without knowing the party with whom they will conclude the contract will carry some risks for themselves. These risks may arise from the employee as well as from the employer or the nature of the work. In order to reduce these risks that may arise for the parties as much as possible, to experience the idea of creating an employment contract by establishing a temporary relationship for a certain period of time and to create less risky contracts for themselves, the legislator has made arrangements to put a probationary period requirement on the employment contract. These periods, which are regulated by various laws, have been established in order to facilitate the parties to form an employment contract and to prevent many negativities that may occur. In this study, information about the probationary employment contracts regulated in the Labor Law and other laws was given and the disputes existing in these contracts were discussed.

To cite this article:

Eraslan, D. (2024). "Deneme Süreli İş İlişkisi ve Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Sorunlar", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), s. 72-90. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.109>



* dogan614169@gmail.com

GİRİŞ

Tarafların güvene dayalı olarak meydana getirdikleri ve sözleşmenin her iki tarafı için de sürekli bir borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesi, sözleşmenin taraflarına sözleşme imzalamadan önce birbirleri hakkında yeterli bilgi sağlama konusunda yetersizdir. Bundan dolayı sözleşmenin tarafları, iş sözleşmesini akdetmeden önce hem birbirleri hakkında daha detaylı bilgi edinmek hem de menfaatlerini koruyabilmek amacıyla iş sözleşmesine deneme süresi koymaktadır.

İş sözleşmelerinde deneme süresine yer verilmesi işçi ve işveren açısından oldukça yararlı olabilmektedir. İlk olarak sözleşmeye koyulacak deneme süresi şartı işverene, işe almak istediği işçinin işe yatkın olup olmadığı hakkında bilgi verir. İşçinin sahip olduğu becerileri, işçinin çalışma şekli ve çalışkanlığı, iş yeri düzenine uyum sağlayıp sağlayamayacağı, işçinin verimi gibi konularla ilgili bilgi edinmek için sözleşmeye deneme süresi koymak işveren açısından haklı bir gerekçe oluşturur. Aynı şekilde işçinin de işverenin sahip olduğu işyerinin düzenini, çalışma şartlarını, çalışma ortamını deneyimlemesi ve bu konularla ilgili bilgileri öğrenebilmesi, kendisinin işe uygun olup olmadığı hususunda fikir edinebilmesi için deneme süresi gerekmektedir. Deneme süresi içinde kendisinin işe uygunluğunu ölçecek olan işçinin, çalışacağı iş pozisyonu veyahut çalışacağı işyeri hakkında olumsuz izlenimleri olması durumunda daha rahat bir şekilde iş sözleşmesine son verme imkânı mevcuttur.

Deneme süresi eklenen iş sözleşmeleri bir yandan işverene işçi hakkında bilgi edinme imkânı sağlarken bir yandan da işçinin işe uygunluğunu ölçmesini sağlamaktadır. Deneme süreli iş sözleşmeleri tarafların belirli bir süre boyunca iş ilişkisi hakkına fikir edinip daha sonraki süreç için sözleşmeye devam edip etmeyeceğini belirler. Dolayısıyla deneme süresi, tarafların nihai kararlarını sonraya bıraktıkları bir test etme süresi olarak adlandırılabilir. Ancak, olumlu sonuçlar yaratan bu sürenin uygulanmasında bazı sorunlarla karşılaşılabilir.

Çalışmamızın ana konusunu Türk İş Hukukunda yer alan deneme süreli iş sözleşmeleri oluşturduğundan, çalışmamızın ilk bölümünde, Türk Hukuku açısından deneme süreli iş kavramı ve deneme süreli iş sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın daha iyi anlaşılabilmesi için ikinci bölümde, deneme süreli iş ilişkisine dair iş hukukunda ve sair kanunlarda yer alan düzenlemelerden bahsedilmiştir. Bu düzenlemelere ilişkin sorunlar ve uyuşmazlıklar ele alınmış, bu sorunlara ilişkin Yargıtay kararlarına ve doktrinde yer alan görüşlere değinilmiştir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde deneme süreli iş sözleşmesinde karşılaşılan birtakım sorunlara değinilmiştir. Sırasıyla ceza koşulu, iş güvencesizliği, işçinin çalışma koşulları, iş sözleşmesinin feshi sorunları ele alınmış, bu sorunlara ilişkin görüşler ortaya konmuştur.

Çalışmamızın “Sonuç” bölümünde ise genel bir değerlendirme yapılarak deneme süreli iş sözleşmesi hakkındaki görüşümüz açıklanmıştır.

I. Deneme Süresi ve Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Ekonomik gücünü devam ettirebilmek için çalışmak zorunda olan işçi, iş sözleşmesinin korunmaya muhtaç olan ve yasa koyucunun yapacağı düzenlemelerle işveren karşısında zayıflığı azaltılan tarafıdır¹. İşveren ise istihdam ettiği işçinin yeteneği veya performansı hakkında bilgi sahibi olmayan taraftır. Bu sebeple hem zayıf durumdaki işçiyi korumak hem de işverene işçi hakkında daha detaylı bilgi edinmesini sağlamak amacıyla deneme süreli iş sözleşmesi uygulanmaya başlamıştır.

Deneme sözcüğü, sözlükte “denemek işi, sınama, deneyim, tecrübe, son biçimini bulmamış, taslak durumunda olan bir gerçeğin veya ileri sürülen bir fikrin doğruluk derecesinin veya yanlışlarının bulunması için yapılan araştırmalar²” şeklinde tarif edilmiştir. Ancak Türk hukukunda yer alan düzenlemelere bakıldığında deneme süresi ile ilgili herhangi bir yasal açıklama ya da tanım yapılmadığı görülecektir. İş Kanunu’ndaki 15. madde incelenecek olursa; deneme süresinin azami süresine ilişkin bilgi veren bir düzenleme olduğu ancak deneme süresine ilişkin herhangi bir tanım yapılmadığı ortaya çıkacaktır. Bu sebeple deneme süresinin tanımına ilişkin görüşler, öğreti ve uygulamalarla ortaya konmuştur.

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda kurulan iş sözleşmesi ilişkisinde, tarafların birbirlerinin niteliği, işe yatkınlığı, uyumu gibi konularda herhangi bir bilgi edinmesi oldukça güçtür. Deneme süreli iş sözleşmeleri, taraflara bu konularda çeşitli bilgiler edinmeyi ve meydana getirilecek olan iş sözleşmesinin sağlıklı bir biçimde oluşmasını sağlar³. Deneme süresi uygulamasının ortaya çıkışının en önemli sebebi sözleşme meydana getirecek tarafların korunmaya değer menfaatlerini güvence altına almaktır⁴.

İş sözleşmesi akdedildiği sırada birbirlerini tanımayan tarafların, sürekli ve kişisel bir ilişki kuran iş sözleşmelerini istenen şekliyle meydana getirebilmek ve iş sözleşmesi çerçevesinde birlikte çalışmalarını kolaylaştıracak bir başlangıç süresi⁵ belirlemesiyle oluşan deneme süreli iş sözleşmesi, uzun süreli bir seçim süreci olarak da değerlendirilebilir. Herhangi bir deneme süresi öngörülmemesi halinde taraflar sözleşme meydana getirme konusunda kararsız kalacak ve birtakım çekincelere sahip olacaktır. Bu kararsızlıkların ve şüphelerin giderilmesi açısından da deneme süresi oldukça önemlidir⁶. Ayrıca deneme süresinin uygulanması iş sözleşmesinin yapısına uygundur, çünkü deneme süresi, tarafların hem kişisel olarak uygunluğunu hem de iş sözleşmesine uygunluğunu test ederek meydana getirilecek iş ilişkisinin akıbetini belirleme noktasında önemli bilgiler verecektir⁷.

Sözleşme serbestisi çerçevesinde her türlü iş sözleşmesinde deneme kaydına yer vermek

¹ Yürekli, Sabahattin. *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 2.

² <https://www.kelimecim.com/anlam-bul/deneme-kelimesinin-anlami>.

³ Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal. Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s.515; Soyer, Polat. “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, *Çalışma Ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, C.1, S.16, 2008, s. 33.

⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2008/6168, K. 2008/32048, T. 25.11.2008(Yargıtay); Yargıtay 9.HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, T. 3.6.2013(Yargıtay).

⁵ Fırak Şimşek, Ayşe. “Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri”, *TİSK Akademi*, C.4, S.7, 2009, s.9.

⁶ Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri*, 5. Baskı, Barış Yayınları, Ankara, 2014, s. 237 – 240; Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023,73.

⁷ Esener, Turhan. *İş Hukuku*, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 137; Akyiğit, Ercan. *İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 290 – 295.

mümkündür. Ancak bu durum, deneme süresi kaydının her iş sözleşmesinde olduğu ya da sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Eğer taraflar bu kaydı sözleşmeye koymak isterlerse ve bu hususta ortak bir iradeye varırlarsa deneme süresi meydana gelecektir⁸. Bu kaydı sözleşmeye koyup koymama konusunda taraflar tamamen özgürdür⁹. Dolayısıyla meydana getirilen her sözleşme kendiliğinden deneme süresine haiz nitelikte olmayıp tarafların bu kaydı sözleşme içerisinde kesinlikle belirtmesi gerekmektedir¹⁰.

Deneme süreli iş sözleşmeleri, işveren ile işçinin nihai olarak ortak bir karara varmadıkları sözleşmelerdir. Bu ilişkinin normal bir iş ilişkisinden farklı olan yönü, tarafların sözleşme kaynaklı borçlarını denemek amacıyla yerine getirmeleri, tarafların rahat bir şekilde ve tazminat ödenmeden sözleşmeden dönebilmesidir¹¹. Kısacası, deneme süresi, bir iş ilişkisinde fesih ihbar önelerine uymanın ortadan kaldırıldığı ve bunun sonucu olarak iş ilişkisinin geçici olmasının zorunlu olduğu bir seçim süreci evresidir. Bu durumda iş sözleşmesi oluşmakta ve hükümlerini meydana getirmekte fakat deneme amacıyla kabul edilen süre içinde iş ilişkisi sürekliliği olmayan bir nitelik taşımaktadır. Sonuç olarak, deneme süresi kaydı içeren iş sözleşmelerinde, iş sözleşmesi taraflar arasında oluşmuştur; ancak taraflar belli bir süre içinde, iş sözleşmesini tazminatsız sona erdirme yetkisini haizdir. Bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğini taşıyan bu yetki, deneme süresi içinde işçi veya işveren tarafından kullanıldığı takdirde, iş sözleşmesi sona ermiş, kullanılmadığı takdirde ise iş ilişkisi en başından geçerli olmak üzere devam eder hale gelir, yani yeni bir iş sözleşmesi meydana getirilmiş olmaz.

Yapılan bu tanımlamalar ve açıklamalar ışığında, deneme süreli iş sözleşmesi; belirli¹² ya da belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın bir iş sözleşmesine eklenecek bir maddeyle¹³, işçinin çalışma şartlarını ve ortamını görmesi, sözleşme ile üstlenilen işin işçinin başvurduğu ve çalışmak istediği pozisyona uygunluğu ve en nihayetinde işi yapabilme kabiliyetini anlamasını; işverenin de işçinin sözleşmeyle üstlendiği işi yapabilme yeteneğini, çalışkanlığını, diğer işçiler ile olan uyumunu, verimini belirlediği; işçinin ve işverenin kendilerine ait olan özelliklerin sınıandığı¹⁴, tarafların birbirlerini değerlendirerek iş sözleşmesi ile nihai olarak bağlanıp bağlanmama iradelerini saklı tuttıkları ve iş ilişkisine devam etmek istememeleri halinde, ihbar süresine uyma zorunluluğu olmadan, sözleşmeyi serbestçe sona erdirebildikleri, bir başlangıç evresi olarak tanımlanabilir.

B. Deneme Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Deneme süresi kaydını içeren sözleşmelerin niteliği konusunda farklı düşünceler ortaya konmuştur. Bu düşüncelerin içeriği ve niteliği birbirinden farklı olmakla birlikte deneme süresi

⁸ Soyer, s.29; Ekmekçi/Yiğit, s. 71; Lokmanoğlu, Salim Yunus. “Deneme Süreli İş İlişkisi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7, S. 24, 2016, 628-631.

⁹ Ezer, Burcu. “Deneme Süresi İçinde İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İşveren Yönünden Sınırları”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2022, s.1173.

¹⁰ Narmanlıoğlu, s. 238.

¹¹ Fırak Şimşek, s. 7; Ezer, s.1169; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 520; Tunçomağ,Kenan/Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,2022,73-74; Lokmanoğlu, s. 623.

¹² Yargıtay 9.HD, E.2008/9422, K. 2009/11563, T. 21.04.2009(Yargıtay).

¹³ Çelik, Nuri. *İş Hukuku Dersleri*, 36.Baskı, Beta Yayın, İstanbul, 2023, s. 256; Ezer, s.1163.

¹⁴ Yargıtay 9.HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, T. 3.6.2013(Yargıtay); Yargıtay 9.HD, E. 2008/6168, K. 2008/32048, T. 25.11.2008(Yargıtay); Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2023, s. 213 – 214; Kaplan, Hasan Ali. “Deneme Süreli İş Sözleşmeleri” , Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8,S.1, 2013,s.236.

kaydı içeren sözleşmelerin görüşlerde belirtilen isimlerle oluşması ya da adlandırılması zorunlu değildir. Tarafların deneme kayıtlı iş sözleşmesini diledikleri çerçevede meydana getirmeleri mümkündür¹⁵.

Deneme süreli iş sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkındaki görüşleri anlamak ve bu görüşlerin ne ölçüde deneme süreli iş sözleşmelerine uygun ya da yakın olduğunu belirlemek için tek tek ele almak gerekecektir.

1. Geçici Akit

Geçici akit görüşü; deneme süreli iş sözleşmelerinin muvakkat yani geçici akit olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş açısından deneme süreli iş sözleşmesinin amacı işle ilgili olan şartları incelemek, özellikle işçinin iş için yeterli olup olmadığını anlama şansını elde etmek olduğundan tarafların deneme süresini memnun edici bulması durumunda nihai bir iş sözleşmesi meydana getirmeleri söz konusu olacaktır. Aksi durum oluşur ise sözleşmeye son vereceklerdir. Bu yüzden deneme süreli iş sözleşmeleri geçicidir¹⁶. Süre bitiminde taraflar anlaşırsa nihai bir iş sözleşmesi oluşacaktır. Bu durumda taraflar birbirlerine bağlı olan ve biri diğerini takip eden iki sözleşme yapacaktır.

Ancak muvakkat akit görüşüne katılmak mümkün değildir, çünkü bu görüşte de ileri sürüldüğü üzere deneme süresinde taraflar muvakkat durumdadır. Sürenin bitiminde iş ilişkisinin geleceğinin ne olacağı belli olacaktır. Duruma göre ya sözleşme imzalanarak kesin iş ilişkisi kurulacak ya da geçici olan ilişki sona erecektir. Fakat muvakkat akit görüşünde iddia edildiği üzere iki sözleşme meydana getirilmesi söz konusu olmaz, çünkü deneme süresinin bitmesiyle birlikte taraflar nihai kararlarını iş sözleşmesi yapmak yönünde verirlerse yeniden bir sözleşme düzenleyip imzalamazlar¹⁷. En başta imzaladıkları deneme süreli sözleşme üzerinden taraflar arasındaki ilişki belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak devam eder. Dolayısıyla iş hayatındaki uygulamalarla veya yasa hükümleriyle uyumlu olmadığından, bu görüşün deneme süreli iş sözleşmelerinin niteliğini açıklama konusunda yeterli olmadığı ortadadır.

2. Taliki Şart

Taliki şart görüşü ise; deneme süreli iş sözleşmelerinde iş sözleşmesinin en başta kurulduğunu, ancak sözleşmenin sonuçları doğurabilmesi için bu süreç sonunda tarafların iş ilişkisinden memnun olmaları ve tatmin edici bir netice almaları gerektiğini ileri sürmektedir¹⁸. Taliki şarta bağlı sözleşme görüşü ilk başta akla yatkın gelse de birtakım sorunları bünyesinde barındırmaktadır. İlk olarak sözleşmenin meydana gelmesi ve sonuçlarını doğurması ya şarta ya da işverenin memnun olup sözleşme meydana getirme yönünde iradesi olmasına bağlıdır. Ancak iş sözleşmesi gereğince işverenin tek taraflı ve iradi olarak şart koyması geçerli olmadığı gibi taraflar arasındaki eşitlik ilkesine ve sözleşme serbestisine de zarar verecektir. Diğer taraftan deneme süreli sözleşmeler kurulmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak taliki şart görüşünde durum böyle değildir. Taliki şarta göre sözleşme sonraki süreçte şartın

¹⁵ Yürekli, s. 12 – 13; Tunçomağ/Centel; 74-75.

¹⁶ Uygur, Turgut. *Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu 5.Cilt*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 615 – 620.

¹⁷ Yürekli, s. 13; Fırak Şimşek, s. 18.

¹⁸ Esener, s. 138.

sağlanması ile birlikte hükümlerini doğuracaktır. Bu durum, deneme süreli iş sözleşmelerinin yapısına uymamaktadır¹⁹.

Bu görüşün uygulanabilmesi için taraflar sözleşmenin başında iki farklı akit imzalamalı ve biri diğerine bağlı olacak şekilde düzenlenmelidir²⁰. Sözleşmenin tarafları muvakkat akit görüşündeki gibi, öncelikle deneme sözleşmesi yapmalı, belirlenen sürenin sonuna kadar mevcut sözleşmenin feshedilmemesi durumunda asıl akdin hüküm ifade edeceğini kabul etmelidirler. Sürenin bitmesi ile ilk akit son bulacak ve olumsuz geciktirici şart gerçekleştiğinde ikinci akit hükümlerini doğuracaktır. Bu şekilde yapılmadığı takdirde deneme süreli iş sözleşmelerinin taliki şarta bağlı sözleşmeler olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

3. Bozucu Şart

Bozucu şart görüşünde ise sözleşme süresinin sonunda taraflardan herhangi biri memnun olmamış ise sözleşmeyi fesheder ve böylelikle bozucu şart gerçekleşir. Fesih ile birlikte artık sözleşme son bulmuş olacaktır. Bu durumda sözleşme en baştan itibaren geçerli olacak şekilde kurulacak, hüküm ve sonuçlarını meydana getirecek aksi durum söz konusu olduğunda ise sözleşme sona erecektir. Fesih de geçmişi etkilemeyeceğinden taraflar deneme süresi zarfında elde ettikleri hakların ve edimlerin sahibi olacaktır²¹.

Bu görüşte, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye yetkileri saklı tutulduğu ve yenilik doğuran bir şart olan bozmaya yönelik açıklama ile sözleşme ilişkisinin bittiği kabul edilmektedir²².

Tüm bu görüşlerle birlikte öğretilerde farklı düşünceler de dile getirilmiştir. Bir görüşe göre deneme süresini ihtiva edecek şekilde oluşturulan iş sözleşmeleri, hem yasaya hem de iş hayatındaki işleyişe uygundur. Ancak gerçekleşmesi gereken bozucu şart objektif olmalı, yani tamamen kişilerden ve ilişkilerden bağımsız, tesadüfi gelişen bir olay olmalıdır. Aksi takdirde her türlü bozucu şartı fesih olarak kabul etmek sözleşme yapısına uygun olmayacaktır. Bu tür fesih tamamen işverenin keyfi iradesiyle oluşacağından, işçinin performansını beğenme ya da beğenmeme olgusu subjektif olacaktır²³.

Diğer bir görüş ise iş sözleşmesinin deneme süresinden ayrı bir ilişki olarak ele alınmaması gerektiğini, deneme süresinin de iş sözleşmesine dâhil olacağını ve buna bağlı olarak deneme süresi sonrasında devam eden iş ilişkisi açısından işe başlama tarihinin deneme süresinin başlangıcı olacağını söylemektedir²⁴. Başka bir görüşe göre tarafların kesin nitelikte işlem doğuran iş sözleşmesini meydana getirmektense deneme süresi öngörmeleri gayet doğaldır. Deneme süresi içinde sürekliliği kesin olmayan, bozulmaya müsait bir yapısı olan iş ilişkisi, sürenin bitimiyle kesin hale gelir ve sonuçlarını meydana getirir. İş Kanunu'ndaki diğer fesih yöntemlerinden daha farklı ve daha kolay fesih imkânı tanınması sebebiyle de sui generis bir sözleşme niteliğini haizdir²⁵.

¹⁹ Yürekli, s.13-14.

²⁰ Yürekli, s. 14 – 15.

²¹ Yürekli, s. 15-16.

²² Günay, Cevdet İlhan. *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 307.

²³ Yürekli, s. 15 – 18.

²⁴ Narmanlıoğlu, s. 240.

²⁵ Mollamahutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 507 – 520.

Öğretide ve diğer kaynaklarda ileri sürülen tüm görüşlerin yanı sıra Yargıtay da birçok kararında deneme süresini ihtiva eden iş sözleşmelerinin kurulduğu anda iş ilişkisinin kesin olarak oluştuğunu dolayısıyla daha sonraki bir süreçte yeniden bir sözleşme imzalanmasına gerek olmadığına, işçinin çalışma süresine bağlı olan hakları açısından da deneme süresinin başladığı anın esas alınacağını birçok kararında belirtmiştir²⁶.

Özetlemek gerekirse; belirli ya da belirsiz süreli olmasının öneminin olmadığı deneme kaydını içeren iş sözleşmeleri, taraflara iş ilişkisinin geleceğine dair kararlarının oluşmasına katkıda bulunan, tarafların iş ilişkisinin içeriği hakkında bilgiler edinmesini sağlayan ve bozucu yenilik doğuran bir hakla tek taraflı ve tazminatsız olarak fesih imkânı veren kendine özgü yapısı olan sözleşmelerdir. Deneme süreli iş sözleşmeleri diğer iş sözleşmeleri gibi kurulduğu anda hüküm ve sonuçlarını meydana getirdiği gibi iş ilişkisinde tarafların yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin de doğmasına sebep olacaktır. Bu nedenle taraflar, Deneme süreli iş sözleşmelerine diğer iş sözleşmeleri gibi yaklaşmalı ve buna uygun hareket etmelidir.

II. Çeşitli Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler

A. Genel Olarak

Taraflara ihbarsız ve tazminat ödemeksizin sözleşme ilişkisini feshetme imkânı veren deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu (TBK), Meslek Eğitim Kanunu'nda hükümler yer almaktadır. Her kanun açısından farklı süreler ve uygulamalar düzenlenmesi, hem söz konusu kanunların uygulanacağı işlerin niteliği hem de çalışacak olan işçilerin performansı esas alınarak oluşturulsa da birçok farklı kanunda deneme süresine ilişkin hüküm bulunması yeknesaklığı bozmuş ve pek çok sorun meydana getirmiştir.

Deneme süresi kaydı sözleşmede özellikle belirtilmesi gereken ve sözleşmede yer almadığı takdirde uygulanmayacak bir unsur olduğundan²⁷ deneme süresinin olduğunu ileri süren taraf bu savını kanıtlamakla yükümlüdür²⁸. Deneme süreli iş sözleşmelerini anlamak için her kanun açısından tek tek inceleme yapmak gerekecektir.

B. İş Kanunu'nda Düzenlenen Deneme Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Hükümler

Deneme süreli iş sözleşmeleri kendilerine özgü ayrı bir kanunu olanlar ile İş Kanunu hükümlerinin kendileri hakkında uygulanmayacağı İş Kanunu'nda belirtilen kişiler haricindeki tüm iş ilişkilerinde uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca İş Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen hüküm uyarınca süreksiz işlerde çalışan işçilerin de deneme süreli iş ilişkisinin kapsamına dâhil olmadığı, uygulama alanı dışında olduğu belirtilmiştir²⁹.

İş hukuku hem güncelliğini sürdürerek çağın gerektirdiklerini karşılamak hem de tarafların iş ilişkisini korumak amacıyla yıllar içerisinde değişiklikler yaşamıştır. Deneme süreli iş sözleşmeleri de bu süreç içerisinde gelişim ve değişim göstermiştir. Her değişiklikte yapısı

²⁶ Yargıtay 9.HD, E. 2011/17043, K. 2013/1687, T. 3.6.2013(Yargıtay); Yargıtay 9.HD, E.2009/16980, K. 2011/19788, T. 30.06.2011(Yargıtay).

²⁷ Ezer,s.1165

²⁸ Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.60 – 61.

²⁹Laçiner, Vedat. “Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *SÜİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 23, 2012, s. 317 – 318.

ve içeriği gelişen ve değişen bu sözleşmeler, hem işçilerin çalışacakları iş yerleri hakkında bilgi edinmesini sağlamak hem de işverenin çalıştıracacağı işçileri özenle seçmesi açısından oldukça önemli olduklarından çağın gereklerine uymalı ve zamana göre değişmelidir.

Kanunda yer alan düzenlemeler de bu değişimi takip etmiştir. Yasalardaki maddeler ışığında deneme süresi, İş Kanunu'na tabi olan ve otuz günden fazla süreyle çalışan yani süreksiz işlerde çalışmayan kişiler için uygulanabilecek bir kayıttır. Tarafların her iş sözleşmesine deneme süresi koyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Deneme süreli iş sözleşmesini farklı kılan en önemli unsur olan ihbarsız ve tazminatsız fesih konusunda pek çok farklı görüş mevcuttur. Bu fesih konusundaki bir görüş, deneme süresinin sonunda işçiyle iş ilişkisine devam etmenin ya da etmemenin tamamen taraf iradelerine bağlı olduğunu, işçinin işe uygunluğu, üstün performans göstermesi gibi etkenlerin sözleşmenin kesin nitelik kazanmasını sağlamadığını dolayısıyla işverenin devam etme iradesine bağlı olarak sözleşmenin süreceğinin ileri sürmektedir³⁰.

Başka bir görüş ise, herhangi bir objektif neden olmaksızın iş sözleşmesini deneme süresi içinde fesheden ya da haksız bir nedenle devam etmeyen işverenlerin hakkın kötüye kullanılması sebebiyle işçiye tazminat ödemesi gerektiğini savunmaktadır³¹. Diğer bir görüş ise, iş sözleşmesinin deneme süresi içinde yasada da belirtildiği üzere tazminatsız ve ihbarsız feshedilebileceğini, bu nedenle de işçiye bir tazminat ödenmesinin mümkün olmadığını, tazminat ödenebilmesinin tek yolunun sözleşmeyi sonra erdiren objektif nedenlerin yasa koyucu tarafından belirtilmesi olduğunu, sübjektif nedenlerin feshede gerekçe olarak gösterilemeyeceğini ancak kanunda yer alması durumunda tazminat ödenebileceğini ileri sürmektedir³².

Yasadaki düzenlemeler ve iş hayatındaki uygulamalar dikkate alındığında; deneme süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir neden gerekmeksizin sözleşmelerin sona erdirilebileceği ve tarafların tazminat ödemekle yükümlü olmayacağı ortadadır³³. Bu nedenle tarafların iradelerine bağlı olarak sözleşmenin akıbeti belli olacaktır.

C. Basın İş Kanunu'nda Düzenlenen Deneme Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Hükümler

Basın İş Kanunu'nda deneme süresine ilişkin hüküm m.10'da düzenlenmiştir. Bu hükümde basın iş sözleşmesine tabii olan işçiler için en çok üç aylık deneme süresinin olabileceği, bu süreçte İş Kanunu'na tabi olan işçiler gibi tazminat ve ihbar öneli verilmeksizin sözleşmenin sona erdirilebileceği, deneme süresi sonunda yazılı iş sözleşmesi yapılmasının zorunlu olduğu ve bu sürenin mesleğe yeni girenler için uygulanabileceği yer almaktadır³⁴.

Maddeyi inceleyecek olduğumuzda deneme süreli iş sözleşmesiyle iş ilişkisi kurup çalışmaya başlayan gazetecilere deneme süresi olarak en çok üç ay verilebileceği belirtilmektedir. Ayrıca yasal düzenleme herhangi bir şart içermediğinden belirsiz ya da belirli süreli basın iş sözleşmesine deneme süresi kaydı koyulabilir. Diğer kanunlarda yer alan yasal

³⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.65.

³¹ Narmanlıoğlu, s.185-190.

³² Akyiğit, s. 298.

³³ Günay, s. 311; Çil, Şahin. 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara,2007,s165.

³⁴ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 517.

düzenlemelerde olduğu gibi Basın İş Kanunu'nda da deneme süresi azami olarak belirtilmiştir ve bu hüküm mutlak emredici norm niteliğindedir. Azami nitelikte sürenin belirlenmesi hususunda kanun koyucunun amacının ne olabileceği konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Öğretide, azami nitelikte süre konma sebebinin stajyerlerin çalıştırılma şartlarını korumak, işverenlerin sahip olduğu hakların kötüye kullanılmasına mani olmaktır³⁵. Kanun koyucunun yasanın düzenlemesi sırasında oluşturduğu çalışma komisyonu raporunda ise “gazetecilik mesleğine girecek olanlara, mesleğe dair sahip olması gereken yetenek ve becerileri daha hassas biçimde ölçerek tayin etmek gerektiği ” fikrinden yola çıkılmıştır³⁶.

Hükme bakıldığında diğer yasal düzenlemelere benzer olarak tarafların deneme süresi içinde ihbarsız ve tazminatsız olarak sözleşmeyi sonlandırmasının mümkün olduğu anlaşılabacaktır. Kanundaki azami sürenin bitiminde yeni bir sözleşme imzalanması gerektiği söylene de deneme süresinin bitiminde herhangi bir sözleşme imzalanmadan çalışmaya devam edilmesi durumunda işçi artık gazeteci sıfatını haiz olacaktır. Yargıtay bir kararında³⁷, deneme süresinin bitmesine rağmen tarafların sözleşmeyi feshetmeyip çalışma ilişkisine devam etmesi durumunda, çalışmaya devam eden kişinin artık gazeteci sıfatına sahip olduğuna hükmetmiştir. Sürenin bitmesinin ardından yazılı bir sözleşme meydana getirilmemiş olmasının da gazetecilik niteliğine ait hak ve borçlara bir etkisinin olmayacağı kabul edilmiştir.

Madde metninde yaşanan sorunlardan biri de deneme süresinin yalnızca ilk defa mesleğe giriş yapacak olanlar için uygulanabileceğinin belirtilmesidir³⁸. Bu hüküm gereğince, hâlihazırda staj döneminin bitirmiş, meslekte tecrübe sahibi olanlar için deneme süreli iş sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı belli değildir. Bu durum, hem öğretilerde hem pratikte farklı görüşleri meydana getirmiştir.

Bir görüşe göre yasa koyucu bu yasal düzenleme ile stajyerler hakkında düzenlemeler yapmak istemiştir. Kanun koyucunun bu maddeyi yapma amacı stajyerlerin çalışma şartlarını ve haklarını korumak olduğundan bu süreler düzenlenmiştir. Ancak bu madde nedeniyle tecrübe sahibi olan gazetecilere deneme süresi uygulanmayacağı söylenemez. Tecrübe sahibi olanlara dair Basın İş Kanunu'nda düzenleme olmadığından, bu kişilere TBK hükümleri uygulanmalıdır³⁹.

Hem Yargıtay⁴⁰ hem de öğretilerde yer alan bazı yazarlar⁴¹ ise aksi görüş ileri sürmektedir. Madde hükmünün anlamını sadece mesleğe yeni girenler olarak yorumlamakta ve sadece bu niteliğe sahip kişiler için deneme süresi uygulanabileceği söylenmektedir. Buna yönelik olarak Yargıtay bir kararında hâlihazırda staj dönemini bitirmiş, tecrübe sahibi olan bir işçinin başka bir işverenin yanında işe başlaması halinde deneme süreli sözleşme imzalanmayacağını belirtmiştir⁴².

³⁵ Sümer, Haluk Hadi. *Bireysel Basın İş Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 71.

³⁶ Oğuzman, Kemal. *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s.19.

³⁷ Yargıtay 9. HD, E. 1969/5050, K. 1969/8083, T. 11.7.1969(Kazancı).

³⁸ Koç, Muzaffer. “Deneme Süresi ve Hukuki Sonuçları.” *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 43, 2010, s. 107.

³⁹ Soyer, s. 33.

⁴⁰ Yargıtay 9. HD, E.1963/13761, K. 1963/9654, T. 04.11.1963(Yargıtay).

⁴¹ Şimşek, s.11; Şakar, Müjdat. *Basın İş Hukuku / Gazetecilerin Çalışma İlişkileri*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 1 – 5.

⁴² Yargıtay 9. HD, E.1969/5050, K.1969/8083, T. 11.07.1969(Yargıtay).

Bu durumda madde metninin sadece stajyerler için öngörüldüğü ortadadır. Ancak bu düzenlemeden yola çıkılarak tecrübe sahibi olanlar hakkında deneme süresi uygulanıp uygulanamayacağı sorununun nasıl çözüleceği belirsizdir. Bazı yazarlara göre bu kişilere yönelik herhangi bir yasal düzenlemenin olmaması, deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasına mani değildir. Sözleşme serbestisi ilkesinin dikkate alarak tecrübe sahibi olanlar için de deneme süresi kararlaştırılabileceğini ileri sürmektedirler⁴³.

Diğer bir görüş ise göre, kanunda net bir şekilde deneme süresi kararlaştırılabileceğine ilişkin bir düzenleme yoksa tarafların sözleşme özgürlüğüne dayanarak deneme kaydı kararlaştırmaları mümkün olmamalıdır. Deneme süresi, iş sözleşmesinin sürekliliğini etkileyen, ihbar sürelerini ortadan kaldıran etkisiyle işçinin aleyhine nitelik taşır. Fesih bildirim sürelerine ilişkin hükümler sözleşme özgürlüğünün sınırını belirler. Dolayısıyla tecrübe sahibi çalışanlar için deneme süreli iş sözleşmesi uygulanmamalıdır. Bu duruma çözüm olarak ise yasa koyucunun maddenin anlamını daha açık ve anlaşılır bir şekilde değiştirmesi, duruma netlik kavuşturması gerektiği ortadadır. Ayrıca tüm basın işçilerine daha kapsamlı bir düzenleme olan TBK hükümlerinin uygulanmasının daha isabetli olacağı kanısındadır⁴⁴.

Basın İş Kanunu'ndaki düzenlemenin yapısı dikkate alındığında bu hükmün stajyerler için oluşturulduğu ortadadır. Maddede belirtilen stajyer kelimesi ise gazetecilik mesleğine yeni başlayanları nitelemek için kullanılmıştır. Ancak stajyerlik dönemi deneme süresinden farklı olarak öğrenim amacına sahiptir ve mesleğe giriş yapabilmek açısından tamamlanması gereken bir aşamadır. Deneme süresi ise bilindiği üzere öğretim amaçlı değil, işçinin ve işverenin sahip olduklarını iddia ettikleri yeteneklerin ve şartların gösterildiği bir dönemdir. Bu sebeple de deneme süreli iş ilişkisini kapsayan ya da aynı içerikte olan bir dönem olmadığından stajyer kelimesinin kullanımı eleştirilmektedir⁴⁵. Tümüyle değerlendirme yapılacak olursa maddenin stajyerle ait düzenlemeler içerdiğini söylemek daha isabetli olacaktır. Bu sebeple hâlihazırda tecrübe dönemini tamamlamış olan gazetecilere TBK hükümlerinin uygulanması daha makul olacaktır.

D. Deniz İş Kanunu'nda Düzenlenen Deneme Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Hükümler

Deniz İş Kanunu'nda deneme süresi ile ilgili hüküm yer almaktadır. Deniz İş Kanunu m.10'a göre deneme süresi en fazla bir ay olup sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçilere uygulanabileceği, tıpkı İş Kanunu'nda olduğu gibi bildirimsiz ve herhangi bir tazminat ödemeksizin sona erdirilebileceği belirtilmiştir.

Deniz İş Kanunu'nda yer alan hüküm incelendiğinde; İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeden deneme süresinin uzunluğu ve deneme süresi kaydının sadece belirsiz süreli iş sözleşmesinde yer alabileceği hususları açısından farklı olduğu görülecektir. Bu durumda Deniz İş Kanunu kapsamında olup da belirli süreli sözleşmelerle çalışanlar için bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında⁴⁶ da belirsiz süreli iş sözleşmeleri için

⁴³ Soyer, s.33; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S.2, 62.

⁴⁴ Laçiner, s.322-324.

⁴⁵ Soyer, s. 32; Şuğle, Mehmet Ali. *İş Hukuku Açısından Gazeteci*, 1. Baskı, ÇGD Yayınları, Ankara, 2001, s. 110 – 115.

⁴⁶ Yargıtay 9. HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, T. 3.6.2013(Kazancı).

deneme süresinin olabileceği, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar için bu sürenin kararlaştırılmayacağı kabul edilmiştir.

Her ne kadar yasal düzenlemeye göre belirli süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi kaydı olamayacağı yer olsa da tarafların sadece deneme amacıyla bir sözleşme meydana getirmelerinde bir engel yoktur⁴⁷. Eğer taraflar ortak bir karara varıp süreyi kendi aralarında belirlerlerse deneme süresine sahip belirli süreli bir sözleşme yapabileceklerdir.

E. Mesleki Eğitim Kanunu'nda Düzenlenen Deneme Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Hükümler

3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 14. maddesinde, çıraklar için deneme süresinin uygulanması gerektiğini, bu sürenin bir ile üç ay arasında olabileceğini, deneme süresinin sona ermesini takip eden on gün içerisinde aksi durum bildirilmediği takdirde çırağın çıraklık sözleşmesinin devam edeceğine yer verilmiştir.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere çıraklara deneme süresi uygulamak serbest bırakılmamış, aksine mecburi bir unsur olarak belirtilmiştir. 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun uygulanma amacı çırakların meslek içerisinde yetişip yeteneklerini geliştirmesi ve iş ile alakalı eğitiminin verilmesi olduğundan deneme süresi kaydının varlığı bu kanun açısından zorunludur⁴⁸.

Deneme süreli iş sözleşmelerine dair hükümler içeren diğer kanunlarda olduğu gibi Mesleki Eğitim Kanunu uyarınca da herhangi bir tazminat ödemeksizin taraflar sözleşmeye son verebilecektir⁴⁹.

F. Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Deneme Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Hükümler

Türk Borçlar Kanunu'nda m.433'te; deneme süreli hizmet sözleşmelerinin azami iki ay süre ile yapılabileceği, diğer kanunlarda olduğu gibi herhangi bir tazminat ödemeden ve fesih için ihbarda bulunmadan sözleşmeye son verilebileceği şeklinde düzenleme yapılmıştır.

TBK' da düzenlenen deneme süresi belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin son bulması başlığı altında ele alındığından, deneme süresinin sadece belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde yer alabileceği öngörülebilir. Ancak maddenin başlığı ya da konusu bu hükmün uygulanma alanını daraltmamaktadır. Bu durumda belirli süreli hizmet sözleşmelerinde de deneme süresi kaydı mümkündür. Çünkü kanun maddesinde deneme süresinin sadece belirsiz süreli sözleşmelere yönelik olabileceğine dair bir kısıtlama mevcut değildir⁵⁰. Taraflar her hizmet sözleşmesinde deneme süresi öngörmek zorunda olmayıp tamamen irade serbestisi içerisinde karar vereceklerdir⁵¹. Aynı şekilde tarafların deneme süresi öngörmesi ancak süreyi belirlememesi durumunda da TBK hükümleri uyarınca iki aylık azami süre deneme süresi sayılacak, sonraki süreç için olağan bir hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁵².

⁴⁷ Laçiner, s. 325.

⁴⁸ Uşan, Fatih. *Çıraklık Sözleşmesi*, 1. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994, s. 57 – 58.

⁴⁹ Fırak Şimşek, s. 13; Uşan, s. 57 – 58.

⁵⁰ Laçiner, s. 319 – 320.

⁵¹ Centel, Tankut. *İş Hukuku C. 1: Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 96.

⁵² Uygur, s. 617; Soyer, s. 29.

Öte yandan evde hizmet sözleşmeleri için de deneme süreli sözleşmelerin yapılabileceği düzenlenmekle birlikte herhangi bir sürenin yasada belirtilmemesi durumu da uygulamada sorun olabilmektedir. Ancak evde hizmet sözleşmelerinin yapısı düşünüldüğünde yapılacak işler için belirli bir süre öngörülmemesi doğaldır. Yapısı gereği deneme süresi bir işin biteceği güne kadar olacaktır. Dolayısıyla bir süre belirlemek sözleşmenin yapısına uygun olmayacaktır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus TBK' da belirtilen iki aylık süreyi aşmamak olmalıdır.

III. Deneme Süreli İş Sözleşmesinde Karşılaşılabilecek Sorunlar

A. Cezai Şart Sorunu

TBK içerisinde düzenlenen ve alacaklı ile borçlu arasında belirlenen, sözleşmede belirlenen edimin ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkan ve asıl edime bağlı bir alacaktır. Cezai şart ile asıl edimin ifasını korumak ve ifa yerine getirilmediği takdirde sözleşmede belirlenen alacağı güvenceye almak amaçlanmaktadır. Bu nedenle de bu şartın iş hukukunda uygulanması mümkün olup kural, “yalnızca” işçi aleyhine olacak şekilde cezai şart kararlaştırılamamasıdır⁵³.

Deneme süreli iş ilişkileri açısından yaşanan sorun ise cezai şartın ödenmesi zamanıyla alakalıdır. Buna ilişkin olarak Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinde deneme süresinin olması ve bu süre içerisinde sözleşmenin sona erdirilmesi halinde yasa da dikkate alınarak herhangi bir cezai şart ödemesi yapılmayacağını belirtmiştir⁵⁴.

Cezai şartı ödenmesinin tek yolu, işverenin bu süreç içinde işçilerin iş ile alakalı eğitimine yönelik harcamaların olmasıdır. Bu nitelikteki harcamalar, işçilerden cezai şart ödemesi olarak talep edilebilecektir. Nitekim Yargıtay⁵⁵, işverenin eğitim için yaptığı ödemelerin istenebileceğini, işçilerin deneme süresinde tazminatsız sona erdirme hakkının bu ödemeler açısından uygulanamayacağını, tazminat ödememe durumunun ihbar tazminatı açısından ortaya çıkacağını ve bu sebeple de işverenlerin cezai şart kararlaştırarak eğitime dair harcamaları talep edebileceğini kabul etmektedir.

B. İş Güvencesizliği Problemi

İşçilerin işverenler tarafından keyfi sebeplerle işten çıkarılmasını önlemek ve çalışanların iş hayatının sürdürülebilirliğini sağlamak amacıyla oluşturulan iş güvencesi⁵⁶, İş Kanunu'nda düzenlenmiş ve belirli şartlara tabii tutulmuştur. Bu şartlardan en önemlisi işçinin iş güvencesine sahip olabilmesi için en az altı aylık kıdeminin bulunması gerektiğidir. Fakat deneme süreli sözleşmelerin yapısı göz önüne bulundurulduğunda en çok iki ay veya dört ay olabileceğinden işçilerin kanunda yazılı şartları karşılamadığı için iş güvencesi sistemine dâhil olmadıkları görülecektir.

Herhangi bir sebebe ihtiyaç duyulmadan fesih imkânı vermesi de deneme süreli sözleşmelerin iş güvencesi kapsamına alınamayacağını bir diğer göstergesidir. Deneme süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler, bu süre boyunca belirsizlik içindedir çünkü sözleşmenin

⁵³ Laçiner, s. 363-364.

⁵⁴ Yargıtay 9.HD, E.2003/13060, K.2004/3239, T. 25.02.2004(Kazancı).

⁵⁵ Yargıtay 9.HD, E.2004/29438, K.2005/19387, T. 26.05.2005(Kazancı).

⁵⁶ Ünsal, Engin. “İş Güvencesi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.1, 2003, s. 189 -190.

devam edip etmeyeceğini ya da sözleşmeye her an son verilebileceği düşüncesini sürekli olarak taşımakta ve çalışma hayatının geleceğine dair bir tahminde bulunmamaktadır⁵⁷. Aynı şekilde işçiler sürekli olarak işten çıkarılma tehlikesiyle karşı karşıya kalmakta ve işsiz kalma ihtimalini göz önünde bulundurarak hareket etmektedir. Bu endişeler de çalışanlarda kaygı ve stres gibi sorunlara yol açmakta hatta bu sorunların etkileri daha da ileri boyutlara ulaşarak psikolojik unsurlu hastalıklara da dönüşebilmektedir⁵⁸. İş güvencesi ve tekrar istihdam edilme güvencesi olmayan işçilerin çoğalmasında toplumu etkileyecek, sosyal hayatta pek çok sorun baş gösterecek ve ülke içerisinde iş hayatına dair birçok problem yaşanacaktır⁵⁹. İş güvencesi sistemindeki şartların çalışma hayatına uygun olmaması da işçilerin yaşadıkları ya da yaşayacakları sorunları azaltmamakta aksine gün geçtikçe artmasına sebep olmaktadır. Tüm bunlardan dolayı deneme süreli iş sözleşmeleri gibi iş güvencesine sahip olmayan işçiler için yasa koyucunun ayrı bir düzenleme yapması ya da bu tür işçileri de kapsayacak şekilde düzenleme yapması yerinde olacaktır.

C. Sözleşme Taraflarının Borçları

İş sözleşmesini yapan ve bu ilişkinin tarafları olan işçi ve işverenin, yasalar ve diğer düzenlemeler uyarınca yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bulunmakla birlikte sahip oldukları da birçok hak vardır. Deneme süreli iş sözleşmeleri de diğer iş sözleşmeleri gibi meydana getirildiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Dolayısıyla taraflar tıpkı diğer iş sözleşmelerinde olduğu gibi deneme süreli iş sözleşmesinde de birtakım yükümlülüklerle sahiptir. Bir iş sözleşmesinin deneme süreli olması, yasalarda düzenlenen görev ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz, yasaya uygun olmayan düzenlemelere de izin vermemektedir. Yargıtay da deneme süresi içinde normal bir iş ilişkisi çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini, tarafların yerine getirmesi gereken görevlerinde herhangi bir azalma ya da farklılık olmayacağını kararlarıyla ortaya koymuştur⁶⁰. Bu kapsamda işçinin sahip olduğu ücret, prim gibi alacaklar korunmakta ve işçiye bu hakların ödenmesi gerekmektedir⁶¹. Aynı şekilde işçinin çalışma süresine bağlı olan hakları açısından deneme süresi içerisinde çalıştığı zaman da çalışma süresine eklenecek ve hakları bu süreye uygun olarak belirlenecektir⁶².

Deneme süreli iş sözleşmesi tarafların işçi ve işveren sıfatına yönelik herhangi bir farklılık oluşturmamakta, işverenin ücret ödeme gibi borçları devam ettiği gibi işçinin de sadakat gösterme ve işyeri düzenine uygun çalışma borcu da devam etmektedir⁶³. Bunların yanı sıra işçilerin sahip olduğu sendikal haklar ya da toplu sözleşmelerle tanınan hakları da geçerliliğini korumakta ve işçinin bu haklara sahip olması engellenmemektedir.⁶⁴ Bu sebeplerden dolayı işçinin işe başladığı tarih olarak deneme süresinin başı esas alınmalı ve sigorta başlangıç tarihi de bu tarih olmalıdır. Taraflar arasında oluşturulan ve deneme süresi kaydı içeren iş sözleşmelerinin “deneme süresi” adı altında düzenlenmesi, işçinin sigortasını

⁵⁷ Çakır, Özlem. “İşini Kaybetme Kaygısı: İş Güvencesizliği”, *Çalışma ve Toplum*, C.1, S.12, 2007, s. 120.

⁵⁸ Çakır, s. 120 – 122.

⁵⁹ Yürekli, s. 50 – 55.

⁶⁰ Yargıtay 9.HD, T. 23.10.1970, E.1970/8604, K.1970/11400, T. 23.10.1970(Kazancı).

⁶¹ Yargıtay 9.HD, E. 1978/309, K. 1978/3634, T.10.03.1978(Kazancı); Süzek, s. 213 – 214; Kaplan, s. 244-245; Tunçomağ/Centel, s. 77; Koç, s. 108.

⁶² Süzek, s. 213.

⁶³ Şimşek, s. 27.

⁶⁴ Soyer, s. 31.

başlatmamak için geçerli bir neden olmayıp haksız bir menfaatin varlığını göstermektedir⁶⁵.

D. Fesih Problemi

Deneme süresi kaydı içeren sözleşmelerin diğer iş sözleşmelerinden en büyük farkı, belirli süreli veya belirsiz süreli olup olmadığı önemli olmaksızın bildirimsiz ve tazminatsız bir şekilde iş sözleşmesine son verme imkânı sağlamasıdır⁶⁶. Deneme süresine ilişkin yasalarda yer alan hükümler incelendiğinde sözleşmeye istenildiği zaman son verilebileceği ve herhangi bir yazılı bildirim yapılması gerekmediği anlaşılmaktadır.

Deneme süreli sözleşmelerde sözleşmeyi sona erdirmek için haklı bir nedene ya da herkes tarafından objektif bir fesih sebebi olarak görülen bir olaya da ihtiyaç yoktur⁶⁷. Dolayısıyla taraflar fesih serbestisine sahiptir. Fesih bildirimini ile tarafların yükümlülükleri ve borçları son bulur⁶⁸. Ayrıca bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih imkânının da kullanılabilmesi için herhangi bir süre sınırı ya da yasal bir süre bulunmamaktadır⁶⁹. Bu sebeple sözleşmeyi deneme süresinin son günü de feshetmek mümkünken deneme süresinin ilk günü de feshetmek imkânı mevcuttur.

Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere tarafların herhangi bir tazminat ödemeyeceği olgusu Yargıtay tarafından da belli bir zamana kadar kabul edilmekteydi⁷⁰. Ancak zamanla gelişen ve değişen iş hukuku ve uygulamalarıyla birlikte Yargıtay'ın bu hususta verdiği kararlarda da değişiklikler olmuş ve iş sözleşmesi açısından bazı tazminatların ödenebileceği kabul edilmiştir. Öncelikle öğretide ileri sürülen bir görüş, tarafların tazminatsız olarak deneme süresine son verebileceğini, ancak bu feshin hakkın kötüye kullanımı olmaması ya da haksız eylem biçiminde olmaması gerektiğini, dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesi, eğer bu tip bir durum mevcutsa haksız olarak fesheden tarafın kötü niyet tazminatı ödemesi gerektiği yönündedir⁷¹.

Öğretideki diğer bir görüş; fesih serbestisinin hakkın kötüye kullanımına izin vermediği yönündedir. Bu sebeple, sözleşmeyi sona erdiren taraf, sendikal nedenlerle ya da kötü niyet tazminatına yol açacak sebeplerle deneme süreli iş ilişkisine son vermemeli ve fesih sebebini tazminata yol açmayacak şekilde belirlemelidir. Aksi takdirde son veren taraf sendikal tazminat, kötü niyet tazminatı gibi ödemeleri yapmak zorunda kalacaktır. Ayrıca bu nedenlerle sözleşmeye son verildiğinde fesih serbestisine aykırılık oluşacağından ihbar tazminatı ödenmemesi olanağı da ortadan kalkacaktır çünkü haksız yapılan fesih söz konusu olduğundan taraflar ihbar tazminatı yükümlülüğünü haiz olacaktır⁷².

Yukarıda da değindiğimiz üzere Yargıtay da bu hususta kararlarını değiştirmiş ve sendikal tazminat ya da kötü niyet tazminatının ödenmesi gerektiği yönünde hüküm kurmaya başlamıştır⁷³.

⁶⁵ Akyiğit, s.299; Narmanlıoğlu, s.188; Yürekli, 242 – 245.

⁶⁶ Çelik, s. 256; Centel, s. 96 – 97; Günay, s. 307 – 309.

⁶⁷ Soyer, s. 35 - 36.

⁶⁸ Soyer, s. 36.

⁶⁹ Yargıtay 9.HD, E. 1981/15195, K. 1981/73149, T.09.03.1981(Kazancı).

⁷⁰ Yargıtay 9.HD, E.2004/21240, K.2005/2941, T. 17.01.2005(Kazancı).

⁷¹ Narmanlıoğlu, s.188; Yürekli, s. 258 – 260.

⁷² Laçiner, s. 360 – 361.

⁷³ Yargıtay 9.HD, E.2009/15921, K.2009/13019, T. 11.05.2009(Yargıtay).

Taraflara fesih serbestisi verilmesi, deneme süreli iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmeye imkânını ortadan kaldırmamaktadır. Belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi deneme süreli sözleşmelerde de haklı nedenlere sözleşmeler feshedilebilecektir. Ancak haklı nedenler kapsamında bazı sebepler fesih nedeni olamayacaktır. Bu durum deneme süreli iş sözleşmelerinin yapısından dolayı meydana gelmektedir. Örneğin; işçinin yetersizliği veya performans düşüklüğü, işçinin iş konusunda yeterli donanıma sahip olmaması gibi deneme süresinin amacını oluşturan konuların fesih sebebi yapılması mümkün olmayıp deneme süreli sözleşmelerin yapısına ve mantığına uymayacaktır⁷⁴.

Deneme süreli iş sözleşmelerinde fesihte dikkate alınması gereken bir diğer husus da sözleşmesi feshedilen işçilerin, yeniden deneme süresi kaydı koyularak işe tekrar alınmasıdır. Bilindiği üzere deneme süreli sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerin yapısına yakındır ancak belirli sürelerin bitiminden sonra yeniden belirli süreli sözleşme yapmak için objektif neden gereklidir. Deneme süreli sözleşmelerde ise durum farklıdır. Deneme süreli iş sözleşmesi sona erdirilen işçi aynı işyerine ve aynı işi görmek için istihdam edildiğinde deneme süresi uygulanmamalıdır çünkü söz konusu olan işçi, o işyerinde daha önce çalışmış ve iş sözleşmesinin içeriği hakkında bilgi sahibi olmuştur⁷⁵.

Daha önce işyerinde çalışan işçilere deneme süresi uygulanmayacağından yola çıkılarak deneme süresinin işyerine yeni gelecek olan kişilere uygulanacağını söylemek mümkündür. Kaldı ki bu uygulama deneme süresinin oluşturulma amacına da uygundur⁷⁶. Aynı şekilde daha önceden iş yerinde geçici iş ilişkisi ile çalışmış bulunan bir işçinin, aynı işyerinde işe başlaması durumunda deneme süresi kaydı uygulanamayacağı çünkü işveren işçi hakkında daha önceki çalışmalarından dolayı bilgi sahibi olduğu Yargıtay kararları ile de kabul edilmektedir. Söz konusu kararlardan birinde; işçinin işverene ait işyerinde geçici süreyle çalışan işçi niteliğine sahip olsa bile hâlihazırda iş sözleşmesinden doğan edimlerini fiili olarak ifa ettiği iş pozisyonunda çalışmaya devam etmesi için yeniden deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında geçerli ve hukuka uygun bir menfaatin olmadığına, davacı işçinin deneme süresini kaydına sahip iş sözleşmesinin meydana getirildiği sırada, yaklaşık beş ay süreyle işverenin emrinde ve işverene ait işyerinde genel servisler müdürü olarak çalıştığına ve işyerinde daha önceden çalışmış olduğundan iş sözleşmesi içinde yer alan deneme süresi kaydının geçersiz olduğuna yönelik hüküm verilmiştir⁷⁷.

Deneme süreli iş sözleşmesinin feshi hakkında bir diğer husus da iş güvencesi sorunudur. Daha önce de bahsedildiği üzere deneme süreli iş sözleşmeleri yapısı gereği iş güvencesine uygun değildir. Ancak daha önce denenen bir işçi, yeniden deneme süreli bir iş sözleşmesi ile işyerinde çalışırsa ve bu çalışma süresi iş güvencesindeki şartları sağlarsa işçi iş güvencesinden yararlanır çünkü ikinci kez yapılan deneme süreli iş sözleşmesindeki deneme süresi geçersiz olacak ve işçi ilk çalışma süresi de dikkate alınarak işverenin yanında belirsiz süreli çalışan olarak görülecektir⁷⁸.

⁷⁴ Laçiner, s. 361 – 362.

⁷⁵ Yargıtay 9.HD, E.2008/36062, K.2008/26704, T. 13.10.2008(Yargıtay).

⁷⁶ Soyer, s. 31; Demir, Fevzi. *Sorularla Bireysel İş Hukuku C. 1*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 101 – 102.

⁷⁷ Yargıtay 9.HD, E.2008/6168, K.2008/32048, T.25.11.2008(Yargıtay).

⁷⁸ Yargıtay 9.HD, E.2008/36062, K.2008/26704, T. 13.10.2008(Yargıtay).

Özetlemek gerekirse; yasa maddesi gereği tazminatsız ve ihbar süresi tanımaksızın sona erdirilebilen deneme süreli sözleşmeler, tarafların hiçbir tazminat ödememesi ya da herhangi bir sorumlulukları olmadığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla fesih sebepleri belirlenirken dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmamasına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde tarafların tazminat borcu meydana gelecektir. Deneme süresiyle çalışmış bir işçi aynı işyerinde tekrar denemek amacıyla çalıştırılmaz. Tekrar çalıştırılmasının yolları ya farklı iş pozisyonları olması ya da işin gerektirdiği yeterlilik, bilgi ya da donanım, teknolojik gelişmelere bağlı olarak niteliğinin değişmesi olabilir. Bu sebepler dışında eski işçiye deneme süresi uygulanmamalı, deneme süresinin mantığına uygun olarak yeni işçilere bu süre tanınmalıdır.

SONUÇ

Taraflara iş ilişkisi kurma konusunda bilgi ve deneyim sağlayan, iş hayatının gelişen ve dinamik yapısı açısından oldukça önemli olan deneme süreli iş sözleşmeleri, her ne kadar olumlu sonuçlar ortaya koymaya yönelik olsa da uygulamada bu süre işçiler aleyhine olacak şekilde kullanılmaktadır. Bu uygulamaların başlıca sebebi yasalarda deneme süresine ilişkin detaylı hükümler bulunmamasıdır. Bu sebeple deneme süresinde ortaya çıkabilecek sorunlara yönelik olarak yeni düzenlemeler yapılmalıdır. Diğer yandan Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu gibi kanunlar oldukça eski tarihlidir. Bu sebeple çağın ihtiyaçlarını karşılama noktasında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple eski tarihli olan kanunlar güncellenmeli ve iş hayatının gereklerine uygun hale getirilmelidir.

Deneme süreli iş sözleşmelerinde yaşanan fesihle ilgili sorunlar, hakkın kötüye kullanılması ile meydana gelen fesihler ve dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan uygulamalara yönelik çözümler üretebilmek ve genel olarak işçilerin yaşadıkları problemlerin azaltılabilmesi için yasa koyucu tarafından İş Kanunu'nda yeni düzenlemeler yapılarak ortaya çıkması muhtemel sorunlara yönelik maddeler getirilmeli, deneme süreli iş ilişkilerini yaygınlaştırma ve iş sözleşmesi taraflarını korumaya yönelik uygulamalar geliştirilmelidir.

Deneme süresi içinde iş güvencesi sahip olmayan işçileri korumaya yönelik adımlar atılmalı ve hali hazırda uygulama alanı az olan iş güvencesi sistemini daha işler bir hale getirmek için kapsamı genişletilmelidir. Aynı zamanda her an işini kaybetme riskiyle karşı karşıya olan ve deneme süresi ile çalışan işçilere yönelik olarak ihbar süresi uygulaması getirilmelidir. Böylelikle sürenin bitiminden belli bir zaman önce işçiye bildirimde bulunularak hem işçinin çalışma hayatındaki geleceğine yönelik bilgi edinebilmesi sağlanır hem de işverenlerin deneme süresi adı altında işçileri tekrar tekrar işe alınmasının engellenmesine yönelik adımlar atılmış olacaktır.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

- Akyiğit, Ercan. *İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “Deneme Süreli İş Sözleşmeleri.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.2, 2012, 47-84.
- Centel, Tankut. *İş Hukuku Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul,1994.
- Çakır, Özlem. “İşini Kaybetme Kaygısı: İş Güvencesizliği”, *Çalışma ve Toplum*, C.1, S.12, 2007, s. 117 – 140.
- Çelik, Nuri. *İş Hukuku Dersleri*, 36.Baskı, Beta Yayın, İstanbul, 2023.
- Çil, Şahin. *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara,2007.
- Demir, Fevzi. *Sorularla Bireysel İş Hukuku 1. Cilt*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara,2006.
- Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Esener, Turhan. *İş Hukuku*, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara,1978.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,2020.
- Ezer, Burcu. “Deneme Süresi İçinde İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İşveren Yönünden Sınırları”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2022, s.1155-1220.
- Fırak Şimşek, Ayşe. “Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri”, *TİSK Akademi*, C.4, S.7, 2009, s.6-34.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,2013.
- Kaplan, Hasan Ali. “Deneme Süreli İş Sözleşmeleri” , *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8,S.1, 2013,s.235-246.
- Koç, Muzaffer. “Deneme Süresi ve Hukuki Sonuçları.” *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 43, 2010, 99-111.
- Laçiner, Vedat. “Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 23, 2012, s. 313 – 378.
- Lokmanoğlu, Salim Yunus. “Deneme Süreli İş İlişkisi.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7, S. 24, 2016, 621-638.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara,2022.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri*, 5. Baskı, Barış Yayınları, Ankara,2014.
- Oğuzman, Kemal. *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul,1955.
- Soyer, Polat. “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, *Çalışma Ve Toplum*,

Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C.1, S.16, 2008, s. 27-38.

Sümer, Haluk Hadi. *Bireysel Basın İş Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 23. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2023.

Şakar, Müjdat. *Basın İş Hukuku / Gazetecilerin Çalışma İlişkileri*, 1.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

Şuğle, Mehmet Ali. *İş Hukuku Açısından Gazeteci*, 1. Baskı, ÇGD Yayınları, Ankara, 2001.

Tunçomağ,Kenan/Centel, Tankut. *İş Hukukunun Esasları*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul,2022.

Uşan, M. Fatih. *Çıraklık Sözleşmesi*, 1.Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994.

Uygur, Turgut. *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 5.Cilt*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Ünsal, Engin. “İş Güvencesi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.1, 2003, s. 187 – 204.

Yürekli, Sabahattin. *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Bursa, 2019.

Diğer Kaynaklar

<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Yargıtay).

<https://www.kazanci.com.tr/> (Kazancı).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2022/436 E., 2022/1380 K. Sayılı ve 07.02.2022 Tarihli İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçerliliğine İlişkin Verilen Kararın Değerlendirilmesi

Sevde BULUN TOKKAŞ^{1*}  Yalçın BOSTANCI²  Ecenur SARIKAYA³ 

¹ KTO Karatay Üniversitesi, Türkiye

² KTO Karatay Üniversitesi, Türkiye

³ KTO Karatay Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 31.05.2023

Kabul Tarihi: 31.12.2023

Yayın Tarihi: 24.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Arabuluculuk,
Dava Şartı Arabuluculuk,
Alternatif Uyuşmazlık
Çözümü,
Arabuluculuk Anlaşma
Belgesi,
İbraname.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuğun 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 2017 yılında iş uyuşmazlıklarında dava şartı haline getirilmesi iş hukuku açısından arabuluculuğun önemini arttırmıştır. Özellikle son yıllarda sıkça ibra hükümü içeren arabuluculuk anlaşma belgeleri ile karşılaşılması öğretide bazı tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ibranameye ilişkin geçerlilik şartlarının söz konusu belgede de aranıp aranmayacağı hususunda toplanmıştır. Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu farklı yöndeki kararlar da tartışmaların artmasına sebebiyet vermiştir. Çalışmamız kapsamında ibranamenin kavram ve hukuki niteliğine değinilmiş, anlaşma belgesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara da yer verilerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 420'de ibranamenin geçerliliği için aranan şartların anlaşma belgeleri için geçerli olup olmadığı hususları incelenmiştir. Son olarak, tüm bu açıklamalar ışığında Yargıtay'ın çalışmamıza konu olan kararının isabetli olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Assessment of the Decision on the Validity of the Mediation Agreement Document Containing the Release Provision of the 9th Law Department of the Supreme Court (2022/436 P., 2022/1380 D. And Dated 07.02.2022)

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 31.05.2023

Accepted: 31.12.2023

Published: 24.06.2024

Keywords:

Mediation,
Mediation as a Procedural
Requirement,
Alternative Dispute
Resolution,
Mediation Agreement
Documents,
Acquittance.

Mediation increased its importance in terms of labour law because of being accepted as a procedural requirement in labour disputes in 2017 with the Labour Courts Law No. 7036. In recent years, we come across mediation agreements containing release of debt clauses, which have led to some debates in the doctrine. Discussions were focused on whether the conditions of validity regarding the release of debt clauses in Turkish Code of Obligations No. 6098 should also be sought in the mediation agreements. The various decisions of supreme court on this issue have also elevated these discussions. In our study, the concept of release of debt and its legal nature are discussed. By including the discussions on the legal nature of the agreement document, it has been examined whether the conditions sought for the validity of the release of debt clauses according to the article 420 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 are also valid for the mediation agreement documents. Consequently, according to all these explanations it has been evaluated whether the decision of the Supreme Court, which is the subject of our study, is accurate or not.



To cite this article:

Tokkaş, S.B.; Bostancı, Y.; Sarıkaya, E.(2024). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2022/436 E., 2022/1380 K. Sayılı ve 07.02.2022 Tarihli İbra Hükümü İçeren Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçerliliğine İlişkin Verilen Kararın Değerlendirilmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 91-108. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.110>

***Sorumlu Yazar:** Sevda Bulun Tokkaş, sevde.bulun@karatay.edu.tr

GİRİŞ

İş hukuku açısından önemli bir belge niteliğine sahip olan ibraname, çoğunlukla işçinin işverenden alacağına kalmadığına ilişkin olarak düzenlenmektedir. İşçinin işverenden alacağına yönelik hazırlanan ibranamelerde önceleri Yargıtay kararlarıyla belirlenmiş şartların varlığı aranırken, 2012 yılında getirilen düzenleme sonrası şartlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ m. 420 ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Hükümden anlaşıldığı üzere, Türk Borçlar Kanunu m. 420/2 düzenlemesi emredici niteliktedir.

Arabuluculuk uygulamasının başlamasından sonra taraflar, çoğunlukla ibraname yapmak yerine ibraya ilişkin hükümleri arabuluculuk sürecinde ele almaktadır. Arabuluculuk, ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Süreç, tamamen taraf iradesine dayanan, arabulucunun tarafları ortak menfaatleri üzerinde anlaşmaya yönlendirdiği alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Dava şartı arabuluculukta sadece başvuru aşamasında taraf iradesi söz konusu olmamaktadır. Ancak bu arabuluculukta da sürecin devamı ve süreç sonunda anlaşılma anlaşmama konusu tarafların iradesine bağlıdır.

01.01.2018-04.05.2022 tarihleri arasındaki iş uyuşmazlıklarında dava şartı uyuşmazlık istatistiklerine göre, arabulucu görevlendirilmesi yapılan toplam 1.481.761 tane dosya bulunmaktadır. Bu dosyaların %58'i (822.735) anlaşma, %42'si (592.522) ile sonuçlanmıştır. Görülüyor ki, arabuluculuk kurumu uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir yere sahiptir. Her geçen gün artan sayıda uyuşmazlıkla ilgili olarak arabuluculuk yoluna başvurulması ve kanuni düzenlemelerle dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamının genişletilmesi arabuluculukta yapılan işlemlerin tartışmaya mahal vermeyecek bir şekilde yapılmasını gerektirmektedir.

Bu hususta çözüme kavuşturulması gereken konulardan biri de ibra hükümü içeren anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların aranıp aranmayacağına belirlenmesidir. Konunun çözüme kavuşması, uygulamada arabuluculuk anlaşma belgesinin ibra hükümlerini taşımaması nedeniyle iptali için yargı yoluna başvurulmasının önüne geçmesi açısından önem arz etmektedir. Çalışmamızda, Yargıtay'ın yakın bir tarihte verdiği konuya ilişkin kararı ele alınmış ve değerlendirilmiştir.

I. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin Konuya İlişkin 2022/436 Esas, 2022/1380 Karar sayılı ve 07.02.2022 Tarihli Kararı

A. Uyuşmazlık Konusu ve Mercii Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2022/436 Esas, 2022/1380 Karar sayılı ve 07.02.2022 tarihli kararına konu olan olayda, bir işyerinde satın alma şefi olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin davalının baskı, yıldırma ve zorlaması ile arabulucuya yönlendirilerek sonlandırıldığını iddia etmiştir. Davacı, davalı ile yaptığı ihtiyari arabuluculuk görüşmeleri neticesinde iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak ortaya çıkan bir kısım tazminat ve alacaklara karşılık bir miktar ödemenin yapılacağına ilişkin bir anlaşma belgesi imzalamıştır. Davalının zorlaması nedeniyle arabuluculuk görüşmelerine katıldığını ve bu nedenle iradesinin fesata uğratıldığını iddia eden davacı, imzalanan 29.04.2020 tarihli arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle tutanak ve belgenin iptalini talep etmiştir. Dava konusu, arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin iptali isteminden oluşmaktadır.

Davalı taraf, davacı tarafından ileri sürülen iddiaları reddederek, sözleşmenin davacı tarafından feshedilerek sonlandırıldığını ve fesih sonrası yapılan arabuluculuk işlemleri ile imzalanan anlaşma belgesinin davacının rızasıyla yapıldığını bu nedenle yapılan işlemlerin Kanuna uygun ve geçerli

¹ RG. 11.01.2011, 27836.

olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi verdiği kararda (... 26. İş Mahkemesi), tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre, arabuluculuk yoluyla çözülebileceğini ifade etmiştir. Yerel mahkeme, imzalanan anlaşma belgesinin içeriğini Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde düzenlenen ve emredici nitelik taşıyan ibra hükümleri çerçevesinde incelemiştir. Verilen hüküm ile, ibra şartlarını haiz olmadan yapılan anlaşma belgesinin arabuluculuğa elverişli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Karara karşı, davalı taraf istinaf yoluna gitmiştir. ...Bölge Adliye Mahkemesi 28. Hukuk Dairesi verdiği kararda, ilk derece mahkemesinin usul ve yasa ile dosya içeriğine uygun karar verdiği gerekçesiyle davalı tarafın yaptığı istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Davalı taraf, verilen bu kararı temyiz etmiştir.

B. İncelemeye Konu Olan Karara İlişkin Süreç

Karara esas olan olayda, davalının işyerinde satın alma şefi olarak çalışan davacı, 17.04.2020 tarihinde görevinin işveren tarafından değiştirildiğini ancak kendisi tarafından bu görev değişikliğinin reddedilerek kıdem tazminatı talep ettiğini, davalı işveren tarafından bu talebin kabul edilerek 28.04.2020 tarihinde davacının iş sözleşmesinin sona erdirildiği görülmüştür.

Davalının talebi üzerinde iş sözleşmesinin feshi sonrasında ihtiyari arabuluculuğa başvurularak 29.04.2020 tarihinde anlaşma belgesi imzalanmıştır. İmzalanan bu belge içeriğinde davacıya davalı tarafından bir kısım teminat ve alacaklara karşılık net 98.878,75 TL ödeneceği kararlaştırılmıştır.

Yargıtay'ın esasa ilişkin yaptığı incelemede, davacı dava dilekçesinde her ne kadar 29.04.2020 tarihli arabuluculuk tutanakları ile davalı tarafından arabuluculuğa zorlanarak iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia etse de esasen iş sözleşmesi davacının görev değişikliğini kabul etmemesi nedeniyle, davacının talebine istinaden sonlandırıldığı ifade edilmiştir.

Davacının dava dilekçesinde belirttiği, davacının iradesinin fesada uğratıldığına yönelik iddiaların ispatına yönelik bir delil sunulamamıştır. Ayrıca davacı tarafından arabulucunun tarafsız olmadığına yönelik yapılan iddia da ispatlanamamıştır.

Yerel mahkeme, ibra niteliğine sahip belgede yer alan hükümler üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Ancak yerel mahkemenin aksine Yargıtay, arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu m. 420'nin uygulanmasının mümkün olmadığını aksi halde tarafların arabulucu önünde anlaşmasının imkânsız hale geleceğini ifade etmiştir. Yargıtay ayrıca, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu² m. 18/5 hükmü uyarınca, arabulucu faaliyeti neticesinde tarafların anlaşması halinde anlaşılacak hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı için, ibraya ilişkin düzenlemelerden yola çıkarak anlaşma tutanağının geçerliliği hakkında da değerlendirme yapılamayacağını belirtmiştir.

Çalışmaya konu olan Yargıtay kararında, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulünün hatalı olup bozmayı gerektirdiği ifade edilmiştir. Sonuç olarak, temyiz edilen ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararının ortadan kaldırılmasına, ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

² RG. 22.06.2012, 28331.

II. Çözümü Gereken Hukuki Sorun ve Değerlendirme

A. İş Hukukunda İbraname

1. Kavram ve Hukuki Niteliği

İbraname, iş sözleşmesi sona erdiğinde, çoğunlukla işverenlerin talebiyle yapılan ve işçilerin ileride dava açmasının önüne geçmek amacıyla kanundan ve iş sözleşmesinden doğan haklarının tamamen alındığını ve hiçbir alacağının kalmadığını gösteren bir belgedir³. Bu belge, mahkemelerce de tanınmaktadır ve delil niteliğine sahiptir. Bu nedenle şayet işçi, işverenden alacağının kaldığına inanıyorsa bu belgeyi imzalamamalı, imzalıyorsa da ihtirazi kayıt koymalıdır⁴.

İbra sözleşmesine ilişkin hukukumuzda herhangi bir düzenleme yer almadığı dönemde konu, Yargıtay içtihatlarına uygun olarak şekillenmiştir⁵. Halen uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu belgeye ilişkin, 4857 sayılı İş Kanunu'nda⁶ bir düzenleme bulunmamaktadır. İbraname ve ibranamenin geçerlilik koşulları, Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde yer alır. Türk Borçlar Kanunu m. 420, özel kanun-genel kanun ilişkisi nedeniyle bu konuda hüküm içermeyen İş Kanunları bakımından da uygulanmaktadır⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 420/2'de, Kanun'da sayılan geçerlilik şartlarını taşımayan ibranamenin

³ Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 26. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 136; Sümer, Haluk Hadi/Kayırgan, Hasan. *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları*, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 384; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2019, s. 260; Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 19. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2020, s.793. Şakar, Müjdat. *İş Hukuku Uygulaması*, 12. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2018, s. 234. İbranameyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Turanboy, K.Nuri. *İbra Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998; Gümüş, Mustafa Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015; Özcan, Durmuş/Ocak, Uğur. *Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname)*, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016; Karakaş, İsa. *Geçerli İbraname Düzenleme İş Hukukunda Kıdem-İhbar ve Kötüniyet Tazminatı İhtilafları-Çözüm Yolları ile İbraname*, 2. Basım, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016; Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *İbraname ve Feragat*, 1. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 3 vd.; Sarıhan, Banu Bilge. "Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2020, s. 111; Karakoç, Burak. "İş Hukukunda İbraname", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 186, Y. 2022, s. 57; Özdemir, Erdem. "6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bakış", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 24, 2011, s. 111.

⁴ Güven, Ercan/Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*, 5. Basım, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2017, s. 247.

⁵ Alpagut, Gülsevil. "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Y. 2011, s. 956; Süzek, s. 793-794; Güven/Aydın, s. 247; Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2014, s. 607; Erdoğan, Canan/Tiritoğlu Ersoy, H.Hilal. "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme", *ÇÜHFD*, C. 7, S. 1, Nisan 2022, s. 64; Çelik, Nuri/Canıklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*, 34. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2021, s. 720; Şakar, s. 235. Özcan/Ocak, s. 10. Gümüş, s. 223; Özdemir, Erdem. "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler" *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan*, İstanbul, 2011, s. 563; Özdemir, Eleştirel Bakış, s. 111. Yargıtay'ın aradığı koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sümer/Kayırgan, s. 387 vd.; Berberoğlu Yenipınar, s. 4-5; Karakaş, s. 37 vd.; Gümüş, s. 228 vd.; Sarıhan, s. 109; Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İlişkisi", *İSGHD*, C. 10, S. 38, Y. 2013, s. 137; Özdemir, Erdem. "İş Hukukunda İbraname Uygulamaları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 5, 2007, s. 31-47.

⁶ RG, 25134.

⁷ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 66; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku*, 2. Basım, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s. 338; Çil, Şahin. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21, 2011, s. 81.

geçersiz olduğu ifade edilmiştir⁸. Kanunla getirilen bu sınırlamalar, alacağını alamama baskısı altında kalacağını düşünen işçinin, serbest iradesi olmadan ibraname imzalamasının önüne geçmek için getirilmiştir⁹. Diğer bir yandan, ibranamenin geçerliliği birazdan ifade edeceğimiz zor şartların¹⁰ yerine getirilmesine bağlanmıştır¹¹. Hatta öğretide bir görüşe göre, gerçekte ibra sözleşmesi yapma yolunu tamamen kapamıştır¹².

İbraname savunması itiraz hükmündedir ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkündür¹³. Maddi hukuka ilişkin savunma sebeplerinden biri olan itirazın, mahkemece resen gözetilmesi için dava dosyasına giren malzemedeki bu sebebin anlaşılması gerekir. Yani itiraz dava dosyasına girmişse, davalı tarafından ileri sürülmesi dahi dava malzemesinden, cevap dilekçesi ve tarafların ileri sürdükleri olay ve dosyadaki belgelerden anlaşılıyorsa hâkim tarafından resen dikkate alınır¹⁴. Ancak diğer bir savunma sebebi olan definin mahkemece gözetilebilmesi için mutlaka ilgili tarafça ileri sürülmesi gerekir¹⁵.

Bu düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu m. 420/4'e göre, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dahil işçinin iş sözleşmesinden doğan bütün alacaklarına uygulanır¹⁶. Bu nedenle Kanun'da öngörülen şartları taşıması halinde işçi yakınları tarafından yapılan ibranameler de geçerli sayılır¹⁷. Ancak söz konusu kanun düzenlemesi, işçinin alacaklı olduğu durumlar için geçerli olup, işverenin işçiden alacaklı olması durumlar için söz konusu değildir¹⁸.

2. Şartları

a. Yazılı Olması

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükme göre, ibranamenin yazılı olarak düzenlenmesi gerekir¹⁹. İşçi alacaklarına ilişkin yapılan ibranamede yazılı şeklin geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesinin amacı işçinin korunması ve iş ilişkisi başlamadan önce veya devamı sırasında işçiden baskıyla matbu

⁸ Öğretide TBK md. 420/2 ile ilgili yapılan eleştiriler için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 722-723.

⁹ Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, 5. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2018, s. 226; Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*, 12. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 350.

¹⁰ Bkz. II, A, 2.

¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 720; Gümüş, s. 232.

¹² Gümüş, s. 232; Özdemir, Sona Erme, s. 564.

¹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 723; Sümer/Kayırgan, s. 388; Karakaş, s. 39; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 71.

¹⁴ Pekcanitez, Murat/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, 10. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 258-259. İtiraz ve defî hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 258 vd.

¹⁵ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 390.

¹⁶ Bu fıkranın ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Gümüş, s. 245-248.

¹⁷ Süzek, s. 795; Güven/Aydın, s. 248; Akyiğit, s. 349; Gümüş, s. 240; Sarıhan, s. 114; Çil, s. 81.

¹⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 723; Süzek, s. 794; Akyiğit, s. 348; Berberoğlu Yenipınar, s. 4; Karakaş, s. 37; Özcan/Ocak, s. 19; Gümüş, s. 234; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 66; Sarıhan, s. 103; Karakoç, s. 58; Yılmaz Bilgin, s. 144; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 140; Çil, s. 81.

¹⁹ Sümer/Kayırgan, s. 385; Alpagut, s. 956; Senyen-Kaplan, E.Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Basım, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 339; Sümer, s. 136; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 339; Eyrenci/Taşkent/ULucan, s. 261; Narmanlioğlu, s. 608; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 665; Başbuğ/Yücel Bodur, s.225; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.721; Berberoğlu Yenipınar, s.6; Karakaş, s.35; Özcan/Ocak, s. 21-22; Gümüş, s. 235; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 66; Özdemir, Sona Erme, s. 563; Karakoç, s. 57; Sarıhan, s. 114; Yılmaz Bilgin, s. 141; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 140; Çil, s. 79.

ibranameler alınmasının önüne geçmek ve ispat kolaylığı sağlamaktır²⁰. Kanunda yazılı şeklin türüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir²¹.

Maddede açıkça ifade edilmese de, bir alt başlıkta da açıklandığı üzere²², 1 aylık süre koşulunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi açısından ibranamenin düzenlenme tarihinin de belirli veya belirlenebilir şekilde yazılmış olması gerekmektedir²³. Öğretide isabetle ifade edildiği gibi ibranamenin noter huzurunda düzenlenmesi ne zaman yapıldığına dair ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların önüne geçecektir²⁴. Nitekim ibranamenin tarih içermemesi veya içeriğinden fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin anlaşılması o ibranameyi geçersiz kılar²⁵.

b. Süresi

Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen ibranamenin geçerlilik unsurlarından biri de sözleşmesinin sona ermesinden başlayarak en az 1 aylık sürenin geçmiş olmasıdır²⁶. Bu nedenle sözleşmenin sona ermesinin üzerinden henüz bir aylık süre geçmeden ya da sözleşmenin devamı sırasında alınan ibranameler geçerli değildir²⁷. İş sözleşmesinin işçi ve işveren arasında kişisel bağımlılık ilişkisi kurması nedeniyle sözleşme devam ederken işçinin serbest iradesiyle karar alması genellikle mümkün değildir²⁸. İbramenin iş sözleşmesinin sona ermesinden önce yapılması mümkün olsa da yapılan bu ibraname geçersizdir²⁹. Aynı şekilde iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir aylık sürede de işverenin etkisinin devam edeceği düşüncesiyle Kanun, işçinin korunması için bu şekilde bir asgari süre sınırı getirmiştir³⁰. Öğretide bu süre, işçinin düşünme süresi olarak adlandırılmıştır³¹. Söz konusu isabetli hüküm ile, işverenin iş sözleşmesi devam ederken veya sona ermesinden başlayarak 1 ay içinde çeşitli baskılarla işçilerden ibraname almak yoluna gitmesi engellenmiştir³².

c. Banka Aracılığıyla Eksiksiz Ödenmesi

İbra edilen alacaklara ilişkin ödemelerin eksiksiz ve banka aracılığıyla yapılmış olması da Kanun tarafından getirilmiş bir zorunluluktur³³. İşverenin işçi ücretlerini banka aracılığıyla yapma

²⁰ Özcan/Ocak, s. 22.

²¹ Özcan/Ocak, s. 22; Gümüş, s. 235; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 67; Sarıhan, s. 115.

²² Bkz. II, A, 2, b.

²³ Gümüş, s. 225; Sarıhan, s. 115.

²⁴ Özcan/Ocak, s. 22; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 67; Sarıhan, s. 115; Çil, s. 79.

²⁵ Karakoç, s. 59; Yılmaz Bilgin, s. 144.

²⁶ Sümer, s. 136; Sümer/Kayırgan, s. 385; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 338; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 261; Senyen-Kaplan, s. 340; Alpagut, s. 956; Narmanlıoğlu, s. 608. Ekmekçi/Yiğit, s. 666; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 225-226; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 721; Akyiğit, s. 349; Berberoğlu Yenipınar, s. 6; Karakaş, s. 36; Özcan/Ocak, s. 23-25; Gümüş, s. 235; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 67; Özdemir, Sona Erme, s. 563; Karakoç, s. 57; Sarıhan, s. 115; Yılmaz Bilgin, s. 144; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 140. Öğretide, ödemelerin bir aylık sürenin sonuna ertelenerek geciktirilmesi ve ibranamenin bu tarihte imzalatılarak düzenlemenin kötüye kullanabileceğini ileri sürülmüştür. Bkz. Alpagut, s. 956; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 722; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 68. Bir aylık süre ile ilgili değerlendirme için ayrıca bkz. Gümüş, s. 236.

²⁷ Sümer, s. 136; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 261.

²⁸ Şakar, s. 236; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 68.

²⁹ Başbuğ/Yücel Bodur, s. 226; Sümer/Kayırgan, s. 385; Berberoğlu Yenipınar, s. 6; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 68.

³⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 339; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 67; Karakoç, s. 59.

³¹ Ekmekçi/Yiğit, s. 666.

³² Süzek, s. 794; Senyen-Kaplan, s. 340; Karakaş, s. 36-37; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 68; Sarıhan, s. 115; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 141.

³³ Sümer, s. 136; Sümer/Kayırgan, s. 385; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 339; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.

zorunluluğunda aranan işyerindeki asgari işçi sayısı şartı bu hükümde söz konusu değildir³⁴.

d. Türünün ve Miktarının Açıkça Belirlenmesi

İbranamenin geçerli olabilmesi için, işçinin işvereni ibra ettiği alacakların tek tek açıklanması ve bunlara ilişkin alacak miktarının açıkça belirtilmesi gerekir³⁵. Kanunda miktarın açıkça belirtilmesi arandığından alacak tutarının sayısal bir değer şeklinde gösterilmesi gerekir³⁶. Bununla birlikte her ne kadar sayısal olarak ibranamede belirtilmiş olsa da işçinin elbette ki sayısal olarak gerçeği yansıtmadığı iddiasıyla yine de dava açması mümkündür³⁷. Örneğin, ihbar tazminatı ve kıdemi tazminatının usulüne uygun olarak hesaplanıp tam olarak ödenmemesi halinde işçinin işvereni bu alacaklar bakımından ibra etmesi mümkün olmayıp bu ibranameler geçersizdir³⁸.

İbraname hakkın gerçek tutarda ödendiğini içermiyorsa banka aracılığıyla ödemenin yapılmış olması şartıyla Kanun gereği içerdikleri miktarla sınır olarak makbuz hükmündedir (TBK m. 420/3)³⁹. Bu nedenle işçi ilgili tutar mahsup edildikten sonra kalan tutarı talep edebilecektir⁴⁰.

261; Süzek, s. 794; Senyen-Kaplan, s. 340; Alpagut, s. 956; Narmanlıoğlu, s. 608; Ekmekçi/ Yiğit, s. 667; Başbuğ/ Yücel Bodur, s. 226; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca, s. 721; Şakar, s. 234; Akyiğit, s. 350; Berberoğlu Yenipınar, s. 6; Karakaş, s. 36; Özcan/Ocak, s. 26-27; Gümüş, s. 237-238; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 70; Sarihan, s. 116; Yılmaz Bilgin, s. 142; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 140; Çil, s. 80. Kanunkoyucu söz konusu düzenleme ile ifa ve icra kavramlarını birbirine karıştırmıştır. İşçinin işverenden alacağına tam olarak ödenmesi halinde borç ifa yoluyla sona erecektir. Bu düzenleme ile borcun teknik olarak ibra yoluyla sona erdirilmesi olanaksız hale getirilmiş olacaktır çünkü borç zaten ifayla sona ermiştir. Ve zaten sona ermiş olan bir borcun ibrayla sona ermesi mümkün olamaz. Bkz. Süzek, s. 795; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 340; Ekmekçi/ Yiğit, s. 667; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 66, 70; Özdemir, Sona Erme, s. 564; Karakoç, s. 60; Yılmaz Bilgin, s. 143. 6098 sayılı Kanun m.420 hükmünün başlığında her ne kadar “ibra” ifadesi kullanılsa da bu hükümde kastedilen ifadadır. Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 92; Çil, s. 67; Özdemir, Eleştirel Bakış, s. 111. Diğer bir deyişle, bu düzenleme ile ibraname, ifanın ispat aracı olarak bir makbuz hükmünde değerlendirilmektedir. Başbuğ/Yücel Bodur, s. 226; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 141.

³⁴ Akyiğit, s. 350. Ayrıca bkz. Çil, s. 80. Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik (RG, 27058) m.10'a göre, işyeri ve işletmelerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulandığı işverenler Türkiye genelinde çalıştırdıkları işçi sayısının en az beş olması halinde, çalıştırdıkları işçiye o ay için yapacakları her türlü ödemenin kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler.

³⁵ Sümer, s. 136; Sümer/Kayırgan, s. 385; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 339; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 261; Süzek, s. 794; Senyen-Kaplan, s. 340; Alpagut, s. 956; Narmanlıoğlu, s. 608; Ekmekçi/Yiğit, s. 666; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 226; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 721; Şakar, s. 238; Berberoğlu Yenipınar, s. 7-8; Karakaş, s. 36; Özcan/Ocak, s. 25-26; Gümüş, s. 237; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 69; Özdemir, Sona Erme, s. 563; Karakoç, s. 57; Sarihan, s. 115; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 138; Çil, s. 80.

³⁶ Gümüş, s. 237; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 70.

³⁷ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 70.

³⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 339; Narmanlıoğlu, s. 608-609.

³⁹ Sümer, s. 136-137; Sümer/Kayırgan, s. 385-386; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 340; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 261; Süzek, s. 795; Senyen-Kaplan, s. 340; Alpagut, s. 956; Güven/ Aydın, s. 248; Narmanlıoğlu, s. 608; Ekmekçi/ Yiğit, s. 667; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 226; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 721; Şakar, s. 235; Berberoğlu Yenipınar, s. 6; Gümüş, s. 239; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 71; Özdemir, Sona Erme, s. 564; Karakoç, s. 60; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 140; Çil, s. 81. Bu düzenlemeden önce verilen Yargıtay kararlarında ibranamenin makbuz niteliğinde sayılabilmesi için gerçek zarar ile ibranamede yazan miktar arasında açık bir orantısızlığın bulunması hususu aranmışken 6098 sayılı Kanun'da konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.722, dn. 2463.

⁴⁰ Süzek, s. 795; Ekmekçi/Yiğit, s. 667; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 71; Şahin Emir, Asiye/Kazmaz Tepe, Büşra. “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S. 58, Y. 2018, s. 1498; Mutlay, Faruk Barış. “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, *Çalışma ve Toplum*, C. 4, S. 59, Y. 2018, s. 2141.

B. Anlaşma Belgesi

1. Genel Olarak

Arabuluculuk bir yargılama süreci değildir⁴¹. Arabuluculuk Kanunu'na göre usulüne uygun olarak yürütülen arabuluculuk süreci, tarafların anlaşması ya da anlaşamaması ile sona erer. Arabuluculuk faaliyetini sona erdiren sebepler Arabuluculuk Kanunu m. 17/1'de sayılmıştır. Taraflar arabuluculuk süreci sonunda anlaşılırsa aralarında anlaşmış oldukları konuların belirtildiği bir anlaşma belgesi düzenlenir.

Anlaşma belgesi kural olarak taraflarca düzenlense de tarafların talebiyle arabulucu tarafından da hazırlanabilir. Arabuluculuk Kanunu m. 18/1'e göre, anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması bir zorunluluktur. Anlaşma belgesi, kural olarak adi yazılı şekilde hazırlanır. Ancak noter huzurunda onaylama ya da düzenleme şeklinde yapılmasında da hukuken bir engel yoktur⁴².

Arabuluculuk Kanunu m. 18/2'ye göre, taraflar arabulucu süreci sonunda düzenledikleri anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Arabuluculuğa başvurunun dava açılmadan önce olup olmamasına göre şerh verecek mahkeme değişiklik gösterecektir. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Dava devam ederken arabulucuya başvurulması halinde davanın görüldüğü mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilecektir. Mahkemenin verdiği bu şerh ile anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge haline gelir. Ancak her anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek yoktur⁴³. Arabuluculuk Kanunu m. 18'e 2017 yılında eklenen 4. fıkra gereğince, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi de icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.

Arabuluculuk Kanunu m. 18/3 hükmüne göre, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak sadece arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır. Son olarak, 2017 yılında m. 18'e eklenen 5. fıkraya göre, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.

2. Hukuki Niteliği

Temel olarak Arabuluculuk Kanunu ve ilgili diğer mevzuatlarda anlaşma belgesinin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu belge, bir maddi hukuk sözleşmesi olup, Türk Borçlar Kanunu'nun aradığı şartları taşıması gerekir⁴⁴. Bu açıdan bu sözleşmelerde de taraf iradelerinde

⁴¹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Civan, O.Ersun/Manav Özdemir, Eda/Savaş Kutsal F.Burcu/Evcimen, Ahmet. *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Editör: Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ankara, 2023, s. 294.

⁴² Korkusuz, Refik/Korkusuz M. Halit. "İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu", *Adalet Dergisi*, S. 64, 2020, s. 492.

⁴³ Erdoğan/Tiritioğlu Ersoy, s. 58.

⁴⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 90-91; Erdoğan/Tiritioğlu Ersoy, s. 57; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1498; Mutlay, s. 2141; Korkusuz/Korkusuz, s. 493; Badur, Emel. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.18, 2021, s. 67; Kıyak, Emre. "Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 21,

bozukluk olmaması gerekir⁴⁵. Arabuluculuk anlaşma belgesinin diğer sözleşmelerde olduğu gibi yanılma⁴⁶, aldatma⁴⁷, korkutma⁴⁸ ve aşırı yararlanma gibi iddialarla iptali istenebilir⁴⁹. Arabuluculuk Kanunu m. 18/5 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlarda taraflarca dava açılmazsa da irade bozukluklarının varlığı halinde tarafların arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali amacıyla dava açması mümkündür. Açılan dava ile anlaşma belgesinin iptali istenebilirse de arabuluculuk kurumunu işlevsiz hale getirecek uygulamaların önüne geçilmelidir. Yani, genel hükümler uyarınca anlaşmanın iptalinin istenmesi, arabuluculuk kurumuna müdahale ve kanunun amacını işlevsizleştirme anlamına gelmediği sürece mümkün olmalıdır⁵⁰. Ancak tüm bu açıklamaların sadece Arabuluculuk Kanunu uygun olmadan yürütülen usulsüz arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma belgeleri için geçerli olduğu kanısındayız.

Anlaşma belgesinin hukuki niteliği, uyuşmazlık çıkması halinde önem arz eder⁵¹. Arabuluculuk sonucu yapılan anlaşma belgesine öğretilen bir isim bulunmaya çalışılmaktadır. Bir kısmı ibra olarak

Y. 6 s. 529; Semizoğlu, Hakan. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları", *Istanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 5, Y. 2008, s. 2412-2413. Anlaşma belgesi, maddi hukuk sözleşmesi olduğu gibi aynı zamanda tarafların dava açma yetkisini kaldıran bir belge niteliğine de sahiptir. Bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 493. Arabuluculuk anlaşma belgesi ile oluşturulan sözleşmenin tüm unsurları 6098 sayılı Kanun, Arabuluculuk Kanunu veya herhangi bir özel kanunda yer almadığından bu sözleşme kural olarak isimsiz sözleşme olarak kabul edilmelidir. Nitekim tipik bir sözleşme olarak kabul edilebilmesi için Kanun'da öngörülen esaslı unsurların tamamını taşıması gerekir. Ancak tarafların tipik bir sözleşmeyi arabulucu önünde imzalamaları önünde bir engel de yoktur. Bkz. Badur, s. 67. Anlaşma belgesinin, belirli bir sözleşme başlığı altında kabul edilmesinin zor olduğu bu nedenle de sui generis olduğu yönünde bkz. Akkan, Mine. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2018, s. 16. Anlaşma belgesinin maddi hukuka ilişkin olduğu ve özel nitelik kazandırılarak anlaşma belgesinin icra edilebilirliğinin sağlandığı yönünde bkz. Taşpolat Tuğsavul, Melis. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 354.

⁴⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 91.

⁴⁶ Arabulucunun da imzaladığı son tutanakta uyuşmazlığın konusunda, taraflarında, miktarında yapılan hatalar beyan hataları olup esaslı hata niteliğinde olmadıkça sözleşmenin iptaline imkân vermemektedir. Bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 501.

⁴⁷ İşveren tarafından imzanın önceden alınması, son tutanak düzenlenmesinden önce işçinin işvereni aldatmak suretiyle çalışma süresine ve aylık ücretine yönelik gerçek olmayan bir belge alıp bu belgeye göre tutacağı tanzim edilmesi halinde tutacağı aldatma nedeniyle iptali istenebilir. Bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 501.

⁴⁸ Arabulucuya gidilmeden önce işverenin işçiyi korkutmak suretiyle gerçeğe aykırı beyan ve imza alması ve bunu son tutanağa işletmesi halinde işçinin iradesinin korkutma nedeniyle sakatlandığının kabulüyle belgenin iptali istenebilir. Bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 501-502.

⁴⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 91; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1498-1499; Korkusuz/Korkusuz, s. 494; Badur, s. 70. Ayrıntılı bilgi için bkz. Keser, Hakan. "İş Uyuşmazlıklarında İhtiyari/Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti Sonucu Yapılan Anlaşmaların Aşırı Yararlanma ve İrade Bozuklukları Sebebiyle Geçersiz Sayılmaları Hallerine İlişkin Bir Değerlendirme", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 18, S. 70, Y. 2021, s. 513-544. Öğretideki bir görüşe göre, arabuluculuk kurumunun işletilmesinde kamu düzenine ve emredici hükümlere aykırılık olmaması adına Bakanlığın, öğretinin de katkısıyla standart ve emredici hükümlere ilişkin hususların yer aldığı örnek nitelikte anlaşma tutanaklarını tespit etmesi uygun olacaktır. Bununla birlikte, emredici hükümlere aykırı olduğu anlaşılan tutanakların yine öğretinin katkısıyla Yargıtay'ın ilgili dairelerinin de tespit edeceği ilkeler temelinde olması kaydıyla iptali istenebilecektir. Bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 503-504.

⁵⁰ Korkusuz/Korkusuz, s. 494. Arabulucu tarafından da imzalanan anlaşma belgesinin yargı yoluyla iptalinin istenmesinin her zaman mümkün olması, arabuluculuk kurumunun tamamen yok olmasına sebep olabileceği gibi ülkemizdeki uyuşmazlıkların neredeyse yarısının işçi alacakları olması nedeniyle daha hızlı ve pratik bir çözüme ulaşma amacıyla düzenlenmiş olan kanun hükümlerinin ortadan kalkmasına neden olabilecektir. Bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 494. Anlaşma belgesinin iptalinin mümkün olacağı haller şunlardır: mahkeme kararıyla anlaşma belgesinin suç teşkil ettiğinin anlaşılması, işçilik alacaklarının feragat veya sulh olmaksızın açıkça eksik hesaplanması, işçinin hak kaybına uğradığının anlaşma belgesinden bile anlaşılması, çalışanların iradesinin fesada uğradığının çok açık bir şekilde anlaşılması halleridir.". Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkusuz/Korkusuz, s. 496 vd.

⁵¹ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 58.

değerlendirerek Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların varlığını aramakta; bir kısım ise sulh sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁵². Neticede yapılan anlaşma belgesinin içeriğine göre belge, sulh sözleşmesi ya da ibraname olarak değerlendirilmektedir. Şayet taraflar arasında karşılıklı fedakârlık söz konusuysa sulh sözleşmesi; tek taraflı bir fedakârlık söz konusuysa salt borç ikrarı ya da ibra gündeme gelebilir⁵³. Bu durumda anlaşma belgesinde, sulh sözleşmesi ya da ibranamenin kanuni şartlarının olup olmadığı araştırılmalıdır⁵⁴.

Öğretide bir görüş, ibraname niteliği taşıyan bir anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m. 420'de aranan ibranamenin kanuni şartlarının bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵. Diğer bir deyişle, tarafların anlaşma belgesine ibraname başlığını koymaları da dahil olmak üzere Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartları taşımadığı halde anlaşma belgesinin ibraname niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁶. Sonuç olarak, anlaşma belgesi, içerdiği sözleşmenin geçerlilik şartlarını ve/veya şekil şartlarını taşımalıdır⁵⁷. Bu görüşe göre, bir sözleşme sırf arabuluculuk neticesinde düzenlendiği için maddi hukukta tabi olduğu geçerlilik koşullarından muaf tutulmamalıdır⁵⁸. Aşağıda⁵⁹ değerlendirileceği üzere, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, arabuluculuk anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m.420'deki maddi hukuka ilişkin emredici şartların aranmaması gerekir⁶⁰.

C. Değerlendirme

1. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirme

İncelemeye konu olan Yargıtay kararı, ibra hükmü içeren anlaşma belgesinde ibranamenin koşullarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların varlığının aranıp aranmayacağı ile ilgilidir. Arabuluculuk anlaşma belgelerinin hukuki niteliklerinin ibra kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalar Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği karardan sonra başlamıştır⁶¹. Yargıtay, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik bir uyuşmazlık için verdiği İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁶² yürürlüğe girmesinden önceki dönemde verilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, 2016/25300 E., 2016/21744 K. ve 08.12.2016 tarihli⁶³ kararında anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m. 420/4'de düzenlenen şartları aramıştır. Diğer bir deyişle Yargıtay, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşma belgesini Türk Borçlar Kanunu m. 420 kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutmuştur.

⁵² Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Oniki Levha Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul, 2019, s. 253.

⁵³ Erdoğan, Ersin/Cömert, Büşra. "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 138, 2018, s. 34; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 58-59; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1500.

⁵⁴ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 59; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1501.

⁵⁵ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 60; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1501; Badur, s. 76.

⁵⁶ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 77 vd.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1501.

⁵⁷ Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1502.

⁵⁸ Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1502; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 256.

⁵⁹ Bkz. II,C, 1.

⁶⁰ Odaman, Serkan. "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1763.

⁶¹ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 78.

⁶² RG, 30221.

⁶³ İlgili karar için bkz. www.kazanci.com (E.T.03.01.2023). İlgili kararın incelemesi için bkz. Odaman, s. 1753-1766; Badur, s. 76; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1483 vd.

Öğretideki bir görüşe göre, anlaşma belgesinin hukuki niteliği, sözleşmenin içeriğine göre şekillenmektedir. Bu nedenle anlaşma belgesinin geçerliliği, içerdiği sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır⁶⁴. İlgili kararda anlaşma belgesi ibra hükmü içerdiğinden Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki ibranameye ilişkin şartları taşıması gerekmektedir⁶⁵. Aksi halde bu görüşe göre Türk Borçlar Kanun'undaki emredici bir hüküm olan m. 420'nin ruhuna aykırı hareket edilmiş olur⁶⁶. Aynı görüşteki başka yazarlara göre ise, Yargıtay isabetli olarak Türk Borçlar Kanunu m. 30-39 ve m. 420'yi esas alarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur⁶⁷.

Öğretide yer alan ikinci bir görüşe göre, ilk görüşte olduğu gibi ibra hükmü içeren anlaşma belgesinin Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartları taşıyor olması gerekmektedir. Ancak ilk görüşe ek olarak, arabuluculuk neticesinde düzenlenen anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların aranmasının arabuluculuğun ruhuna aykırı olduğu ifade edilerek, Arabuluculuk Kanunu ve arabuluculuğa ilişkin getirilmiş diğer düzenlemelerin Türk Borçlar Kanunu m. 420'yi yürürlükten kaldırmadığı sürece emredici bir hüküm olan Türk Borçlar Kanunu m. 420'nin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği savunulmuştur⁶⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olmadığına ilişkin verilen karar isabetli, ancak gerekçesi isabetli değildir⁶⁹. Karara konu olan olayda, gerçek bir arabuluculuk süreci işletilmemiş, davalı işçinin beyanlarına göre arabulucunun işçiyle hiç konuşmadığı, işçiye hiçbir sorunun sorulmadığı, arabulucu tarafından imzalatılan belgelerin işçiye okutulmadığı, bir örneğinin işçiye verilmediği, bedelin bir kısmının elden ödeneceğinin söylenmesine rağmen ödenmediği bir süreç sonunda anlaşma belgesi imzalanmıştır. Öğretideki bu görüşe göre, bu şekilde usulsüz yürütülen bir arabuluculuk süreci neticesinde imzalanan anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki koşullarının aranması yerine irade bozukluklarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu m. 30-39 hükümleri bakımından değerlendirme yapılması daha doğrudur⁷⁰.

Bizim de katıldığımız öğretilerdeki diğer bir görüşe göre ise, değerlendirme Türk Borçlar Kanunu'ndan önce Arabuluculuk Kanunu dikkate alınarak yapılmalıdır. Nitekim icra edilebilirlik şerhi verilmesi Arabuluculuk Kanunu m. 18/3'e göre çekişmesiz yargı işi olduğundan arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinde yapılacak inceleme, uyuşmazlığın arabuluculuğa ve cebri icraya uygun olup olmadığıyla sınırlıdır⁷¹. Ancak kararda hâkim söz konusu sınırlamayı aşarak anlaşma belgesini Türk Borçlar Kanunu m. 30-39 ve m. 420 hükümleri kapsamında incelemiştir. Bu görüş, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilirken yapılacak incelemede, Arabuluculuk Kanunu yerine Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin kriter olarak kabul edilmesini isabetli bulmamıştır⁷². Arabuluculuk Kanunu m. 18/3'de yer alan sınırlamalar dışındaki hususlar ancak başka bir davanın konusu olabilir⁷³. İrade bozukluğuna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusuysa, icra edilebilirlik yargılamasını yürüten mahkemece değil, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi aşamasında bu konu bekletici mesele yapılarak ya da icra edilebilirlik şerhinin verilmesinden sonra ayrı bir dava yoluyla açılabilir.

⁶⁴ Kıyak, s. 532; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1499; Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 58.

⁶⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 253; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1501.

⁶⁶ Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1501.

⁶⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 253.

⁶⁸ Erdoğan/Tiritoğlu Ersoy, s. 79.

⁶⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 92-93.

⁷⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 93.

⁷¹ Erdoğan/Cömert, s. 28; Odaman, s. 1756.

⁷² Erdoğan/Cömert, s. 28; Odaman, s. 1756 vd.

⁷³ Erdoğan/Cömert, s. 45.

2. İncelemeye Konu Olan Karara İlişkin Değerlendirme

Çalışmamıza konu olan Yargıtay kararında ise uyuşmazlık, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi olmayıp, anlaşma belgesinde işçinin bazı haklarından vazgeçmesinin ibra olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve bu kapsamda da anlaşma belgesinde Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların aranıp aranmayacağına ilişkindir⁷⁴.

Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği kararında, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, uyuşmazlığın konusunun bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle hâkimin esasa ilişkin değerlendirmeye girişmemesi gerektiğinden ilgili karar nazarında bizce tartışılması isabetsiz olmakla birlikte, anlaşma belgesinin ibra olarak kabul edilip edilmeyeceği ve Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların aranıp aranmayacağına ilişkin aşağıda belirtildiği üzere farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlgili görüşlere göre, anlaşma belgesinin ibra olarak kabulüyle emredici hükümler içeren Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların aranması gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Aynı şekilde anlaşma belgesinde de irade sakatlığı halleri aranarak bu halde anlaşma belgesinin iptal edilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur.

Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşma belgesinde işçinin yargılama süreci sonuna kadar beklememek için bazı haklarını talep etmekten vazgeçtiği veya daha kısa ve hızlı bir şekilde çözüme ulaşabilmek için hak ettiği meblağdan daha düşük bir meblağ üzerinden uzlaşabildiği sürecin sonunda yapılan anlaşma belgelerinin ibra olarak kabulü mümkün değildir. Nitekim bu durum tarafların serbestçe müzakere edip karar verdiği arabuluculuğun temel felsefesine de aykırıdır. Zira, anlaşma belgesinin ibra olarak kabulü halinde, emredici kanun hükümleri içeren Türk Borçlar Kanunu m. 420'deki şartların aranması gerekir ki, bu da arabuluculuk önünde anlaşmayı imkânsız hale getirecektir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁷⁵, gerçekten de anlaşma belgesinin ibra olarak kabulü halinde Arabuluculuk Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilmiş olan arabuluculuk sisteminin yürütülmesini imkânsız hale getirecek uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Aksi yöndeki bir görüşe göre, arabuluculuk sisteminin getirilmesinin temel amacı, taraflar arasındaki iletişim sorunlarının sona erdirilmesidir. Yine bu görüşe göre, iş hukuku özelinde, zaten tarafların serbest iradeleriyle özgürce bir anlaşma yapması mümkün değildir⁷⁶. Zaten menfaat temelli olan arabuluculuk sürecinde işçinin hakkının gerçek miktarı konusunda yaklaşık bir bilgi sahibi olmaması da menfaatine gerçek anlamda ulaşamaması sonucunu doğurur⁷⁷. Bu görüşe göre, iş hukukunda işçinin isteyebileceği haklarına temel olabilecek delillerin büyük bir kısmı işveren elinde olup, işçinin hakkının ne kadar olduğunu bilmesi mümkün değildir⁷⁸.

⁷⁴ Ele almış olduğumuz kararda, her ne kadar Yargıtay aksi yöndeki bir örnek olarak vermiş olsa da Yargıtay 9.Hukuk Dairesi E.2019/3694, K.2019/13040, K.T.11.06.2019 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma belgesinin ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirildiği ifade edilmiştir. Ancak ilgili kararda sadece usulsüz yürütülen bir arabuluculuk süreci sonucunda imzalatılan anlaşma belgesine 6098 sayılı Kanun m.420'deki ibra etkisinin kazandırılmaya çalışıldığı ifade edilerek, esasen anlaşma belgesi m.420 kapsamında değerlendirilmemiştir. Yargıtay ilgili kararında hükme varırken Arabuluculuk Kanunu'nu esas almış, yürütülen işlemlerin geçerli bir arabuluculuk faaliyeti olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

⁷⁵ “Arabuluculuk faaliyeti sonucu anlaşma ise ibra sözleşmesi olmadığından 420. maddenin uygulanması mümkün değildir. Aksi halde, feshi izleyen bir ay içinde yapılan anlaşma tutacağı geçersiz sayılması gerektiği gibi 1 TL dahi eksik ödeme ve banka hesabına yapılmayan ödemelerde anlaşma yok sayılabilecektir. Bu durumun 7036 sayılı yasa ile getirilen arabuluculuk sisteminin lafzına ve ruhuna aykırı olduğu açıktır.”. Çil, Şahin. *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 52.

⁷⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 257.

⁷⁷ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 259-260.

⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 259-260.

Bize göre, Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi ve 22. Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra belirsiz alacak davasıyla ilgili olarak verdiği ilke kararında belirtmiş olduğu gibi, işçinin ne zamandan beri çalıştığını veya ücretin ne kadar olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. İşverenin belge ve bordro düzenleme gibi yükümlülüklerini yerine getirmemesi, tutmuş olduğu belgelerin gerçeği yansıtmaması, işçinin alacaklarını inkâr etmesi veya ikrar etmekle birlikte yerine getirmemesi de belirsiz alacak davası açılmasına imkân vermez⁷⁹. Söz konusu ilke karardan hareketle işçinin salt olarak bilgi ve belgelere ulaşamaması nedeniyle alacak miktarını hesaplayamıyor olması kanısı gerçeği yansıtmamaktadır.

Aksi yöndeki görüşün bir diğer gerekçesi ise iş ilişkisindeki güç dengesizliğidir. Buna göre, bu güç dengesizliği uyumsuzluğun sadece bir iletişim sorunu şeklinde basite indirgenmesine engeldir⁸⁰. Ancak öğretilerde ileri sürülen görüşün bu gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Zira, güç dengesizliğinin temelinde, iş ilişkisinin taraflar arasında kişisel ilişki kurması ve işçinin işverenden ücret ve diğer hakları alamama hatta iş sözleşmesinin sona erdirilmesi nedeniyle işsiz kalacak olması gibi kaygıları yatmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılacak bir arabulucu sürecinde artık taraflar arasında bir güç dengesizliğinin varlığından söz edilemeyecektir.

Kaldı ki, arabuluculuk her aşamasında iradiliğin esas alındığı bir süreçtir. Dolayısıyla işçi, arabuluculuğun her aşamasında dava şartı arabuluculuk da dahil olmak üzere bu süreçten vazgeçebilir. Ancak elbette ki, usulsüz yürütülen bir arabuluculuk sürecinde imzalanan anlaşma belgesi bu kapsamda değerlendirilemez⁸¹. Nitekim, gerçek bir arabuluculuk süreci olmadan, işveren tarafından arabulucuyla işçiler hiçbir araya getirilmeden, dolayısıyla da işçilerin serbest iradelerinden bahsedilemediği ve hala güç dengesizliğinin etkisi altında imzalanan belgeler arabuluculuk sürecinde imzalanan anlaşma belgesi olarak değerlendirilemez ve iptali istenebilir.

Yine aynı yöndeki aksi görüş, yargılama sırasındaki sulh ve feragatin arabuluculuk süreciyle bir tutulamayacağını, arabulucunun bir hâkim olmadığı gibi hakkın gerçek miktarının belirlenmesinin de mümkün olmadığını belirtmiştir⁸². Ancak feragat, miktarı hâkimin belirlenmesine bağlı olmaksızın işçi tarafından yapılabilir. Nitekim miktarın her durumda belirsiz olarak kabulü de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Buna ek olarak, iş yargılamasında da pekâlâ hakim huzurunda işçi işverenden olan alacağından feragat edebilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁸³ 307. maddesinde yer alan tanıma göre feragat kavramı, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak ifade edilir. Şayet güç dengesizliğinden bahisle işçinin alacağından vazgeçmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri

⁷⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.01.2021, 2020/4397 E., 2021/1656 K., kazanci.com (E.T.09.01.2023). Eğer aynı olarak yol, yemek yardımları vb. Sosyal yardımlar varsa giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanan alacaklar bakımından işçinin ücretini belirleyebilmesi mümkün olmayabilir.

⁸⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 257.

⁸¹ Yargıtay, "işlemlerin davalı şirketin kayden avukatının arabuluculuğunda gerçekleştiği, arabulucunun davacı tarafı diğer tarafın avukatı olduğu konusunda bilgilendirdiğinin tespit edilemediği, emsal dosyalarda dinlenen tanık anlatımlarına göre, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı, hatta arabulucunun da işçilerin imzaladığı aşamada işyerinde olmadığını beyan edilmesi karşısında; usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır. Tüm bu tespitler karşısında..., yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez." gerekçesiyle verilen kararı bozmuştur. Yargıtay9HD, E.2019/3694, K.2019/13040, K.T.11.06.2019, lexpera.com.tr (05.01.2024). Alacak miktarının kural olarak işçi tarafından belirlenmesinin mümkün olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan. "Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması", Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, C. 2, İzmir, 2014, s. 948 vd.

⁸² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 258.

⁸³ RG. 04.02.2011, 27836.

sürülerek arabulucu önünde yapılan anlaşma belgesinin iptalinin gerektiği savunulacaksa o zaman her feragat için de aynı şeyin söylenmesi gerekecektir. Bu bakımdan, arabulucu önünde yapılan anlaşmanın, güç dengesizliğinin bulunduğu sadece işçi ve işverenin arasında yapılan bir anlaşma gibi ele alınmaması gerekir. Zira arabuluculuk anlaşma belgesi resmi makam huzurunda gerçekleştirilmiş bir anlaşma olup tıpkı feragat de olduğu gibi işçinin gerçek hak tutarından daha az bir tutarda anlaşmayı kabul ederek bir kısım alacaklarından vazgeçmesi mümkün olabilir.

Tüm bunların yanında isabetle belirtildiği üzere, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/1'le birlikte, işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurmak dava şartı haline getirilmiştir. İş Kanunu'nun 20/1. maddesine göre ise, işçi işe iade davası açmadan önce fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde arabulucuya başvurmak zorundadır. Söz konusu hüküm uyarınca işçi, zaten zorunlu olarak feshin tebliğinden itibaren 1 ay geçmeden arabulucuya başvurmak durumundadır. Bu nedenle şayet Türk Borçlar Kanunu m. 420'nin koşulları aranır, işe iade talepli dava şartı arabuluculuk müessesesi neticesindeki her anlaşma belgesinin geçersiz kabul edilmesi gerekir. Zira, Türk Borçlar Kanunu m. 420'de aranan “sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az 1 aylık sürenin geçmiş olması gerekir” şartı sağlanmamış olacaktır⁸⁴. Arabuluculuk aşamasında arabulucu ile beraber düzenlenen anlaşmalarda Türk Borçlar Kanunu m. 420'de aranan şartların aranmaması gerektiği kanaatindeyiz⁸⁵.

SONUÇ

Arabulucu önünde yapılan anlaşmada, Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde belirtilen ibranamede bulunması gereken şartların aranıp aranmaması yönünde Yargıtay'ın verdiği kararlar ve öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Çalışmamıza konu olan kararda Yargıtay, arabulucu önünde yapılan anlaşma belgesinde ibraya ilişkin hükümlerin yer alması halinde Türk Borçlar Kanunu m. 420'nin uygulanmasının mümkün olmadığı, aksi halde arabulucu önünde tarafların anlaşmasının imkânsız hale geleceği sonucuna ulaşmıştır. Aynı şekilde, Arabuluculuk Kanunu m. 18/5 hükmü gereği, anlaşma belgesinde yer alan hususların ibraya ilişkin olduğu gerekçesiyle anlaşma belgesinin geçerliliğinin değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Gerçekten de her şeyden önce arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmayıp, her aşamasında iradiliğin esas alındığı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. İradilik, arabuluculuğa başvuru, süreci devam ettirme ve sürecin sona ermesi aşamalarında geçerli temel bir ilkedir. Arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olduğu hallerde dahi, tarafların süreci devam ettirmek ve anlaşmaya varıp varmamak hususunda serbest iradeleriyle karar verme yetkisi vardır. Ayrıca arabuluculukta yargılama faaliyetinden farklı olarak kontrol taraflardadır. Bu doğrultuda tarafların karar verme yetkisini ellerinde buldurmaları sebebiyle her zaman anlaşma şartlarını belirlemeleri ve süreci kendi istekleri doğrultusunda yönlendirmeleri mümkündür. Nitekim kontrolün taraflarda olmasının bir sonucu olarak, arabulucunun hâkim gibi karar verme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Kaldı ki, kanun koyucunun Türk Borçlar Kanunu m. 420'yi düzenleme amacı, işçinin iradesinin işveren tarafından baskı altına alınabileceği salt işçi ve işveren arasında yapılan ve taraflar arasında güç dengesizliğinin bariz olduğu durumlarda işçinin korunmasıdır. Nasıl ki yargılama sırasında işçinin feragat yapabilmesine hukuken bir engel bulunmuyorsa, Arabuluculuk Kanunu kapsamında usulüne uygun yürütülen bir arabuluculuk sürecinde de işçinin alacaklarından kısmen veya tamamen vazgeçmesi mümkündür. Nitekim Arabuluculuk Kanunu kapsamında usulüne uygun yürütülen bir arabuluculuk sürecinde zaten arabulucunun taraflar arasındaki güç dengesizliğini ortadan kaldıracak şekilde davranması beklenir. Bu kapsamda arabulucu zayıf olan tarafa hukuki tavsiye almasını hatta zayıf olan

⁸⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkara, s. 93.

⁸⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkara, s. 93.

tarafa süreci sona erdirebileceğini hatırlatabilir.

Arabuluculuk sürecinin yürütülmesine ilişkin ilkelere Arabuluculuk Kanunu'nda yer verilmiştir. Bunlar; gönüllülük, gizlilik, arabulucunun tarafsızlığı, arabulucunun bağımsızlığı, sürecin tarafların kontrolünde olması ve tarafların eşitliğidir. Sayılan bu ilkeler, sürecin her aşamasında arabulucu tarafından dikkate alınmalıdır. Söz konusu ilkelerin birinin bile göz ardı edildiği bir arabuluculuk süreci, Arabuluculuk Kanunu kapsamında usulsüz yapılmış kabul edilir. Bu halde de, zaten sürecin toptan sakatlığı sebebiyle anlaşma belgesinin iptaline gidilebilir. Ancak tüm süreç usulüne uygun yürütüldüyse artık anlaşma belgesinin iptali mümkün değildir. Artık işçinin bilgisizliği nedeniyle ve istemeyerek bu belgeyi imzaladığı gerekçesine dayanarak anlaşma belgesinin iptali istenemez. Kaldı ki usulüne uygun yürütülen arabuluculuk sürecinde irade bozukluğundan da bahsedilemez.

Çalışmamızda ele aldığımız Yargıtay kararında, davacının iddia ettiği üzere, arabuluculuk görüşmelerine davalının zorlaması ile katıldığı ve bu nedenle iradesinin fesada uğradığı gerekçesine dayanarak anlaşma belgesinin iptalini talep ettiği davada, arabuluculuk sürecinin usulsüz yürütüldüğüne dair bir delilin sunulmadığı, arabulucunun bağımsız olmadığına dair iddianın da ispatlanamadığı dikkate alındığında yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle usulsüz yürütülen bir arabuluculuk sürecinden bahsedilemeyeceği ve irade sakatlığından da söz edilemeyeceği gerekçesiyle anlaşma belgesinin iptali istenemeyecektir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda, arabuluculuğu yargılama faaliyeti olarak ele alıp maddi hukuka ilişkin hükümlerin uygulanması isabetli değildir. Bu nedenle, incelediğimiz ve anlaşma belgesinde ibra hükümlerinin aranmaması yönünde verilen bu Yargıtay kararını isabetli buluyoruz

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Yazarlar katkı oranlarını belirtmemişlerdir.

REFERANSLAR

Akkan, Mine. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2018, s. 1-31.

Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*, 12. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Alpagut, Gülsevil. "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Y. 2011, s. 913-959.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Badur, Emel. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 18, 2021, s. 49-87.

Başbuğ, Aydın/ Yücel Bodur, Mehtap. *İş Hukuku*, 5. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2018.

Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *İbraname ve Feragat*, 1. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Civan, O.Ersun/Manav Özdemir, Eda/Savaş Kutsal F.Burcu/Evcimen, Ahmet. *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Editör: Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ankara, 2023.

- Çil, Şahin. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21, 2011, s. 66-85.
- Çil, Şahin. *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Oniki Levha Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul, 2019.
- Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Erdoğan, Canan/Tiritoğlu Ersoy, H. Hilal. "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme", *ÇÜHFD*, C. 7, S. 1, Nisan 2022, s. 51-90.
- Erdoğan, Ersin/Cömert, Büşra. "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 138, 2018, s. 27-47.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Güven, Ercan/ Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*, 5. Basım, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2017.
- Karaçöp, Eda/ Yamakoğlu, Efe. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İlişkisi", *İSGHD*, C. 10, S. 38, Y. 2013, s. 83-148.
- Karakaş, İsa. *Geçerli İbraname Düzenleme İş Hukukunda Kıdem-İhbar ve Kötüniyet Tazminatı İhtilafları-Çözüm Yolları ile İbraname*, 2. Basım, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.
- Karakoç, Burak. "İş Hukukunda İbraname", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 186, Y. 2022, s. 53-63.
- Keser, Hakan. "İş Uyuşmazlıklarında İhtiyari/Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti Sonucu Yapılan Anlaşmaların Aşırı Yararlanma ve İrade Bozuklukları Sebebiyle Geçersiz Sayılmaları Hallerine İlişkin Bir Değerlendirme", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 18, S. 70, Y. 2021, s. 513-544.
- Kıyak, Emre. "Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 21, Y. 6, s. 523-548.
- Korkusuz, Refik/Korkusuz M. Halit. "İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu", *Adalet Dergisi*, S. 64, 2020, s. 481-506.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş. *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku*, 2. Basım, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018.
- Mutlay, Faruk Barış. "İşe İade Davalarında Arabuluculuk", *Çalışma ve Toplum*, C. 4, S. 59, Y. 2018, s. 2129-2155.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2014.
- Odaman, Serkan. "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1753-1766.
- Özcan, Durmuş/Ocak, Uğur. *Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname)*, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- Özdemir, Erdem. "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler." *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan*, İstanbul, 2011, s. 557-567 (Sona Erme).
- Özdemir, Erdem. "6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bakış", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 24, 2011, s. 107-114. (Eleştirel Bakış).
- Özdemir, Erdem. "İş Hukukunda İbraname Uygulamaları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 5, 2007, s. 31-47.
- Pekcanitez, Hakan. "Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması" *Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan*, C. 2, İzmir, 2014, s. 933-968.
- Pekcanitez, Murat/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, 10. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Sarıhan, Banu Bilge. "Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2020, s. 99-119.
- Semizoğlu, Hakan. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 5, Y. 2008, s. 2411-2415.
- Senyen-Kaplan, E.Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*, 9. Basım, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, 26. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi/Kayrgan, Hasan. *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları*, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 19. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2020.
- Şahin Emir, Asiye/Kazmaz Tepe, Büşra. "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S. 58, Y. 2018, s. 1481-1508.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 333-379.
- Turanboy, K.Nuri. *İbra Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Yılmaz Bilgin, Esra Pınar. "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İbraname ve İş Hukuku Uygulamasında Yeri", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 17, Y. 2015, s. 129-154. Zeleke, W. A., Hughes, T. L., & Drozda, N. (2020). Home-school collaboration to promote mind-body health. In C. Maykel & M. A. Bray (Eds.), *Promoting mind-body health in schools: Interventions for mental health professionals* (pp. 11-26). American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/0000157-002>

Osmanlı Devleti'nde Devletlerarası Hukuka ve Avrupa Diplomasisine Uyum Süreci: Londra Konferansı ve Mehmed Şekib Efendi (1840-1841)

Ahmet DÖNMEZ * 

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 14.11.2023

Kabul Tarihi: 30.01.2024

Yayın Tarihi: 25.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Mehmed Şekib Efendi,
II. Mahmud,
Londra Konferansı,
Londra Boğazlar Sözleşmesi,
Mısır Meselesi.

Osmanlı Devleti, III. Selim döneminden itibaren uluslararası hukuka ve karşılıklı diplomasiye uyum sürecine girmiştir. Bu tarihten itibaren tek taraflı diplomasi uygulamalarından vazgeçilmeye başlanmıştır. 1831 yılı sonunda ortaya çıkan Mısır meselesi, kısa sürede Avrupa diplomasisinin en önemli problemlerinden biri haline almıştır. Osmanlı Devleti, 1839 yılında Nizip Savaşı'nda alınan yenilgi ve padişahın ölümü ardından parçalanmanın eşiğine gelmiştir. Avrupa devletleri bu meseleye el koymuşlar ve konuyu çözümlmek için Londra'da bir konferans düzenlemişlerdir. Bu konferansta, Osmanlı'yı temsil etmek üzere aynı zamanda Londra elçiliğine tayin edilen Mehmed Şekib Efendi görevlendirilmiştir.

Mehmed Şekib Efendi, konferansta Mısır meselesinin Avrupa devletlerin söz verdiği şekilde çözümü için girişimler yaparak notalar vermiştir. Bu sırada Osmanlı elçisi, özellikle İngiltere ve Avusturya temsilcilerinin yardımını görmüştür. Notaların yazımı, konferansta nasıl hareket etmesi gerektiği, yapması gereken konuşmalar, protokollerin onaylanması gibi konularda onlardan destek almıştır. Mehmed Şekib Efendi, Fransa ve Rusya temsilcilerine karşı ise kendisine verilen talimatlar çerçevesinde temkinli davranmıştır. Konferansta ortaya çıkan protokole Osmanlı temsilcisi de imza atmıştır. Mısır Valisi Mehmed Ali Paşa'ya karşı düzenlenen operasyon sonucunda Mısır meselesi sonuçlandırılmıştır. Ardından 1841 yılında Londra Boğazlar Sözleşmesi yapılarak Boğazların egemenliği uluslararası bir anlaşmayla Avrupa devletlerinin istediği şekilde yeni bir statüye konulmuştur. Bu süreçte Osmanlı diplomasisi giderek artan bir şekilde uluslararası hukuka ve Avrupa diplomasisine adapte olmuş ve Avrupa sisteminin bir parçası haline gelmiştir.

The Process of the Adaptation of European Diplomacy and International Law in the Ottoman Empire: London Conference and Mehmed Shekib Effendi (1840-1841)

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 14.11.2023

Accepted: 30.01.2024

Published: 25.06.2024

Keywords:

Mehmed Shekib Effendi,
Mahmud II,
London Conference,
London Straits Convention,
Egyptian Question.

Ottoman Empire initiated a process of harmonization with international law and European diplomacy during the reign of Selim III. As of this date, unilateral diplomacy practices began to be abandoned. The Egyptian issue started at the end of 1831 and soon became one of the most important issues of European diplomacy. The Ottoman Empire was on the verge of disintegration after the defeat in the Battle of Nizip in 1839 and the death of the sultan. European states seized this question and convened a conference in London to resolve it. Mehmed Shekib Effendi, who was also appointed as the ambassador to London, was assigned to represent the Ottoman Empire at this conference.

Mehmed Shekib Effendi made attempts to resolve the Egyptian question at the conference as promised by the European states and submitted notes. During this



process, especially the representatives of England and Austria helped the Ottoman envoy. He received support in matters such as the writing of the notes, how he should act at the conference, the speeches he should make and approval of the protocols. Mehmed Shekib Effendi acted cautiously towards the French and Russian representatives within the framework of the instructions given to him. The Ottoman representative also signed the protocol that emerged at the conference. As a result of the operation organized against Mehmed Ali Pasha, the Governor of Egypt, the Egyptian question was finalized. Afterward, the London Straits Convention was concluded, and the sovereignty of the Straits was put into a status as desired by the European states through an international diplomatic agreement in 1841. In the process, Ottoman diplomacy increasingly adapted to international law and European diplomacy and became a part of the European system.

To cite this article:

Dönmez, A. (2024). Osmanlı Devleti'nde Devletlerarası Hukuka ve Avrupa Diplomasisine Uyum Süreci: Londra Konferansı ve Mehmed Şekib Efendi (1840-1841), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 109-127. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.111>

* ahmett76@yahoo.com

GİRİŞ

Westfalya Barışı (1648) ile diplomaside modern çağın kapıları aralandı. Bu tarihten sonra Avrupa devletleri arasındaki problemler geniş katılımlı konferanslar yoluyla çözülmeye başlandı. Osmanlı Devleti, savaşlarda aldığı ezici galibiyetlerden sonra istediği şartları dayatabildiği anlaşmalar yapıyordu. Osmanlı yöneticileri, ilk olarak Zitvatoruk Anlaşması (1606) ile eşit taraflar olarak yürütülen görüşmeler çerçevesinde Avusturya'yla bir anlaşma yapmak zorunda kaldı. Karlofça Anlaşması'nın (1699) ortaya çıkış sürecinde, ağırlıklı olarak Batı diplomasi usullerine göre imzalanan protokol ve anlaşmalarla barış görüşmeleri yürütüldü. Osmanlı Devleti, burada eşitlik ilkesine göre hazırlanmış bir anlaşmayı kabul etmek durumunda kaldı. III. Selim döneminden itibaren uluslararası ilişkilerde denge politikası ve karşılıklı diplomasi ilkesi benimsendi. Avrupa devletleriyle ittifak anlaşmalarının yapılması, daimî elçiliklerin açılması, tayinat usulünün kaldırılması, elçilerin zorla yere diz çöktürülmesinden ve hapsedilmesinden vazgeçilmesi gibi uluslararası diplomasi kurallarına uyum sağlamaya yönelik adımlar atıldı. Bu süreçte gerekli bilginin kaynağı yine Avrupalı diplomatlar oldu. İlk daimî elçi Londra'ya gönderilmeden önce Reisülküttap Mehmed Raşid Efendi, İngiliz Elçisi Robert Ainslie ile bir araya gelerek elçi tayiniyle ilgili gerekli bilgileri öğrendi.¹

Fransa'nın Mısır'ı işgalinin ardından İngiltere ve Rusya ile ittifak anlaşması yapıldı. Sonuçta Fransa yenilgiye uğratarak Amiens Anlaşması ardından Osmanlı Devleti ve Fransa arasında Paris Anlaşması (1802) yapıldı. Burada Osmanlı'yı Mehmed Said Galib Efendi temsil etti.² Viyana Kongresi'nde (1815) ise Prens Klemens von Metternich, Osmanlı'nın da bir temsilci göndermesini talep ettiyse de anlaşmaya Osmanlı aleyhine maddeler koyulabileceğinden çekinildiği için II. Mahmud kongreye temsilci göndermedi.³

Rum meselesinde (1821) Avrupa devletleri konuyu uluslararası bir problem haline getirerek kendi aralarında konferanslar düzenlediler ve protokoller imzaladılar. Buna rağmen Osmanlı Devleti içişlerine müdahale gerekçesiyle bu kararları tanımak istemedi. II. Mahmud 1826 yılında elindeki tek düzenli ordu olan Yeniçeri Ocağı'nı kaldırdı. Bir yıl sonra Navarin Olayı (1827) ile Osmanlı donanması yakıldı. Ardından Osmanlı-Rus Savaşı (1828-1829) sonrası imzalanan Edirne Anlaşması'yla Rusya II. Mahmud'a Yunanistan'ın bağımsızlığını ve ağır bir tazminat ödemeyi kabul ettirdi. 1831 yılına gelindiğinde, Osmanlı Devleti iç meselelerini kendi çözemeyecek kadar zayıflamış durumdaydı. Avrupa güçler dengesinin bir unsuru olarak Osmanlı'nın iç meseleleri Avrupa'yı da ilgilendiriyordu. Bu tarihte, bağımsızlık hayalleri kuran Mısır Valisi Mehmed Ali Paşa harekete geçmeye karar verdi. Oğlu İbrahim Paşa önce Suriye'yi işgal ederek Konya'ya kadar ilerledi. İbrahim Paşa, Konya Savaşı'nda (21 Aralık 1832) Osmanlı ordusunu ağır bir yenilgiye uğratarak Sadrazam Mehmed Reşid Paşa'yı esir aldı. İbrahim Paşa'nın planı, önce Şehzade Abdülmecid'i padişahlığa getirip ardından Osmanlı tahtını ele geçirmektir. II. Mahmud, İngiltere ve Fransa'dan diplomatik ve

¹ Mehmet Alaaddin Yalçınkaya, "Sir Robert Ainslie'nin İstanbul Büyükelçiliği (1776-1794)", *Osmanlı Araştırmaları*, C. XXXI, 2008, s. 137-138; Selim Deringil, "II. Mahmud'un Dış Siyaseti ve Osmanlı Diplomasisi", *Sultan II. Mahmut ve Reformları Semineri, 28-30 Haziran 1989*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1990, s. 60-61; Ahmet Dönmez, "Osmanlı Devleti'nde Tek Taraflı Diplomasi Anlayışı ve Karşılıklı Diplomasiye Geçiş Süreci", *Osmanlı Diplomasi Tarihi: Kurumları ve Tatbiki*, ed. Mehmet Alaaddin Yalçınkaya-Uğur Kurtaran, Grafiker Yayınları, Ankara 2018, s. 151-162; Gül Akyılmaz, "III. Selim'in Dış Politika Anlayışı ve Diplomasi Reformu Çerçevesinde Batılılaşma Siyaseti", C. 12, *Türkler Ansiklopedisi*, ed. Hasan Celal Güzel-Kemal Çiçek, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 663 vd.

² Orhan Fuad Köprülü, "Mehmed Said Galib Paşa", *TDVİA*, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, s. 330; Dönmez, "Osmanlı Devleti'nde Tek Taraflı Diplomasi", s. 158.

³ Fahir Armaoğlu, *19. Yüzyıl Siyasî tarihi (1789-1914)*, TTK Yayınları, Ankara 1999, s. 97-98.

askerî yardım talep etti. Ancak beklediği olumlu yanıtı alamadı. Bunun üzerine Rusya'nın yardım teklifi kabul edildi ve Rus ordu ve donanması İstanbul'a geldi. Avrupa devletleri, özellikle de İngiltere, bundan sonra durumun ciddiyetini anladı ve meseleye müdahale kararı aldı. Kısa süre sonra Mısır valisine yaptıkları baskı sonuç verdi ve Kütahya Anlaşması (6 Mayıs 1833) yapıldı. Anlaşmayla Mısır, Suriye ve Girit valilikleri Mehmed Ali Paşa'ya, Cidde valiliği ve Adana muhassıllığı İbrahim Paşa'ya verildi. Rusya yardımının karşılığını Hünkâr İskelesi İttifak Anlaşması (8 Temmuz 1833) ile aldı. Osmanlı Devleti anlaşmanın gizli maddesiyle Boğazları Rusya'nın lehine açıp kapamayı kabul etti. Bu anlaşmayı İngiltere ve Fransa protesto ettiler.⁴

II. Mahmud, siyasi ve askerî krizlerin en yoğun olduğu bir dönemde bir yandan da hariciye teşkilatında reformlar gerçekleştirdi. Çünkü artık onun için “*diplomasi devleti kurtarabilecek tek ve son koz*”du. Bu bağlamda 1832 yılında daimî elçiliklerin tesisi süreci yeniden başlatıldıktan sonra Londra, Paris, Viyana ve Berlin'e gönderilen elçilerle giderek daha fazla Avrupa'da uygulanan uluslararası diplomasi kurallarına adapte olundu. Çok geçmeden Hariciye Nezareti (1836) kuruldu ve konsolosluklar açıldı. Hariciye Nezareti'nin kurulmasıyla Osmanlı dış politikasının ve diplomasinin yönetimi kısa süre içinde daha disiplinli, planlı ve Avrupa'daki uygulamalarla uyumlu hale getirildi.⁵ Özellikle ikili ilişkilerde ve anlaşma metinlerinde müteakabiliyet ilkesine dikkat edildi. Öyle ki İngiliz Elçisi Lord Stratford Canning, padişahın huzuruna çıktıktan sonra, Osmanlı sarayında elçi kabullerinde Avrupa'daki protokollerin neredeyse aynısının uygulandığını şaşkınlıkla rapor etti.⁶

II. Mahmud, iktidarı için bir tehdit oluşturan Mehmed Ali Paşa gibi bir güçten bir an önce kurtulmak istiyordu. Bunun için Rusya dâhil herhangi bir Avrupa devletiyle ittifak yapmak konusunda kararlıydı. 1833-1839 arasındaki yıllar özellikle İngiltere'nin bu konuda ikna edilmeye çalışılmasıyla geçti. İngiltere, Mısır valisinin saldırısına karşı padişaha koruma garantisi veriyor ve devletini güçlendirmesi için reformlar yapılmasını istiyordu. Ancak II. Mahmud kararlılığı neticesinde Balta Limanı Anlaşması'nın (1838) kabul etti. Mustafa Reşid Paşa, buna karşılık bir ittifak anlaşması yapılması için Londra'ya gönderildiyse de Dışişleri Bakanı Lord Palmerston ittifakı kabul etmedi. Sonunda padişah tek başına harekete geçmeye karar verdi. Osmanlı ordusu, Nizip Savaşı'nda (1839) Mısır'a karşı ağır bir yenilgi aldı ve hemen sonra II. Mahmud'un ölümüyle tahta Abdülmecid geçti. Mehmed Ali Paşa, savaştaki galibiyetinin karşılığını bir an önce almak istiyordu. Fakat Avrupa devletleri duruma el koyduklarını elçileri aracılığıyla Babiâli'ye bildirdiler (27 Temmuz 1839) ve kendileri olmadan Mısır valisiyle anlaşmaya gidilmemesini istediler. Bu sırada Avrupa devletleri, meseleyi uluslararası bir konferansta ele alma kararı verdi.⁷ Londra'da toplanacak konferansa Osmanlı Devleti'nin de bir temsilci göndermesi istendi. Bu amaçla Mehmed Şekib Efendi⁸ konferansta temsilci ve Londra elçisi olarak tayin edildi.

Osmanlı Devleti, o tarihe kadar Avrupa'da yürütülen konferans tipi görüşmelere katılma imkânı bulamamıştı. Londra Konferansı'na (1840) bir Osmanlı temsilcisinin bulunması ve bu sürecin her

⁴ Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, C. V, TTK Yayınları, Ankara 1947, s. 129-137; Şinasi Altundağ, *Kavalalı Mehmed Ali Paşa İsyanı-Mısır Meselesi 1831-1841*, TTK Yayınları, Ankara 1945, s. 46, 64-77, 96, 100, 115, 131, 150-151; Gül Akyılmaz, *Siyasi Tarih*, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 173-175; Armaoğlu, s. 206-209.

⁵ Gül Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı*, Tablet Yayınları, Konya 2000, s. 166-169; Deringil, s. 62; Ahmet Dönmez, “Karşılıklı Diplomasiye Geçiş Sürecinde Osmanlı Daimî Elçiliklerinin Avrupa'da Yeniden Tesisi (1832-1841)”, *Fahir Armaoğlu Armağanı*, ed. Ersin Embel, TTK Yayınları, Ankara 2008, s. 166 vd.

⁶ Canning, 1810'da elçilik itimatnamesini teslim etmek için II. Mahmud'un huzuruna çıktığında muhtemelen bu muameleyle karşı karşıya kalmıştır. 1826 yılında ikinci kez elçi tayininde kılıcını da çıkarmayı reddederek kuralarla aykırı bir şekilde huzura çıkmıştır. TNA, FO, 78/209, no. 18, Canning'ten Palmerston'a, 17 Mart 1832.

⁷ Karal, s. 140-142, 197; Armaoğlu, s. 211-212; Uçarol, s. 177; Akyılmaz, *Siyasi*, s. 176-177.

⁸ Mehmed Şekib Efendi, 1854 yılında paşa unvanı almıştır. Mehmed Süreyya, *Sicil-i Osmani, Osmanlı Ünlüleri*, yay. haz. Nuri Aybazar, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 1996, s. 1574.

aşamasında Batı diplomasi ve hukuk kurallarına uygun hareket edilmesi, Osmanlı Devleti'ne giderek daha fazla uluslararası hukuka uygun diplomasi kurallarına adapte olma imkânı sağlayacaktı. Bu kapsamda Londra Boğazlar Sözleşmesi'nin (1841) yine bir Osmanlı temsilcisinin katılımıyla imzalanması söz konusu uyum sürecini ileri bir aşamaya taşıyacaktı.

Mısır meselesinin çözüm sürecinde ortaya çıkan gelişmeler, Deringil'in ifadesiyle, Osmanlı Devleti'nin "*kendine ve dünyaya bakış açısında*" önemli değişimlere sebep olacaktı. Osmanlı, "*artık kendini Avrupa devletler sistemi içinde görmeye mahkum*" hale gelecekti.⁹

Bu çalışmada, Mısır meselesi için toplanan Londra Konferansı'nda ve Londra Boğazlar Sözleşmesi görüşmelerinde Mehmed Şekib Efendi'nin Osmanlı temsilcisi ve Londra elçisi olarak sürdürdüğü faaliyetler Osmanlı ve İngiliz arşiv kaynakları kullanılarak ortaya koyulacaktır. Mehmed Şekib Efendi'nin konferans sırasında nasıl davranması gerektiği, notaların ve protokollerin hazırlanmasında dikkat edilecek hususlar, konferansta yapacağı konuşmalar gibi konularda aldığı yardımlarla Avrupalı diplomatların adeta öğretici bir rehber rolü üstlendiği gelişmeler açıklanacaktır. Tüm bu sürecin Osmanlı Devleti'nin devletlerarası hukuka ve Avrupa diplomasisine uyum sürecinde etkisi sorgulanacaktır.

1. Mehmed Şekib Efendi'nin Elçi Tayini ve Konferansta Görevlendirilmesi

Mehmed Şekib Efendi, 1810¹⁰ yılında İstanbul'da doğdu. Ebezade Mustafa Bey'in Hazine-darı Mehmed Nuri Ağa'nın oğludur. Divan-ı Hümayun kalemine girdikten sonra halifelğe kadar yükseldi. Salyane mukataacılığı (1831) yaptı. Petersburg'a özel elçi olarak gönderilen Ahmed Fevzi Paşa'nın maiyetinde birinci kâtip olarak (1833) görev aldı. Kütahya görüşmelerinde, Mısır meselesiyle ilgili geniş bilgiye sahip olması sebebiyle, Mustafa Reşid Paşa'nın maiyetinde bulundu. Yunan hükümetiyle sınır anlaşmazlığı ve Müslümanlara ait mülkler konusunda görüşmeleri yürütmek üzere (1834) görevlendirildi. Fakat görüşmelerden sonuç alınamaması üzerine geri çağrıldı. Daha sonra amedcilik görevine (1837) atandı. Buradan maruzat-ı dâhiliye kitabetine (1838) geçti. Ardından beylikçiliğe (1839) getirildi.¹¹

Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığı ve bütünlüğü, Mısır Valisi Mehmed Ali Paşa'ya karşı Nizip Savaşı'nda (1839) alınan mağlubiyetle birlikte tehlikeye girdi. İngiltere'nin başını çektiği Avrupa devletleri Mısır meselesini çözüme kavuşturmak için Londra'da toplanma kararı aldı.

Bu sırada İngiltere, Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü koruma politikasını yürütüyordu. Bu politika çerçevesinde, Kütahya Anlaşması ile kurulan statükoyu kimsenin bozmasına izin vermek istemiyordu. Fransa, uzun zamandır Mehmed Ali Paşa'yı destekliyordu. Mısır valisinin yönetim alanını genişletmesi ve kendi himayesinde bağımsız bir devlete dönüşmesini arzuluyordu. Avusturya, Osmanlı'nın toprak bütünlüğüne ve bağımsızlığına önem veriyordu. Özellikle Mısır meselesi yüzünden Rusya ve İngiltere-Fransa arasında bir savaş çıkmasını önlemek istiyordu.

⁹ Deringil, s. 66.

¹⁰ Mehmed Şekib Efendi'nin doğum tarihi kaynaklarda net olarak tespit edilememektedir. Ulaşılan en tutarlı bilgi Hicri 1225 (1810/1811) yılında doğmuş olduğu yönündedir. <https://www.eyupsultan.bel.tr/tr/main/pages/sekib-mehmet-pasa/1282>, 28.10.2023.

¹¹ *Takvim-i Vekayi*, no. 85, 03 Temmuz 1834; Ahmet Lütfi Efendi, *Vak'anüvis Ahmet Lütfi Efendi Tarihi*, C. IV-V-VI, yeni yazıya aktaran. Yücel Demirel, YKY, İstanbul 1999, s. 724, 782, 917, 922, 1049; Mehmed Süreyya, s. 1574; Mehmet Alaaddin Yalçınkaya, "Şekib Paşa", *Yaşamları ve Yapıtlarıyla Osmanlılar Ansiklopedisi*, C. II, yay. yönt. Ekrem Çakıroğlu, YKY, İstanbul 1999, s. 578-579; Ali Fuad Türkgeldi, *Maruf Simalar*, haz. Selçuk Akşin Somel-Mehmet Kalpaklı, TTK Yayınları, Ankara 2013, s. 188; <https://www.eyupsultan.bel.tr/tr/main/pages/sekib-mehmet-pasa/1282>, 28.10.2023. Yunan sınır anlaşmazlığıyla ilgili görüşmelerin fazlasıyla uzaması ardından Mehmed Şekib Efendi İstanbul'a çağırılmış ve yerine Maliye Tezkerecisi Kuddisi Efendi ve Said Efendi görevlendirilmiştir. BOA, HAT, no. 33014. B, 1836; BOA, HAT, no. 34086. B, 21 Nisan 1836.

Prusya, dış politikada Avusturya ile birlikte hareket ediyordu. Rusya ise 1829 yılında başlattığı Osmanlı Devleti'ni himaye politikasını bu krizi fırsat olarak değerlendirerek ilerletmeyi amaçlıyordu. Padişahı ve Babıâli'yi kontrolü altına alarak ve reformları engelleyerek Osmanlı Devleti'ni mümkün olduğunca zayıf tutmaya çalışıyordu. Bu sayede ileride bir Avrupa devleti ile anlaşarak Osmanlı topraklarını paylaşmayı amaçlıyordu.¹²

İngiltere Dışişleri Bakanı Palmerston, Mustafa Reşid Paşa'ya gönderdiği yazıda, Rusya, Avusturya ve Prusya'nın müttefik olarak birleştiğini, Fransa'nın da bu ittifaka katılma ihtimalinin olduğunu bildirdi. Bu devletler Londra'ya birer temsilci gönderiyordu. Osmanlı Devleti'nin de temsilci göndermesi isteniyordu. Ayrıca görüşmelerde gecikme olmaması için, Osmanlı temsilcisi Londra'ya ulaşana kadar, Paris Elçisi Mehmed Nuri Efendi'nin geçici olarak konferansa katılması talep ediliyordu. Babıâli'de yapılan toplantıda, Beylikçi Mehmed Şekib Efendi, Londra Konferansı'nda temsilci olarak belirlendi. Ayrıca büyükelçilik ve hariciye müsteşarlığı rütbesi verilerek Londra elçiliğine tayin edildi. Mehmed Nuri Efendi, geçici olarak konferansta Osmanlı'yı temsil edecekti. Kendisine verilen talimata göre Mehmed Nuri Efendi, “*şan ve namus ve ikbal ve istiklal-i Devlet-i 'Aliye'nin muhafazasıyla beraber*” meselenin çözümü için çaba harcayan İngiltere ve Avusturya temsilcilerine güvenmeliydi. Fakat Osmanlı aleyhine bazı maddeleri kabul ettirmek isteyebileceğinden Rusya'ya karşı dikkatli olmalıydı. Babıâli'den izin almadıkça hiçbir belgeyi imzalamamalıydı. Kısa süre sonra Mehmed Nuri Efendi Londra'ya gitti. Palmerston'un talebiyle Avrupa devletlerinin temsilcilerine Mısır meselesinin başlangıcından o güne kadar geçenleri açıklayan bir yazı sundu. Bu yazıda, Mısır valisinin yaptıklarının Osmanlı Devleti'ne son derece zarar verdiğini, belki de II. Mahmud'un vefatına sebep olduğunu belirtti. Babıâli'ye verdikleri nota (27 Temmuz) gereğince, temsilcilerden bu meseleyi acilen çözmelerini istedi. Buna karşılık dört devletin temsilcileri ise meselenin çözümüne hazır olduklarını bildirdiler. Fakat Fransa Temsilcisi Gizzo kesin bir cevap vermek istemedi. Gizzo, meseleyi sürüncemede bırakarak sonuç alınmasını zorlaştırmaya çalışıyordu. Bunun üzerine Osmanlı temsilcisi, Palmerston'a yeniden bir yazı göndererek Mısır meselesinin çözümü için ne yapılacaksa bunun bir an önce ortaya konulmasını istedi. Babıâli'den Londra'ya gönderilen talimatta ise Gizzo'nun konferansta bir Mısır temsilcisinin de bulunmasını talep edebileceği, bunun kesinlikle reddedilmesi gerektiği bildirildi.¹³

Bu sırada Hariciye Nazırı Mustafa Reşid Paşa, Mehmed Şekib Efendi'nin bir an önce Londra'ya gitmesini istiyordu. Çünkü Mehmed Nuri Efendi'ye güvenmiyordu. İngiliz Elçisi Lord Ponsonby, Paris'ten aldığı bir istihbaratta, Mehmed Nuri Efendi'nin Mehmet Ali Paşa'ya karşı askerî tedbirlerin alınmasının işe yaramayacağını, anlaşma yoluyla barış sağlanırsa Mısır valisinin padişaha sadık bir vali olacağını söylediğini tespit etmişti. Mustafa Reşid Paşa, bunu İngiliz elçisinden öğrenince çok sinirlendi. Bir Osmanlı elçisinin Fransa'nın savlarını destekleyen böyle ifadelerde bulunamayacağını söyleyerek onun için, “*Bir hain bile bundan daha fazlasını yapamazdı...Nuri tam bir aptal, derhal geri çağrılacak.*” ifadesini kullandı. Mustafa Reşid Paşa, Mehmed Şekib Efendi'ye Palmerston'un talep ettiği şekilde bir talimat verildiğini ifade etti ve “*O, iyi biri ve görevinde başarılı olacak.*” dedi.¹⁴

¹² Rifat Uçarol, *Siyasi Tarih 1789-2001*, DR Yayınları, İstanbul 2008, s. 171-172; Armaoğlu, s. 200-201.

¹³ BOA, HAT, no. 48233, 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 36, 25 Şubat 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 39, lef. 1; BOA, İ.MTZ(05), no. 39, 21 Şubat 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 47, 17 Mart 1840; BOA, İ.HR, no. 107, 25 Şubat 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 58, lef. 1, 13 Nisan 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 65, lef. 2; *Takvim-i Vekayi*, no. 196, 27 Mart 1840; Ahmet Dönmez, *Karşılıklı Diplomasiye Geçiş Sürecinde Osmanlı Daimî Elçiliklerinin Avrupa'da Yeniden Tesisi (1832-1841)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006, s. 137-139; Türkgeldi, s. 189; Muhammed Hanefi Kutluoğlu, *Egyptian Question 1831-1841*, Eren Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 156.

¹⁴ “*A traitor could not do more... Nouri is a fool and shall be immediately recalled.*”, “*was a good man and would do well*”. TNA, FO, 78/393, no. 86, Ponsonby'den Palmerston'a, 25 Nisan 1840.

Mehmed Şekib Efendi'ye verilen talimatta, Londra'ya daimî elçi olarak tayin edildiği ve kendisine Londra Konferansı'nda Osmanlı Devleti'ni temsil ve imza yetkisi verildiği belirtiliyordu. Ayrıca kraliçenin evliliğini tebrike dair name-i hümayunu teslim edecekti. Kendisine verilen talimatnamede ise ayrıntılı olarak Mısır meselesiyle ilgili toplanan konferansta yapması gerekenler izah edildi. Konferansta İngiltere ve Avusturya'nın Osmanlı lehine hareket etmesinin beklendiği, Fransa'nın anlaşmaya itiraz etmesinin mümkün olduğu ve bu durumda diğer dört devlet bir anlaşma metni üzerinde anlaşsra onlara uyması uyarısı yapıldı. Ayrıca Rusya'nın anlaşmaya kendi çıkarları için maddeler koydurmaya çalışabileceği bu takdirde Avusturya temsilcisiyle birlikte hareket ederek bunu engellemesi gerektiği açıklandı. Avusturya elçisine de devleti tarafından bu konuda bilgi verildi.¹⁵

Bu sırada Mehmed Şekib Efendi Londra yolculuğu için hazırlıklarını tamamladı. Kendisine elçiliği ve kraliçenin evliliğini tebrike dair name-i hümayunlar ve konferansta Osmanlı'yı temsil edeceğine dair yetki yazısı verildi. Londra elçiliği başkâtipliğine "*erbab-ı danış ve liyakatten ve lisana aşina*" olduğu için Tercüme Odası'ndan Mütercim-i Evvel Mehmed Fuad Bey¹⁶ tayin edildi. Kendisi Fransızca bildiği için tercümanlık vazifesini de yerine getirecekti. Mehmed Şekib Efendi, II. Mahmud'un huzuruna çıktı. Ardından Londra'ya doğru bir Fransız yolcu vapuruyla (20 Mart) hareket etti. Malta'da karantina süresini tamamlayan Osmanlı elçisi Paris'e (4 Mayıs) ulaştı. Öncelikle Fransa Dışişleri Bakanı Adolphe Thiers'i ziyaret etti. Thiers, konferansta temsilci olarak kendisine yetki verilip verilmediğini sordu. Osmanlı elçisi, bu konuda görevlendirildiğini ve aynı zamanda daimî elçi olarak Londra elçiliğine tayin edildiğini söyledi. Fransa, Mehmed Ali Paşa'yı destekliyordu ve Mısır valisinin kazandığı zaferin karşılığı olarak doğrudan padişahla bir anlaşma yapılmasını istiyordu. Thiers, Mehmed Şekib Efendi'ye karşı sert davranarak Avrupa devletlerinin vaatlerine güvenmemeleri gerektiğini, Mısır'da Mehmed Ali Paşa'ya müdahalenin zor olduğunu, Rusya ve diğer devletlerinin asker ve donanma gönderme sözlerine inanılmaması gerektiğini Mehmed Ali Paşa ile anlaşma yapmanın en doğru yol olduğunu söyledi. Mehmed Şekib Efendi, Thiers'ten Mehmed Ali Paşa'nın Osmanlı'nın istediği şekilde bir anlaşmayı kabul edeceğine dair bir garanti istedi. Ancak Thiers buna söz veremeyeceklerini ifade etti. Mehmed Şekib Efendi ardından Fransa Kralı Louis Philippe'le görüştü.¹⁷

2. Mehmed Şekib Efendi'nin Göreve Başlaması ve Faaliyetleri

Mehmed Şekib Efendi, bir süre sonra Londra'ya (24 Mayıs) ulaştı.¹⁸ Burada maslahatgüzar vekili olarak görev yapan Tercüman Agob onu karşıladı. Bu sırada yaz gelmiş ve Londra'daki görüşmelere ara verilmişti. Kraliçe Viktorya, Palmerston ve diğer devlet adamları Londra dışındaydı. Bir süre sonra Mehmed Şekib Efendi, name-i hümayunları teslim etmek istediğine dair bir yazıyı Palmerston'a gönderdi. Osmanlı elçisi, Londra dışında bulunan Winsdor Sarayı'na davet edildi. Mehmed Şekib Efendi, burada name-i hümayunları kraliçeye teslim etti ve görevine resmi olarak başladı. Ardından Palmerston ile Mısır konusunda görüştiler. Mehmed Şekib Efendi'nin gelmesiyle Mehmed Nuri Efendi'nin Londra'daki görevi sona ermiş oldu ve Paris'e döndü. Konferansta o güne kadar Osmanlı'yı temsil eden Mehmed Nuri Efendi Fransa kralıyla görüştü. Kral, Osmanlı Devleti'yle Fransa'nın dostluk ilişkilerinin çok eskiye dayandığını, ancak Osmanlı'nın kendilerinden uzaklaşarak yeni dostlar bulduğunu söyledi. Mehmed Nuri Efendi ilişkilerin daha da gerilmemesi için sert bir

¹⁵ Türkgeldi, s. 212-215.

¹⁶ Keçecizade Mehmed Fuad Paşa.

¹⁷ TNA, FO, 78/393, no. 63, Ponsonby'den Palmerston'a, 31 Mart 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 65, lef. 1, 13 Mayıs 1840; BOA, İ.HR, no. 132G, 13 Mart 1840; BOA, İ.HR, no. 132İ, 15 Mart 1840; BOA, İ.MTZ(05), no. 65, 16 Haziran 1840; *Takvim-i Vekayi*, no. 196, 27 Mart 1840; Dönmez, *Karşılıklı Diplomasiye*, s. 139-140.

¹⁸ TNA, FO, 78/418, Mehmed Nuri Efendi'den Palmerston'a, 24 Mayıs 1840.

cevap vermektan çekindi ve dostluğun devam ettiğini ve Mısır valisine karşı desteklerini beklendiğini söyledi.¹⁹

Bir süre sonra Londra'da konferans görüşmeleri yeniden başladı. Mehmed Nuri Efendi daha önce temsilcilere nota²⁰ vererek Osmanlı Devleti'ne olan sözlerini tutmalarını (7 Nisan) istemişti.²¹ Mehmed Şekib Efendi Londra'ya geldikten kısa süre sonra Babiâli'den bir an önce anlaşma yapılması için baskı uygulaması yönünde bir talimat aldı. Buna karşın Palmerston ve Baron Brunnow Osmanlı elçisine acele etmemesini tavsiye etti. Ancak Avusturya Temsilcisi Neumann aynı fikirde değildi. Gerekirse Osmanlı'nın daha fazla tavizle tüm Suriye'nin yönetimini Mehmed Ali Paşa'ya vermesini tavsiye etti. Bunun üzerine Mehmed Şekib Efendi önceki talepleri tekrarlayan ve taslağını Neumann'ın hazırladığı yeni bir nota²² (31 Mayıs) verdi. Notada, Mısır meselesinin bir an çözülmesinin Osmanlı Devleti için her geçen gün daha acil bir mesele olduğu vurgulanarak, Avrupa devletlerinden daha fazla çaba göstererek bir an önce sonuca varmaları talep ediliyordu. Bu nota, Mısır meselesine müdahale edilmesinde daha fazla gecikmenin tehlikeli olabileceği konusunda Avrupa devletleri temsilcilerini ikna etti. Rus Temsilcisi Baron Brunnow'a da I. Nikola'nın acele edilmesine yönelik talimatı geldikten sonra Palmerston görüşmelere hız verdi. Bir süre sonra Londra'da Mısır valisine önerilecek anlaşma için bir taslak ortaya çıktı. Mehmed Şekib Efendi altı maddeden oluşan bir anlaşma taslağını Babiâli'ye gönderdi. Avrupa devletlerinin üzerinde anlaştığı maddeler II. Mahmud'un onayından sonra resmileşecekti. Anlaşma önündeki en büyük engel Fransa'ydı. Palmerston Fransa olmadan anlaşmayı yapmak istedi; ancak İngiliz Parlamentosu bunu kabul etmedi. Bunun üzerine Palmerston istifa edeceğini söyledi. Aynı günlerde Mehmed Hüsrev Paşa'nın sadrazamlıktan azledildiği haberi Londra'ya ulaştı. Mehmed Hüsrev Paşa'nın azledilmesi Mehmet Ali Paşa'yı harekete geçirmiş ve Sami Bey'i İstanbul'a göndermişti. Valide Sultan'ın kendisine sempati duyduğunu biliyordu. Osmanlı donanmasını geri vermek şartıyla elindeki toprakların kendine verilmesini talep etti. Mısır valisi, padişahla doğrudan anlaşma yapmak istiyordu. Bu durumu gören Ponsonby Babiâli'ye müdahale etti. Mısır valisinin teklifi (12 Temmuz) böylece reddedildi. Londra'da uzun süren görüşmelerden sonra nihayet 15 Temmuz 1840'da Mısır meselesiyle ilgili bir protokol imzalandı. Ancak Mısır valisini destekleyen Fransa, Londra Anlaşması'nın dışında kaldı. Paris gazeteleri, Palmerston'u Fransa'ya haber vermeden anlaşmayı imzaladığı ve Fransa Dışişleri Bakanı François Guizot'u kandırdığı yönünde suçladı. Herkes Fransa ile İngiltere arasında bir savaş çıkmasından endişe ediyordu. Avrupa elçileri bu anlaşma hükümlerini²³ Babiâli'ye 27 Temmuz'da bildirdiler. Buna göre Mısır valisi, 10 gün içinde teklifi kabul ederse Mısır valiliği babadan oğula geçmek üzere, Akka ve Güney Suriye valiliği hayat boyu Mehmed Ali Paşa'ya verilecekti. 10 günlük süre içinde anlaşmayı kabul etmezse sadece Mısır verilecek, 10 gün daha geçerse hepsi elinden alınacaktı. Ayrıca Mısır valisi, Osmanlı

¹⁹ TNA, FO, 78/418, Mehmed Şekib Efendi'den Palmerston'a, 03 Ağustos 1840; TNA, FO, 78/418, 16 Ağustos 1840; BOA, İ.HR, no. 312, lef.1, 25 Ağustos 1840; BOA, İ.HR, no. 289, 27 Ağustos 1840; BOA, İ.HR, no. 309, 28 Ağustos 1840; BOA, İ.HR, no. 443, 22 Haziran 1840. Dönmez, *Karşılıklı Diplomasiye*, s. 140; Charles Webster, *The Foreign Policy of Palmerston 1830-1841(Britain, the Liberal Movement and the Eastern Question)*, C. II, G. Bell&Sons Ltd, London 1951, s. 684. Kraliçe Viktorya'nın Mehmed Şekib Efendi'nin elçiliğe atanmasıyla ilgili name-i hümayuna cevabı için bk. TNA, FO, 195/162, no. 85, Ponsonby'den Palmerston'a, 13 Haziran 1840.

²⁰ Bu notada II. Mahmud, Mehmed Ali Paşa'nın işgal ettiği yerlerden çekilmesini, Mısır valiliğine devam etmesini ve Osmanlı donanmasını iade etmesini talep etmiştir. F. Stanley Rodkey, *The Turco-Egyptian Question in the Relations England, Fransa and Russia (1832-1841)*, The University of Illinois Press, Urbana 1924, s. 141; Cemal Tukin, *Boğazlar Meselesi*, Pan Yayınları. İstanbul 1999, s. 273.

²¹ TNA, FO, 78/418, 07 Nisan 1840; TNA, FO, 78/418, Palmerston'dan Mehmed Nuri Efendi'ye, 11 Nisan 1840.

²² TNA, FO, 78/418, Mehmed Şekib Efendi'den Palmerston'a, 31 Mayıs 1840.

²³ Londra Anlaşması'nın tam metni için bk. Nihat Erim, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri: Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları*, C. I, Ankara 1953, s. 303-308.

donanmasını 20 gün içinde iade edecekti.²⁴

Palmerston, İstanbul'daki elçilerine yazdığı mektupta Mehmed Ali Paşa'nın tekliflerini kabul etmemelerini arzu ettiğini yazdı. Aynı mektupta Osmanlı elçisinin davranışlarını takdir ettiğini gösterir bir şekilde onun hakkında “*Şekib, bir Mehmed Ali destekçisi değil. İngiliz hükümetinin kararını öğrendiğinde ve anlaşmayı imzalamaya geldiğinde onun kadar mutlu birini görmedim.*” ifadelerini kullandı.²⁵

Bir süre sonra protokolün taraf ülke temsilcilerince onaylanması (15 Ağustos) gerçekleşti. Palmerston, Mehmed Şekib Efendi'den protokolün padişah tarafından onaylanmış suretinin bir an önce Londra'ya gönderilmesi gerektiğini söyledi. Ponsonby'ye de protokolün kopyası gönderilerek, ondan bu konuda acele etmeleri gerektiği konusunda Babiâli'ye baskı yapması istendi.²⁶ İngiliz Dışişleri Bakanlığı'nca Babiâli'ye gönderilen yazıda, protokolün onaylı suretinin nasıl hazırlanması gerektiği ayrıntılı bir şekilde açıklanarak Avrupa devletler hukuku kurallarına uygun şekilde hareket edilmesine yardım edildi.

Bu protokol, İstanbul'a ulaştıktan sonra daha önce de Mısır'a gönderilmiş olan Sadık Rıfat Paşa protokolü Mehmed Ali Paşa'ya tebliğle görevlendirildi. Sadık Rıfat Paşa, Mısır'a giderek Mehmed Ali Paşa'yı anlaşmayı sundu. Ancak Mısır valisi şartları kabul etmedi. Bu şekilde 20 gün süre dolunca operasyon için hazırlanan Avrupa devletleri harekete geçme kararı verdiler.²⁷

Bu sırada Mehmed Şekib Efendi, Kraliçe Viktorya'nın saraydaki yemeğine davet edildi. Burada Osmanlı elçisi, kraliçeye desteklerinden ve parlamentodaki konuşmalarından dolayı teşekkür etti. Mehmed Şekib Efendi padişahın kızının doğumuyla ilgili name-i hümayunu da kraliçeye teslim etti. Ardından Mısır meselesiyle ilgili gelişmeler konusunda Palmerston'la bir görüşme gerçekleştirdi. Mısır'a İngiliz donanmasının bir an önce gönderilmesini istedi. Bundan sonraki günlerde Palmerston, Osmanlı elçisine operasyonla ilgili bilgiler vererek Fransa'nın Mısır valisine fiili olarak desteğinin söz konusu olamayacağını bildirdi.²⁸ Palmerston, aslında tüm Suriye'yi Mısır valisinin elinden almak istiyordu. Mehmed Şekib Efendi'nin çalışmalarında da o, “*iyi ve dürüst bir Türk.*” ifadesini kullanacak kadar memnundu.²⁹

Mısır valisine karşı operasyon hazırlıkları eylül ayında tamamlandı. İngiliz general ve subayları bu iş için görevlendirildi. İngiliz donanmasının Beyrut'u bombalaması ve Osmanlı ordusunun kıyıya çıkmasıyla harekât (11 Eylül) başladı. İngiliz Donanması Komutanı Amiral Stanford, Palmerston'un

²⁴ TNA, FO, 195/162, no. 98, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 09 Temmuz 1840; Sergey Goryanof, *Rus Arşiv Belgelerine Göre Boğazlar ve Şark Meselesi*, çev. Macar İskender-Ali Reşad, yeni yazıya aktaran. Ali Ahmetbeyoğlu-İshak Keskin, Ötügen Yayınları, İstanbul 2006, s. 136; Matthew Smith Anderson, *Doğu Sorunu*, çev. İdil Eser, YKY, İstanbul 2001, s. 118-119; Harold Temperly-Lillian M. Penson, *Foundations of British Foreign Policy- From Pitt (1792) to Salisbury (1902)*, Frank Cass & Co. LTD., London 1966, s. 122; R. Garnett, “A Letter by Lord Palmerston on the Egyptian Question of 1840”, *The English Historical Review*, S. 18, No. 69, s. 125; Rodkey, s. 150, 153, 157-158, 161-163; Uçarol, s. 200; Armaoğlu, s. 213-214; Karal, s. 198-199; Kutluoğlu, s. 156-157, 161; Webster, s. 684.

²⁵ “*Shekib Effendi is not Mehmet's partisan. I never saw any body so unaffectedly happy as he was when he learnt the decision of the English Government, and when he came to sign the Convention*”. GB-0033-GRE-E, no. 481/9/43-45, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 25 Temmuz 1840.

²⁶ TNA, FO, 195/163, no. 176, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 15 Eylül 1840.

²⁷ TNA, FO, 195/162, no. 98, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 15 Ağustos 1840; Ahmet Lütfi Efendi, C. VI, s. 1060; Kutluoğlu, s. 163.

²⁸ TNA, FO, 195/163, no. 177, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 15 Eylül 1840; BOA, İ.HR, no. 6/312, 27 Eylül 1840; Onur Üstüncan, *Tanzimat Bürokrati Şekib Efendi*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2009, s. 61-62, 67.

²⁹ GB-0033-GRE-E, no. 481/9/62, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 03 Eylül 1840.

talimatıyla Mısır ve Suriye arasındaki bağlantıyı kesti. İbrahim Paşa kuvvetlerine karşı kısa sürede üstünlük kazanıldı ve Beyrut ele geçirildi. İbrahim Paşa çok geçmeden Akka'yı da (4 Kasım) kaybetti. Palmerston, Mısır valiliğinin de Mehmed Ali Paşa'nın elinden alınmasını istiyordu. Ancak diğer devletler bu fikre sıcak bakmadılar.³⁰

Mısır valisine karşı operasyonda İbrahim Paşa güçlerine karşı Suriye'de alınan galibiyet Londra'da büyük bir memnuniyet uyandırdı. Ancak İstanbul'dan gelen haberlere göre Fransız elçisi ve adamları Mustafa Reşid Paşa'ya Mısır valisi lehine karar alması için baskı yapıyordu. Palmerston Mehmed Şekib Efendi'den Mustafa Reşid Paşa'ya bunun çok zararlı olacağını ve etrafındaki Fransızlardan bir an önce kurtulması gerektiğini söylemesini istedi.³¹

Operasyon sırasında İngiltere, Osmanlı ordusunun kullanması için başlangıçta beş bin silah takımı verdi. İlerleyen günlerde bunun sayısı 15 bine çıktı. Mehmed Şekib Efendi İngiltere Dışişleri Bakanlığı'na sunduğu yazıyla bu silahların parasının ödeneceğini beyan etti.³² Bu sırada Akka eyaleti paşalığı ve Beriyyetüşşam seraskerliği verilerek Suriye'nin operasyonunda Osmanlı kuvvetlerinin başına getirilen İzzet Mehmed Paşa'nın halka zulmettiği yönünde bilgiler geliyordu. Bu konuda Ponsonby de Babiâli'ye onun görevden alınması için talepte bulunmuştu. Mehmed Şekib Efendi ile Palmerston bu konuda görüştüler. Osmanlı elçisi dışişleri bakanından, bu meseleyi doğrudan Mustafa Reşid Paşa'ya yazmasını istedi. Palmerston da İzzet Mehmed Paşa'nın görevden alınmasının gerekli olduğunu düşünüyordu.³³ Çok geçmeden İzzet Mehmed Paşa Edirne valiliğine atandı.³⁴

O günlerde Suriye'de alınan galibiyetlerin ardından yapılacak anlaşma konusu gündemdeydi. Mehmed Şekib Efendi, Mehmed Fuad Efendi'yi Mehmed Ali Paşa'yı anlaşmaya çağıran bir mesajla İskenderiye'ye göndermek istedi. Ancak Palmerston bu fikri beğenmedi ve olumsuz sonuçları olabileceğini ifade etti.³⁵ Bu yüzden bu fikrinden vazgeçti.

Bu sırada İngiliz Donanması İkinci Komutanı Amiral Napier, Mehmed Ali Paşa ile Mısır valiliğinin miras yoluyla kendisine verilmesi ve Osmanlı donanmasının iadesi üzerine İskenderiye Sözleşmesi'ni (27 Kasım) yaptı. Palmerston, diğer devletlerin tutumunu da göz önünde bulundurarak bu anlaşma koşullarına sıcak baktı.³⁶

Mısır meselesinin çözümüne yaklaşıldığı bir dönemde, Londra'da da yılbaşının yakın olması sebebiyle tatil ortamına girilmişti. Mehmed Şekib Efendi, bir süredir devam eden sağlık sorunları sebebiyle Paris'e gitmek istiyordu. Yanında Osmanlı Konsolosu Zohrab olduğu halde Palmerston'un yanına (10 Aralık) gitti. Doktorunun hava değişikliği tavsiye ettiğini, Mehmed Fuad Efendi'nin tercümanlığını yapması sebebiyle onunla birlikte üç hafta kadar Paris'e gideceğini, Konsolos

³⁰ Ahmet Dönmez, *Osmanlı Modernleşmesinde İngiliz Etkisi: Diplomasi ve Reform (1833-1841)*, Kitap Yayınevi, İstanbul 2014, s. 292-297.

³¹ GB-0033-GRE-E, no. 481/10/17, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 23 Ekim 1840.

³² TNA, FO, 195/165, no. 225, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 05 Kasım 1840; TNA, FO, 195/165, no. 225, ek. 1, Mehmed Şekib Efendi'den Palmerston'a, 29 Ekim 1840.

³³ GB-0033-GRE-E, no. 481/10/38-39, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 14 Kasım 1840.

³⁴ İzzet Mehmed Paşa, o sırada yaralandığı için görevini devam edememiştir. Cevdet Küçük, "İzzet Mehmed Paşa", *TDVİA*, C. 23, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, s. 559. İngiliz Elçisi Ponsonby, İzzet Mehmed Paşa'dan sonra Şam Valisi Mehmed Necib Paşa'nın da görevden alınması için talepte bulunmuştur. Aksi takdirde Osmanlı'ya karşı bölgede bir isyanın çıkabileceği uyarısını yapmıştır. Palmerston, bu konuda Mehmed Şekib Efendi'ye baskı yapmıştır. TNA, FO, 78/434, no. 191, Ponsonby'den Palmerston'a, 08 Haziran 1841; TNA, FO, 195/183, no. 163, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 03 Temmuz 1841; TNA, FO, 78/436, no. 240, Ponsonby'den Palmerston'a, 18 Temmuz 1841.

³⁵ GB-0033-GRE-E, no. 481/10/43, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 15 Kasım 1840.

³⁶ *John Bull*, no. 1047, 02 Ocak 1841; TNA, FO, 78/399, no. 284, Ponsonby'den Palmerston'a, 08 Aralık 1840; Dönmez, *Osmanlı Modernleşmesinde*, s. 297.

Zohrab'ın da yerine maslahatgüzar olarak kalacağını söyledi.³⁷ Palmerston, buna karşı çıkararak Mısır meselesiyle ilgili kritik bir dönemde Londra'yı terk etmesinin doğru olmayacağını, yeniden bir toplantının gerekli olabileceğini, üstelik Paris'e gitmesinin bazı politik sebepleri olabileceğinden şüphelenileceğini, eğer hava değişimi gerekirse Brington'a gitmesini tavsiye ettiğini ifade etti. Buna karşılık Osmanlı elçisi, Londra'nın sisli ve nemli atmosferinin kendisini hasta ettiğini, geceleri uyuyamadığını ve yemek yiyemediğini, doktorunun şiddetle hava değişikliği tavsiye ettiğini söyledi. Ayrıca Paris'te Fransız devlet adamları dâhil kimseyle politika bir görüşme yapmayacağına, hatta belki Mehmed Nuri Efendi ile bile görüşmeyeceğine dair garanti verdi. Palmerston en azından Paris'teki elçileri Lord Granville ile irtibatla olmasını ani bir gelişme sonrası toplantı yapılması gerekirse Londra'ya gelmesi için haber göndereceğini söyledi. Mehmed Şekib Efendi her zaman Paris'te olmayacağını, Paris yakınlarında eğitim gören kardeşini³⁸ ziyaret edeceğini söyledi. Dışişleri bakanı, Osmanlı elçisinin bu ısrarını son derece şüpheli buldu. Gerçekten sağlık sebebiyle ayrılması gerekse İngiltere'de başka bir şehre gidebileceğini niçin Paris'te ısrar ettiğini anlayamadı. Bu seyahati için padişahın izin almış olması gerektiğini, bu durumu araştırmasını Ponsonby'den istedi. Bir süre sonra Mehmed Şekib Efendi, Paris'e (23 Aralık) gitti. Burada İngiliz Elçisi Lord Granville ile görüştü. Ona sağlık sebebiyle Paris'e geldiğini, Fransız politikacılarla konuşmayacağını, ancak bir süre sonra Osmanlı elçisi Paris'e geldiği halde niye bizi ziyaret etmiyor diye serzenişte bulunulması üzerine Guizot ve Fransa Kralı Louis Philippe'i ziyaret ettiğini söyledi.³⁹

Osmanlı elçisinin bu şekilde Londra'dan ayrılması İstanbul'da da yankı bulmuştu. İstanbul'daki Avusturya Elçisi Stürmer, Ponsonby'ye, Mehmed Şekib Efendi'nin Mısır meselesiyle ilgili karar aşamasında olunan bir zamanda aniden Paris'e gitmesinin son derece şüpheli olduğunu, Mustafa Reşid Paşa'nın bunu öğrendiğinde tepkisinin ne olacağını merak ettiğini yazdı.⁴⁰ Gerçekten de Mustafa Reşid Paşa, bu durumu öğrendiğinde Mehmed Şekib Efendi'yi sert bir şekilde uyardı ve derhal Londra'ya dönmesini istedi. Bu şekilde izinsiz bir şekilde görev yerini terk etmesinin padişahı da rahatsız edeceğini kendisine bildirildi. Ayrıca Mehmed Şekib Efendi'nin Babîâli'den izni olmadan Londra'dan ayrıldığını ve derhal geri dönmesi için emir gönderildiğini Ponsonby'ye bildirdi. Mehmed Şekib Efendi, dostu Mustafa Reşid Paşa'nın bu uyarı yazısına verdiği cevapta "*hata-yı azim ve cürm-i cesim-i 'ubeyd-anemi ikrar ve itiraf*" ederim diyerek affedilmesini istedi.⁴¹

Bu sırada Mehmed Ali Paşa ile yapılacak nihai anlaşma üzerinde çalışılıyordu. Avrupa devletleri Mehmed Ali Paşa'ya miras hakkıyla Mısır valiliğinin verilmesini istiyordu. Palmerston Mehmed Şekib Efendi ile görüşerek padişahın bu konuda verdiği sözü tutmasını beklediklerini İstanbul'a iletmesini istedi. Buna karşılık Osmanlı elçisi, Mısır valisine miras hakkının verilmek istenmediğine dair Mustafa Reşid Paşa'nın yazısını gösterdi. Palmerston, bunu kendisinin ve Metternich'in de istediğini; ancak diğer devletlerin böyle bir şeyi kabul etmeyeceğini, padişahın tek başına Mehmed Ali Paşa'ya bunu kabul ettirmek için müdahale edemeyeceğini, İngiliz parlamentosunun yalnızca İngiltere'nin bu işi üstlenmesini onaylamayacağını ifade etti. Palmerston, Mısır valisinden geri alınan yerleri ve Osmanlı donanmasını hatırlatarak artık Mehmet Ali Paşa'nın

³⁷ TNA, FO, 78/418, Mehmed Şekib Efendi'den Palmerston'a, 10 Aralık 1840.

³⁸ Mehmed Şekib Efendi, kardeşi Necib Efendi'yi Londra'da eğitim alması için yanında getirmiştir. Ancak Paris'teyken kardeşi ve elçilik ikinci kâtibi Paris'te eğitim almak istediklerini dil öğrenmenin burada daha kolay olacağını söylemişlerdir. Paris'te eğitimde bulunan Emin Paşa da onlara destek vermiştir. Sonuçta ikisi de Paris'te kalmıştır. Mehmed Şekib Efendi'nin sık sık Paris'e gitmek istemesinde bu durumun etkisi olmalıdır. Üstüncan, s. 93-94.

³⁹ TNA, FO, 195/165, no. 275, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 19 Aralık 1840; TNA, FO, 195/180, no. 12, Granville'den Palmerston'a, 25 Aralık 1840.

⁴⁰ TNA, FO, 78/430, no. 5, ek. 2, Stürmer'den Ponsonby'ye, 07 Ocak 1841.

⁴¹ TNA, FO, 78/430, no. 12, Ponsonby'den Palmerston'a, 12 Ocak 1841; Türkgeldi, s. 191.

bundan sonra bir tehdit oluşturamayacağını bilmesi gerektiğini söyledi.⁴² Ardından Avrupa devletleri temsilcileri, Osmanlı elçisine Mısır valisine valiliğin miras yoluyla verilmesini talep ettiklerine dair birer nota verdi. Mehmed Şekib Efendi söz konusu notaları İstanbul'a gönderdi.⁴³

Bir süre sonra Mısır İmtiyaz Fermanı (13 Şubat 1841) Mısır valiliği babadan evlada geçmek üzere Mehmed Ali Paşa'ya verildi. Mehmed Şekib Efendi buna dair fermanların birer kopyasını İngiltere Dışişleri Bakanlığı'na sundu. Mısır İmtiyaz Fermanı ile mesele çözüldükten sonra, Mehmed Ali Paşa özellikle yüksek vergi oranı ve valinin kim olacağına padişahın karar vermesi gibi bazı maddelere itiraz etti. Bu problem, Avrupa devletlerince çözülmeye çalışılırken Mehmed Şekib Efendi'ye Babîali'den bu konuda Osmanlı lehine karar alınması için baskı yapması için talimat geldi. Bunun üzerine Osmanlı elçisi, Avrupa devletleri temsilcilerinden Mısır meselesinin Londra Anlaşması'nın esaslarına göre bir an önce sonuçlandırılmasını talep etti. Sonuçta vergi oranı düşürüldü ve en büyük evladın vali olmasına karar verildi. Fermada yapılan söz konusu değişikliklerle mesele çözüme (24 Mayıs 1841) kavuşturuldu.⁴⁴ Bir süre sonra Londra Konferansı'na katılan dört ülke temsilcisi ve Mehmed Şekib Efendi, Mısır meselesinin tamamen bitirildiğine dair bir belge (10 Temmuz) imzaladılar.⁴⁵

Abdülmeccid, Mısır meselesiyle ilgili yardımlarından dolayı kraliçeye teşekkürlerini içeren bir mektup gönderdi. Kraliçe Viktorya, buna karşılık olarak yazdığı mektuplarında Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığı ve toprak bütünlüğüne verdikleri önemi vurguladı. Osmanlı Devleti'ndeki gayrimüslimlerin korunmasını talep eden ikinci mektubun orijinali de İstanbul'a iletmesi için Mehmed Şekib Efendi'ye verildi.⁴⁶

Mısır meselesi halledildikten sonra Boğazlarla ilgili bir anlaşma yapılması için Avrupa devletleri uzlaştılar. Osmanlı Devleti, Boğazların barış zamanında savaş gemilerine kapalılığı ilkesini uzun süre uygulamış, İngiltere ile yapılan Kale-i Sultani Anlaşması (1809) ile Boğazların statüsü ilk kez uluslararası bir anlaşmanın konusu olmuştu. İngiltere, Rusya'ya Boğazlarda geniş ayrıcalıklar veren Hünkâr İskeley Anlaşması'nın süresinin bittiği bir sırada anlaşmanın yenilenmesini engellemek istiyordu. Mehmed Şekib Efendi, anlaşma görüşmelerinde Osmanlı'yı temsil edecekti. Ancak kısa süre sonra Hariciye Nazırı Mustafa Reşid Paşa'nın görevinden alındığı haberi Londra'ya ulaştı. Mehmed Şekib Efendi dostunun nazırlıktan alınmasına çok üzüldü ve Palmerston'a anlaşmada temsilci olarak yer almayı çok istediğini bu gelişmeden sonra başkasının görevlendirileceğinden endişe ettiğini söyledi. Palmerston İstanbul'daki elçilerine talimat göndererek Sadık Rıfat Paşa ile konuşmasını ve Mehmed Şekib Efendi'nin anlaşmayı imzalamak için yetkilendirmesini istedi. Bu talep olumlu karşılandı. Palmerston, kısa süre sonra Hariciye Nazırı Sadık Rıfat Paşa'nın konferansta Mehmed Şekib Efendi'nin temsilci olarak kalmasını kararlaştırdığı müjdesini verdi.⁴⁷

Bu konuda yapılan görüşmeler sonucunda Boğazların barış zamanında savaş gemilerine kapalılığı ilkesi temelli dört maddelik İngiltere, Fransa, Avusturya, Prusya, Rusya ve Osmanlı

⁴² GB-0033-GRE-E, no. 481/11/6-7, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 26 Ocak 1841; TNA, FO, 195/180, no. 18, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 29 Ocak 1841.

⁴³ TNA, FO, 195/180, no. 20, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 30 Ocak 1841.

⁴⁴ TNA, FO, 195/182, no. 110, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 10 Mayıs 1841; TNA, FO, 78/463, Mehmed Şekib Efendi'den Palmerston'a, 11 Mart 1841; Akyılmaz, *Siyasi*, s. 178; Dönmez, *Osmanlı Modernleşmesinde*, s. 298; Uçarol, s. 177-178.

⁴⁵ Harold Temperley, *England and the Near East, The Crimea*, Longmans, Green and Co., 1936, s. 144.

⁴⁶ TNA, FO, 195/182, no. 130, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 26 Mayıs 1841. Bir süre sonra Palmerston, Mehmed Şekib Efendi'ye Osmanlı topraklarındaki özellikle de Suriye'deki Hristiyanlara iyi davranılmasını beklediklerini içeren bir nota vermiştir. Burada Suriye'yi kendilerinin geri aldığı unutulmaması gerektiğini vurgulamıştır. TNA, FO, 195/182, no. 156, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 16 Haziran 1841.

⁴⁷ GB-0033-GRE-E, no. 481/11/50-51, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 22 Nisan 1841.

Devleti'nin katılımıyla Londra Boğazlar Sözleşmesi (13 Temmuz 1841) imzalandı. Mehmed Şekib Efendi, bu anlaşma görüşmelerinde Osmanlı'yı temsil etti ve anlaşmayla ilgili protokolü imzaladı. Anlaşmaya göre Boğazlar barış zamanında savaş gemilerine kapalı olacak, Osmanlı Devleti savaşta olduğunda Boğazların açık ve kapalılığına kendisi karar verecekti. Ticaret gemileri ve elçilere eşlik eden küçük savaş gemileri izin alarak Boğazlardan geçebilecekti. Böylece Osmanlı Devleti ilk defa Avrupa devletleriyle yaptığı bir anlaşmayla kendi egemenliğiyle ilgili bir konuda karşılıklı taahhüde girmiş oluyordu. Bu sayede Avrupa devletleri, Osmanlı Devleti'nin başka bir devletle Hünkâr İskelesi Anlaşması gibi bir anlaşma yapmasının önüne geçmiş oldular. Bu anlaşmayla Boğazların yönetimi uluslararası hukuka tabi hale geliyordu. Avusturya, anlaşmaya Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığının ve toprak bütünlüğünün korunmasıyla ilgili bir madde koydurmak istedi. Ancak Rusya'nın itirazıyla bu gerçekleşmedi.⁴⁸

Abdülmeccid, Mısır meselesinin çözümünde oynadıkları rolden dolayı Palmerston ve Ponsonby'yi ödüllendirmek istediğini İngiliz elçisine açıkladı. Bu bilgi İngiltere dışişleri bakanına ulaştığında Palmerston memnun oldu. Ancak kraliçe bunu kabul etmemelerini istedi. Palmerston, Osmanlı elçisiyle görüşerek hediyeleri kabul edemeyeceklerini bildirdi.⁴⁹

Bir süredir Mehmed Şekib Efendi ve Mehmed Nuri Efendi buldukları yerin havasıyla uyum sağlayamadıklarını bildirerek İstanbul'a dönme talebinde bulunuyorlardı. İkisi de göreve başladıktan sonra hastalanmışlardı. Mehmed Şekib Efendi göreve başladığından beri sağlık sorunları yaşadığı, bir süre daha Londra'da geçirmeyi göze alamadığını Babiâli'ye bildirdi. Abdülmeccid yerlerine uygun kişiler bulunana kadar ve Mısır meselesi tamamen bitene kadar beklenmesini emretmişti. Mısır meselesi sonuçlandıktan sonra Osmanlı elçilerinin İstanbul'a dönmelerine izin verildi. Londra elçiliğine başka birinin atanmasına ve bu elçinin Londra'ya ulaşmasına kadar elçilik işlerini Başkatip Mehmed Fuad Efendi maslahatgüzar vekili olarak yürütecekti. Bir süre sonra Londra'ya Mehmed Emin Âli Efendi, Viyana'ya da Akif Efendi büyükelçi atandı.⁵⁰

Mehmed Şekib Efendi, Palmerston ve kraliçeye veda ziyaretinde bulduktan sonra Londra'dan ayrılarak İstanbul'a döndü. Mehmed Şekib Efendi'nin Londra Konferansı ve Londra Boğazlar Sözleşmesi'ndeki başarısı, hariciye nazırları Mustafa Reşid Paşa ve Sadık Rıfat Paşa tarafından takdir edildi. İngiliz hükümetinin de bu konuda takdirini kazandı. Bunun bir göstergesi olarak İstanbul'a döndükten kısa süre sonra Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye azalığına (Aralık 1841) getirildi.⁵¹

SONUÇ

Mehmed Şekib Efendi, elçilik göreviyle birlikte Osmanlı Devleti'nin çok kritik bir zamanında

⁴⁸ *The Age*, 18 Temmuz 1841; Erim, s. 311-313; Armaoğlu, s. 216-218; Akyılmaz, *Siyasi*, s. 180-181; Dönmez, *Osmanlı Modernleşmesinde*, s. 298. Bu sırada İngiltere'nin Osmanlı Devleti ile yaptığı Balta Limanı Anlaşması'nın bir benzerini Portekiz de yapmak istemekteydi. Palmerston Mehmed Şekib Efendi'ye durumu bildirmiş ve Babiâli'den bu konuda yetki talep etmesini istemiştir. Ponsonby'ye de Babiâli'yi bu konuda ikna etmesini gerektirdiğini yazmıştır. Ancak Portekiz'le ticaret anlaşması 1843 yılında yapılabilmektedir. TNA, FO, 195/182, no. 155, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 15 Haziran 1841. Balta Limanı Ticaret Anlaşması sonrası 1838-1840 yıllarında diğer Avrupa devletleriyle de anlaşmalar yapılmış ve birçok Avrupalı Osmanlı toraklarına gelerek yerleşmiştir. İrem Karakoç, "Osmanlı Tâbiyet Hukuku Bağlamında Gerçek Vatandaşlık Statüsünün Önemi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NÜHFD)*, C. 6, S. 1, 2023, s. 285.

⁴⁹ TNA, FO, 195/182, no. 106, Palmerston'dan Ponsonby'ye, 03 Mayıs 1841.

⁵⁰ BOA, İ.HR, no. 430; BOA, İ.HR, no. 486, 25 Mart 1841; BOA, İ.HR, no. 580, 11 Ağustos 1841; BOA, İ.HR, no. 647, 04 Aralık 1841; *Hâriciyye Nezâreti Salnamesi 1306*, yay. haz. Ahmet Nezih Galitekin, İşaret Yayınları, İstanbul 2003, s. 69-71; Ahmet Lütfi Efendi, C. VI, s. 1113; Dönmez, *Karşılıklı Diplomasiye*, s. 140-141; Türkgeldi, s. 191.

⁵¹ TNA, FO, 78/463, Mehmed Şekib Efendi'den Palmerston'a, 04 Ağustos 1841; Yalçınkaya, "Şekib Efendi", s. 579; Türkgeldi, s. 190.

Londra Konferansı'nda temsilci olarak tayin edilmiştir. Mustafa Reşid Paşa sevdiği ve güvendiği bir kişi olarak onu bu hassas görev için özellikle seçmiştir. İngiltere, o tarihte Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü korumayı resmi politika olarak benimsemiş bir devlet olduğu için, burada bulunacak elçinin kim olduğu ayrı bir önem taşımıştır. İngiltere Dışişleri Bakanı Palmerston'un yazışmalarında Mehmed Şekib Efendi hakkında kullandığı olumlu ifadeler Osmanlı elçisinin bu görev için doğru seçim olduğunu göstermiştir. Özellikle daha önce Londra elçiliği yapan Mehmed Nuri Efendi gibi kişilerle Palmerston'un anlaşmadığı göz önünde bulundurulduğunda, onun kurduğu iyi ilişki ve bıraktığı izlenimler bir başarı olarak değerlendirilmelidir. Londra'da bulunduğu sürece Osmanlı Devleti'nin hak ve hukukunu muhafaza için gösterdiği gayret ve görüşmeler sırasındaki performansı ikili ilişkiler açısından son derece önemli olmuştur.

Osmanlı Devleti'nin Londra Konferansı'nda temsili sırasında Osmanlı temsilcilerinin yazışmalardan protokollere kadar her açıdan Batı'da geçerli olan diplomasi kuralına uygun hareket etmeleri, Babiâli'nin protokol ve anlaşmaların onayı sürecinde buna göre davranması, Osmanlı Devleti'nin devletlerarası hukuka ve Avrupa diplomasisine adaptasyonunda son derece etkili olmuştur. Notaların hazırlanması, protokollerin usulüne göre onaylanarak anlaşmaya dönüşmesi aşamasında Avrupalı diplomatlar Osmanlı elçisine yardım etmiştir. Kısa bir süre önceye kadar Avrupa ile neredeyse hiçbir bağlantısı olmayan ve Batı medeniyetine uyum sağlamasının mümkün olmadığı öne sürülen Osmanlı için bu gelişmeler modernleşme sürecinde son derece olumlu sonuçlar doğurmuştur. Osmanlı Devleti, giderek artan bir şekilde devletlerarası hukuka ve Avrupa diplomasisine adapte olmuş ve Avrupa sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Öyle ki Kırım Savaşı ardından yapılan Paris Anlaşması'nda (1856), Osmanlı Devleti'nin Avrupa devletleri ailesinden sayılacağı ve Avrupa devletler hukukundan faydalanacağı belirtilmiştir.

Bu süreçte Londra Konferansı'nda Osmanlı'yı temsil etmek ve Londra Boğazlar Sözleşmesi'nin imzalamak Mehmed Şekib Efendi'ye nasip olmuştur. Bu onun kariyeri için önemli bir basamak niteliği taşımıştır. Onun Londra elçiliğinden sonra yeniden Londra ve Viyana elçiliklerine atanması ve ardından hariciye nazırlığına getirilmesi kendisinin diplomasi mesleğindeki başarısını göstermektedir. Bu dönemde elçilik başkâtipliği ve aynı zamanda tercümanlık yapan Mehmed Fuad Paşa da konferansta ve anlaşma görüşmelerinin her aşamasında Osmanlı elçisinin yanında bulunmuş ve Avrupa diplomasinin o tarihteki en önemli gelişmelerinde rol alarak mesleki tecrübesini ve ikili ilişkilerini arttırma imkânı bulmuştur. Mehmed Fuad Paşa, bundan sonra yeni elçi gelene kadar maslahatgüzarlık görevini sürdürmüştür. Ardından görevi Mehmed Emin Âli Paşa'ya bırakmıştır. Bundan sonraki yıllarda, özellikle Mustafa Reşid Paşa'nın vefatından sonra, her ikisi sadrazamlık ve hariciye nazırlığı görevlerini yürütmüşlerdir. Bu yıllarda kazandıkları tecrübeler ve geliştirdikleri ilişkiler sayesinde Osmanlı Devleti'nin iç ve dış problemlerinin giderek ağırlaştığı bir dönemde Babiâli'nin yönetimini 1871 yılına kadar ellerinde tutabilmişlerdir.

Mehmed Şekib Efendi'nin, Mısır meselesi ve Boğazlarla ilgili anlaşmalarda Osmanlı Devleti'nin temsil etmesi ve anlaşmaları temsilci sıfatıyla imzalaması kariyeri açısından son derece olumlu bir gelişme niteliğindedir. Sonraki yıllarda üstlendiği hariciye nazırlığı gibi önemli görevlerde bu deneyimlerin etkisi olmuştur. Bununla birlikte Londra'nın nemli ve sisli havası sebebiyle yaşadığı sağlık sorunları elçiliği süresince görevini sürdürmesinde önemli bir engel teşkil etmiştir. Bu yüzden Paris'e gitmesi ve İngiliz elçisinin durumu Mustafa Reşid Paşa'ya iletmesi ardından sert bir şekilde uyarılmıştır. Mehmed Şekib Efendi'nin Paris'e bu şekilde giderek görev yerinden ayrılması İngiliz devlet adamlarında bu seyahatlerin özel bir görevle yapıldığı kuşkusunu doğurmuştur. Bu seyahat, son derece kritik günlerden geçilen bir dönemde anlaşmaya karşı çıkan Fransa ile gizli bir irtibat kurulduğu izleniminin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ancak bu seyahatin yalnızca sağlık sebebiyle olduğu ortaya çıkınca problem çözülmüştür. Mehmed Şekib Efendi'nin hastalığının olup olmadığıyla ilgili bazı şüpheler ortaya çıkmışsa da kendisi bu dönemde gerçekten ciddi sorunlar yaşamıştır. İleriki

yıllarda Mehmed Şekib Efendi, Mustafa Reşid Paşa'nın kendisini yeniden elçiliğe atayacağını öğrendiğinde humma hastalığı sebebiyle görevden affını istemek için Paşa'nın konağına gitmek zorunda kalmış ve bu yüzden hastalığı alevlenmiş ve kısa süre sonra vefat (1854) etmiştir.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

1. Arşiv Kaynakları

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)

Hatt-ı Hümayun (HAT), no. 33014. B, 34086. B, 48233.

İrade Hariciye (İ.HR), no. 107, 132G, 132İ, 289, 309, 312, 430, 486, 580, 647.

İrade Mısır (İ.MTZ05), no. 36, 39, 47, 58, 65.

The National Archives (TNA)

Foreign Office (FO), defter no. 78/209, 393, 399, 418, 430, 434, 463; 195/162, 163, 165, 180, 182, 183.

Durham University Library, Papers of John Viscount Ponsonby (GB-0033)

GRE/E, no. 481/9/43-45, 62; 481/10/17, 38-39, 43; 481/11/6-7, 481/11/50-51.

2. Gazeteler

Takvim-i Vekayi, no. 85, 196.

The Age.

John Bull, no. 1047.

3. Kitap, Makale, Tez ve İnternet Kaynakları

Ahmet Lütfi Efendi. *Vak'anüvîs Ahmet Lûtfî Efendi Tarihi*, C. IV-V-VI, yeni yazıya aktaran. Yücel Demirel, YKY, İstanbul 1999.

Akyılmaz, Gül. *Osmanlı Diploması Tarihi ve Teşkilatı*, Tablet Yayınları, Konya 2000.

Akyılmaz, Gül. *Siyasi Tarih*, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Akyılmaz, Gül. "III. Selim'in Dış Politika Anlayışı ve Diploması Reformu Çerçevesinde Batılılaşma Siyaseti", *Türkler Ansiklopedisi*, C. 12, ed. Hasan Celal Güzel-Kemal Çiçek, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 660-670.

Altundağ, Şinasi. *Kavalalı Mehmet Ali Paşa İsyanı-Mısır Meselesi 1831-1841*, TTK Yayınları, Ankara 1945.

Anderson, Matthew Smith. *Doğu Sorunu (1774-1923)*, çev. İdil Eser, YKY, İstanbul 2001.

Armaoğlu, Fahir. *19. Yüzyıl Siyasî tarihi (1789-1914)*, TTK Yayınları, Ankara 1997.

Deringil, Selim. "II. Mahmud'un Dış Siyaseti ve Osmanlı Diplomasisi", *Sultan II. Mahmut ve Reformları Semineri, 28-30 Haziran 1989*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları,

İstanbul 1990, s. 59-70.

Dönmez, Ahmet. *Osmanlı Modernleşmesinde İngiliz Etkisi: Diplomasi ve Reform (1833–1841)*, Kitap Yayınevi, İstanbul 2014.

Dönmez, Ahmet. “Osmanlı Devleti’nde Tek Taraflı Diplomasi Anlayışı ve Karşılıklı Diplomasiye Geçiş Süreci”, *Osmanlı Diplomasi Tarihi: Kurumları ve Tatbiki*, ed. Mehmet Alaaddin Yalçınkaya-Uğur Kurtaran, Grafiker Yayınları, Ankara 2018, s. 145-178.

Dönmez, Ahmet. “Karşılıklı Diplomasiye Geçiş Sürecinde Osmanlı Daimî Elçiliklerinin Avrupa’da Yeniden Tesisi (1832–1841)”. *Fahir Armaoğlu Armağanı*, ed. Ersin Embel, TTK Yayınları, Ankara 2008, s. 153–182.

Dönmez, Ahmet. *Karşılıklı Diplomasiye Geçiş Sürecinde Osmanlı Daimî Elçiliklerinin Avrupa’da Yeniden Tesisi (1832–1841)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006.

Erim, Nihat. *Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri: Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları*, C. I, Ankara 1953.

Garnett, R. “A Letter by Lord Palmerston on the Egyptian Question of 1840”, *The English Historical Review*, S. 18, No. 69, s. 135-130.

Goryanof, Sergey. *Rus Arşiv Belgelerine Göre Boğazlar ve Şark Meselesi*, çev. Macar İskender Ali Reşad, yeni yazıya aktaran. Ali Ahmet Beyoğlu-İshak Keskin, Ötüken Yayınları, İstanbul 2006.

Hâriciyye Nezâreti Salnamesi 1306, yay. haz. Ahmet Nezih Galitekin, İşaret Yayınları, İstanbul 2003.

<https://www.eyupsultan.bel.tr/tr/main/pages/sekib-mehmet-pasa/1282>, 28.10.2023.

Karakoç, İrem. “Osmanlı Tâbiyet Hukuku Bağlamında Gerçek Vatandaşlık Statüsünün Önemi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NÜHFD)*, C. 6, S. 1, 2023, s. 255-296.

Karal, Enver Ziya. *Osmanlı Tarihi*, C. V, TTK Yayınları, Ankara 1947.

Köprülü, Orhan Fuad. “Mehmed Said Galib Paşa”, *TDVİA*, C. 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, s. 329-331.

Kutluoğlu, Muhammed Hanefi. *Egyptian Question 1831-1841*, Eren Yayıncılık, İstanbul 1998.

Küçük, Cevdet. “İzzet Mehmed Paşa”, *TDVİA*, C. 23, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, s. 559-560.

Mehmed Süreyya. *Sicil-i Osmani, Osmanlı Ünlüleri*, yay. haz. Nuri Aybazar, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 1996.

Rodkey, F. Stanley. *The Turco-Egyptian Question in the Relations England, Fransa and Russia (1832–1841)*, The University of Illinois Press, Urbana 1924.

Rodkey, F. Stanley. “Sir Robert Ainslie’nin İstanbul Büyükelçiliği (1776-1794)”, *Osmanlı Araştırmaları*, C. XXXI, 2008, s. 127-159.

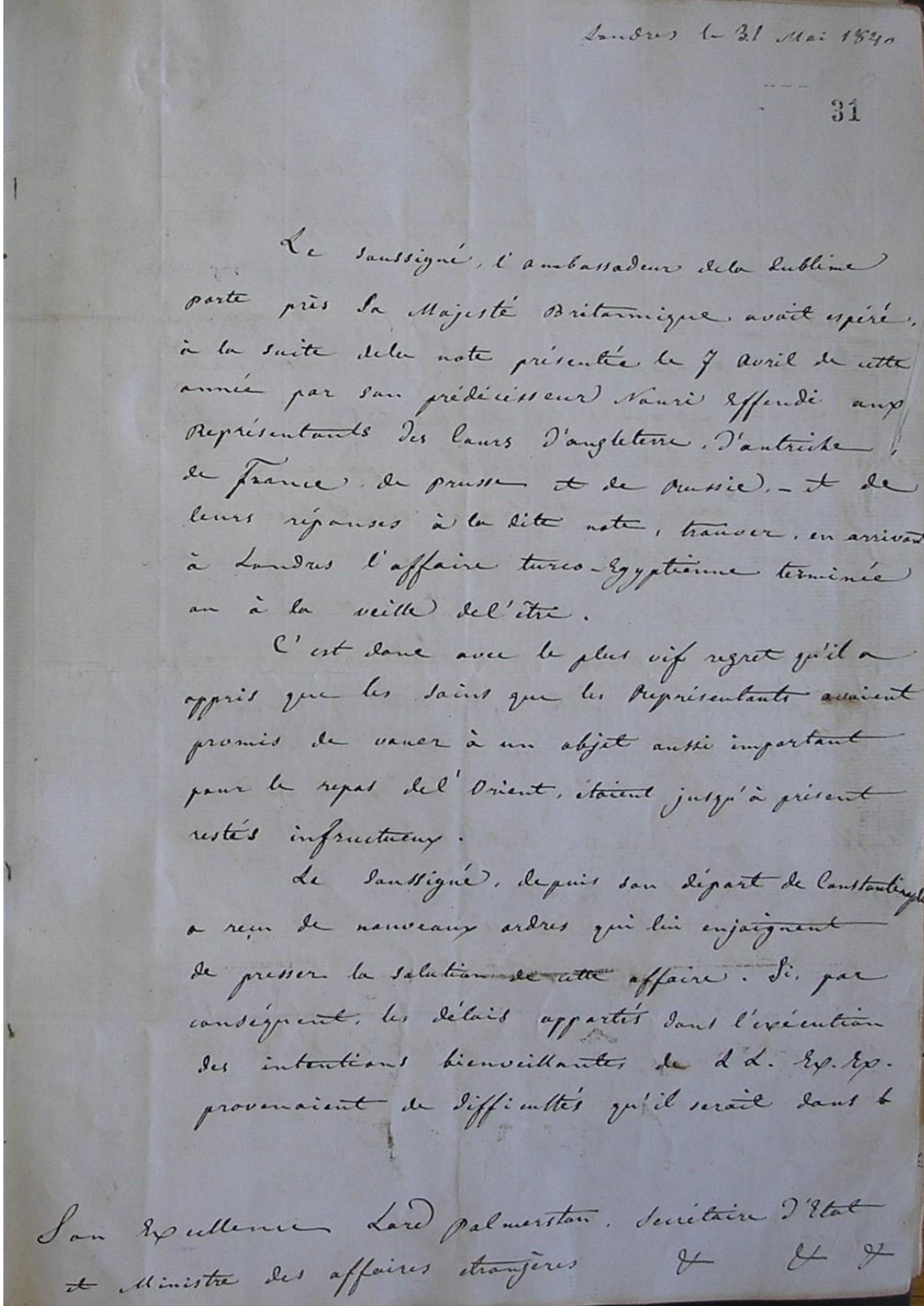
Temperley, Harold. *England and the Near East, The Crimea*, Longmans, Green and Co., 1936.

Temperly, Harold-Lillian M. Penson. *Foundations of British Foreign Policy- From Pitt (1792) to Salisbury (1902)*, Frank Cass & Co. LTD., London 1966.

Tukin, Cemal. *Boğazlar Meselesi*, Pan Yayınları. İstanbul 1999.

- Türkgeldi, Ali Fuad. *Maruf Simalar*, haz. Selçuk Akşin Somel-Mehmet Kalpaklı, TTK Yayınları, Ankara 2013.
- Uçarol, Rıfat. *Siyasi Tarih 1789-2001*, DR Yayınları, İstanbul 2008.
- Üstüncan, Onur. *Tanzimat Bürokrati Şekip Efendi*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2009.
- Webster, Charles. *The Foreign Policy of Palmerston 1830-1841(Britain, the Liberal Movement and the Eastern Question)*, C. II, G. Bell&Sons Ltd, London 1951.
- Yalçınkaya, Mehmet Alaaddin. “Şekib Efendi”, *Yaşamları ve Yapıtlarıyla Osmanlılar Ansiklopedisi*, C. II, yay. yönt. Ekrem Çakıroğlu, YKY, İstanbul 1999, s. 578-579.
- Yalçınkaya, Mehmet Alaaddin. “Sir Robert Ainslie'nin İstanbul Büyükelçiliği (1776-1794)”, *Osmanlı Araştırmaları*, C. XXXI, 2008, s. 127-159.

Ekler



Ek 1. Mehmed Şekib Efendi'nin Mısır Meselesinde Acilen Karar Alınmasıyla İlgili Verdiği Nota (TNA, 78/418, 31 Mayıs 1840).

Chékib Effendi, ambassadeur de Turquie
a l'honneur de faire ses complimens les
plus respectueux à Son Excellence Lord
Palmerston, et s'impressionne de l'informer qu'il
a été autorisé par Sa Hautesse le Sultan
de présenter à Sa Majesté la lettre que
Sa Hautesse vient de lui adresser officiellement,
en lui exprimant ses remerciemens infinis
pour le service que le Gouvernement de
Sa Majesté, d'accord avec les trois autres Alliés
lui a rendu par la solution de la question égyptienne.
Sa Hautesse adresse à Sa Majesté une
autre lettre écrite par elle-même, pour lui
exprimer tout particulièrement sa satisfaction
pour les efforts généraux et la bienveillance
dont le Gouvernement de Sa Majesté a
dernièrement donné de plus éclatantes preuves
dans l'intérêt de l'empire ottoman.

Chékib Effendi, en envoyant les copies de ces deux
lettres à Son Excellence Lord Palmerston, le prie
particulièrement de l'informer du jour et de l'heure
où il pourrait avoir l'honneur de présenter
les originaux à Sa Majesté.

Chékib.

Le 24 avril 1841.
L'ambassade ottomane.

Ek 2. Abdülmecid'in Kraliçeye Teşekkür Mektubunu Sunmak İstedığıne Dair Mehmed Şekib Efendi'nin Yazısı (TNA, 463, 24 Nisan 1841).

Osmanlı Hukuku'nda Elçilik Tercümanlığından Yabancı Devlet Mahmûlîği ve Vatandaşlığına: Hukukun Araçlaştırılmasının Örnekleri

İrem KARAKOÇ *

¹ Dokuz Eylül Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 11.10.2023

Kabul Tarihi: 07.02.2024

Yayın Tarihi: 25.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Osmanlı Diplomasisi,
Tercüman Beratı,
Kapitülasyonlar,
Tüccar Beratı,
Himaye.

ÖZET

Osmanlı hukukunda yabancı elçilikler tarafından belirlenen tercüman ve maiyyetine, Osmanlı Devleti tarafından, görev tanımını içeren ve berat denilen bir resmî belge verilirdi. Karşılığında devlete belli bir bedelin ödendiği bu beratlı statüsü cizye, gümrük vergisi, İslâm-Osmanlı ceza hukuku hükümlerinden muafiyet gibi bazı ek haklar tanındı. Bu teamülün sağladığı ayrıcalıkların kapsamına konsolos yardımcısı, tercüman ve ticarî acente gibi görevliler girmektedir. Fakat zamanla yabancı Batılı devlet elçilikleri, beratta görev yeri olarak belirtilen şehirlere hiç gitmemiş ve hatta dil bile bilmeyen Osmanlı tebaası gayrimüslim tüccarlara berat satarak maddi çıkar sağlamışlardır. Böylece bu hukukî uygulama amacından saptırılarak maddî ve siyasî bir araç hâline getirilmiştir. Beratlılık, kişileri İslâm Hukuku'nun dışında tuttuğundan avantaj sağlamıştır. Tanzimat döneminde önceden beri tanınagelen kapitülasyonların neticesinde Osmanlı'nın gayrimüslim tebaası haklar ve imtiyazlar bakımından fiilen, Avrupa devletlerince himaye edilen ve himaye edilmeyen zimmîler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yabancı devletler, mahmûllerinin haklarını, uluslararası ve iç hukukta koruyarak devlet içinde devlete karşı bir egemenlik alanı oluşturmuşlardır. Beratlı tercümanlığa ilişkin tedbir alındığında ise bu defa vatandaşlık üzerinden aynı uygulama başlatılmış, insanlar avantajına göre kolaylıkla tabiiyet değiştirmenin yollarını aramışlardır. Bu çalışma, beratlı tercüman sayısındaki artışı, arşiv kayıtlarıyla destekleyerek açıklamak amacıyla yapılmıştır. Tanzimat dönemindeki durumu ele alan makalemizde öncelikle klasik Osmanlı tercümanlık sistemi de kısaca anlatılmış, ardından mukayese edilerek bunun bozulma süreci değerlendirilmiştir. Bu yapılırken yeri geldikçe dönemin özelliğine göre, tercümanlara tevcih edilen beratlardan, beratlı sayısındaki artıştan ve devletin elçiliklere yaptığı uyarılardan örnekler verilmiştir. Ayrıca bunlara ek olarak Osmanlı'da kapitülasyonlarla desteklenen himaye olgusunun vatandaşlık değiştirmeleri teşvik edici boyutu, devletin yıkılmasına kadar varan süreci ve sonuçları değerlendirilmiştir. Sonuç olarak Batılı devletler, kapitülasyonlara dayanarak himaye ettiklerinin haklarını, hem uluslararası hukuk alanında hem de iç hukukta koruyup sahip çıkarak devlet içinde etki ve nüfuz sahibi olmayı başarmışlardır. Batılı devletlerin elçileri doğrudan padişah ile muhatap olabildikleri için istedikleri kararı ondan alabilmişlerdir. Neticede mahmûlîkle başlayan ve gelişen suistimal keyfiyeti vatandaşlık sürecine de sirayet etmiştir. Osmanlı Devleti zaman zaman bu durumları engellemek için çeşitli hukukî düzenlemeler yapmış fakat kalıcı ve etkili sonuç alamamıştır. 1869'da Batılı devletlerin itirazlarına rağmen bir Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi yapmış, Osmanlı tabiiyetini devrine hâkim olan uluslararası esaslara göre düzenlemiştir.

From Embassy Translator Status to Foreign State Ownership and Citizenship in Ottoman Law: Examples of Instrumentalization of Law



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 11.10.2023

Accepted: 07.02.2024

Published: 25.06.2024

Keywords:

Ottoman Diplomacy,
Translator/Dragoman
Certificate (charter),
Capitulations,
Merchant Certificate,
Protege.

According to Ottoman law, the translator and his entourage designated by foreign embassies were given an official document called a 'berat' containing the job description by the Ottoman State. This chartered status, for which a certain fee was paid to the foreign state, granted some additional rights such as exemption from poll tax, customs tax, and Islamic-Ottoman criminal law provisions. The privileges provided by this custom include officials such as vice consuls, translators and commercial agents. However, over time, the embassies never went to the cities specified as places of duty in the charter, and Ottoman citizens who did not even speak the language gained financial benefit by selling charters to non-Muslim merchants. Thus, this legal practice was diverted from its purpose and turned into a material and political tool. Charter provides an advantage because it excludes people from scope of Islamic law. The non-Muslim subjects of the Ottoman Empire were divided into two in terms of rights and privileges: those who were protected by European states and those who were not. Foreign states have created a sphere of sovereignty within the state against the state by protecting the rights of their subjects in international and domestic law. When measures were taken regarding certified translation, the same practice was started through citizenship, and people looked for ways to easily change their nationality according to their advantage. This study was conducted to explain the increase in the number of certified (beratlı) translators by supporting archive records. The encouraging dimension of the phenomenon of patronage supported by capitulations for changing citizenship, the process leading to the collapse of the state, and its consequences were evaluated. While doing this, examples of the charters granted to translators, the increase in the number of charter holders, and the warnings made by the state to the embassies were given, depending on the characteristics of the period. In addition, the encouraging dimension of the patronage phenomenon supported by capitulations in the Ottoman Empire for changing citizenship, the process leading to the collapse of the state, and its consequences were evaluated. As a result, European states have managed to gain influence and influence within the state by protecting and protecting the rights of those they protect, both in the field of international law and in domestic law, based on capitulations. Since the ambassadors of European states could directly deal with the sultan, they were able to get the decision they wanted from him. As a result, the abuse that started and developed with privacy also spread to the citizenship process. The Ottoman Empire made various legal regulations from time to time to prevent these abuses, but could not obtain permanent and effective results. In 1869, despite the objections of the foreign states, he made an Ottoman Nationality Law and regulated Ottoman nationality according to the international principles that dominated the period.

To cite this article:

Karakoç, İ. (2024). Osmanlı Hukuku'nda Elçilik Tercümanlığından Yabancı Devlet Mahmiliği ve Vatandaşlığına: Hukukun Araştırılmasının Örnekleri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 128-150. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.112>

* irem.karakoc@deu.edu.tr

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin klâsik döneminde devletlerarası ilişkilerde her sorun kuvvet yoluyla halledil(ebil)diği için diplomasiden yararlanmak tercih edilmemiş devlet, dış ülkelere daimî elçi/görevli göndermemiş, tek taraflı güce dayalı şekilde yani, üstün olduğu durumda istediğini yaptırmak; kendisine uyanlara karşılıksız *ihsanlarda ve bağışlarda bulunmak, imtiyaz sağlamak* yolunu kullanmıştır. Diplomasinin önemi ise, ancak ihtiyaç hissedilince anlaşılmıştır. 1699'da imzalanan Karlofça Andlaşması ile Osmanlı Devleti, kaybettiği büyük toprakları geri alma çabasına girmiş, aynı zamanda duraklama sürecinden gerilemeye geçilmiştir. 1699'dan 1793'e kadarki süreçte, yaşanan yenilgiler sebebiyle Batılı devletlerle ilişkilerde izlenen klâsik *tek taraflılık* anlayışının mecburen terkedildiği söylenebilir¹. Bu nedenle 1794'te *Yusuf Âgâh Efendi*'nin ilk daimî elçi olarak Londra Büyükelçiliği'ne atanması bile *Osmanlı Devleti*'nin gerçek anlamda karşılıklı diplomasiye geçtiği şeklinde yorumlanamaz. Tam karşılıklılık ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için 1834'ü beklemek gerekmiştir. Bu süreçte, *Osmanlı Devleti*, Paris, Berlin ve Viyana'da daimî elçilik ve konsolosluklar açmıştır.

Dış ilişkilerin yürütülmesinde en etkili görevlilerin başında şüphesiz saray tercümanları gelmiştir. Klâsik dönemde tercümanlar Osmanlı vatandaşlarından seçilip özel olarak yetiştirilmiş; devlet, ilk elçilik heyetlerine tercüman olarak Türk ve Müslüman olanları görevlendirmiştir². Devletin kadrolarında yabancı dil bilen tercümana, sadece uluslararası ilişkilerde değil ülkedeki müste'menlerin Osmanlı mahkemelerindeki yargılanmalarında da ihtiyaç duyulmuştur. Buna karşılık bir de yabancı elçilerin kendi yanlarında istihdam ettikleri, iyi Türkçe bilmesi gereken tercümanları vardır. Çalışmamızda *hukukun araçlaştırılması* tabiri ile öğretilde farklı hukuk alanlarında kullanılan *hukukun/yargının araçsallaştırılması*³ kastedilmektedir. Hukuku araçlaştırmak objektif hukuk normlarının, hukukun genel ilkelerinin, kurum ve kurallarının özünün bozularak bunların, hukuk düzeni içinde kalındığında ulaşılamayacak; subjektif ve hukuka uygun olmayan bir amaca ulaşmak amacıyla kullanılmasıdır. Bir hukuk normu, ilkesi, kavramı veya kurumunun amacından saptırılarak bambaşka bir sonucu elde etmek için kullanılması anlamındaki bozulma süreci için kanaatimizce, *araç olarak kullanılmak* anlamında; *araçlaştırmak* sözcüğü daha uygundur. Bir hukukî kavram, kural veya kurumun, hukuka uygun olmayan bir sonuç elde etmek maksadıyla, konuluş amacının dışında kullanılması hukuku dolanmak veya kanuna karşı hile olup hukuk düzeni bu yolu kapat(a)maz ise ortada düzen, kavram, kanun veya kurum kalmayacaktır.

Çalışmanın amacı, yabancı devletlerle düzenli diplomatik ilişkiler kurulmaya başlandıktan sonra İstanbul'daki elçiliklerle diğer şehirlerdeki konsoloslukların resmî makamlarla ilişkilerini yürüten tercümanların sahip olduğu ayrıcalıkların zaman içerisinde yabancı sefirlerle, konsolosların yakınlarına, hizmetkârlarına, hattâ müste'men tüccara da teşmil edilmesinin izini sürmek ve örneklerini göstermektir. Dönemin hukukçuları bu konularda birçok çalışmalar yapılmış, bu durumlara eleştiriler getirilmiştir⁴. Burada ilk akla gelen soru, dil dahi bilmeyen çoğu tüccar kişilerin neden *tercüman*

¹ II. Selim'in, Habsburg imparatorlarıyla barış yapması; devlet adamları ve yöneticilerin büyük ülkeleri hedeflemek yerine daha küçük yerlerin, köy kümelerinin ele geçirilmesini gâye edinmeye başlaması öğretilde, *genel Türk tavrının değişmesi* olarak kabul edilmiştir. Bu açılarından değerlendirildiğinde II. Selim Osmanlı tahtına geçen ilk epigone'dur (Fekete, Lajos. “*Osmanlı Türkleri ve Macarlar*”, Belleten, C.13, S. 52, 1949, s. 671).

² Yeni kuşak tercüman kadrosu yetiştirmek için Bab-ı Ali tercüme odası, 1821'de kurulmuştur (Orhonlu, Cengiz. “Tercüman”, İslâm Ansiklopedisi, C. 12/1, MEB Yayınları, İstanbul, 1993, s. 21; Balcı, Sezai. “*Osmanlı Devletinde Tercümanlık ve Bab-ı Ali Tercüme Odası*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 31).

³ Yılmaz, Didem. “Yargının Araçsallaştırılması” Paneli, İstanbul Barosu, 2019.

⁴ Osman Affan, *Tabiiyet*, Muhamat Dergisi, S. 33, 10 Nisan 1330 (23 Nisan 1914), s. 1025, *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Nazif Sururi, Örikağasızâde Hasan Sırrı, Yusuf Ziyâ, Osman Affan, Sarkis Karakoç, Abdurrahman Adil, Yeni Osmanlılar Cemiyeti, (Ed. Doç. Dr. Ahmet Kılınç), (Transliterasyon: Betül Argunhan-Merve Öztürk), Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara Mart 2021, s. 119-

kadrosuna atanmak istedikleridir. Atanma talebi müste'menlerle sınırlı kalmamış, Osmanlı tebaasından gayrimüslimlere (zimmî) de sirayet etmiştir. Zimmîler zaten hukukî haklar ve mükellefiyetler bakımından tıpkı Müslümanlar gibi *Osmanlı Devleti*'nin tebaasındandır. Müste'menlik bir yabancılık statüsü olmasına rağmen, zimmîlik bir vatandaşlık statüsüdür. Genellikle müstemenlerle ortak ticaret yapan zimmîler, ortaklarının yararlandıkları ayrıcalıklardan kendileri de yararlanmak istemiştir. Burada ikinci soru akla gelmektedir: Devletin kendi vatandaşları, zaten kendi tebaası oldukları devletin koruması altındayken, neden yabancı bir devletin koruması altına girmek için tercüman kadrosuna atanmak istesin? Hattâ bunun için niye para ödesin?

Tarihte yabancı devlet vatandaşlığını kazanmaya varan sonuçları olan himaye süreci, bir hukuk kuralına gereğinden fazla istisna açılır ve bazı kişilere ayrıcalık-iltiyaz tanınırsa, asıl kural/ilke veya tümünden bir sistemin nasıl ortadan kalkabileceğinin somut bir örneğidir. Bu bağlamda aslında çalışmada tercümanlık mesleğinin amacından saptırılarak Batılı devletlerin Osmanlı'nın iç işlerine müdahale etmesinde kullanılıp kullanılmadığı sorusuna da cevap aranmıştır. Çalışmamızda yeri geldikçe dönemin özelliğine göre, tercümanlara tevcih edilen beratlardan, beratlı sayısındaki artıştan ve devletin elçiliklere yaptığı uyarılardan örnekler verilmiştir. Çalışmamızda örnek olarak kullanılan beratların çoğu Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi'nde bulunan Düvel-i Ecnebiye Defterleri taranarak elde edilmiştir. İki seri hâlinde olan Düvel-i Ecnebiye Defterlerine (A. DVNS. DVE. d) ulaşmak için, https://www.devletarsivleri.gov.tr/sayfasi_achilip_e-Devlet_baglantisıyla_giriş_yapilabilmektedir. Ancak defterlerdeki çok sayıdaki tüm kayıtlara bu çalışmada yer verilemeyeceğinden hukuki konularla ilgili olanlar yeri geldiğinde örnek olarak sunulmuştur. Çalışmada kullanılan örneklere ulaşmak isteyenler için Devlet Arşivleri Başkanlığı → Osmanlı Arşivleri → Detaylı Arama → Bab-ı Defteri → seçilip arama kısmına 'Tercüman beratları' yazıldığında bu çalışmada kullanılan tüm kayıtlara ulaşmanın mümkün olduğunu belirtilebilir.

I. Tercümanlık Sistemi

Çalışmanın konusu doğrudan doğruya Osmanlı tercümanları değil de tercümanlık sisteminin işleyişi olduğundan öncelikle Osmanlı Devleti'nin kendi özgün sistemi doğrultusunda tercümanlık kadrolarının ne şekilde oluşturulduğu üzerinde durulmuştur. Sistemin düzgün işlediği dönemlerde bunun sorun olmadığı açıklanmak istenmiştir. Daha sonradan kötüniyetli uygulamalarla ortaya çıkan sorunlar ise, diğer başlık altında ele alınmıştır.

A. Tanımlar ve Osmanlı Hukuk Sistemindeki İşleyiş

Aramice ve İbranice (targum) kökünden gelen ve Osmanlı Türkçesinde *tercüman* olarak söylenen turdjuman (a.), pls. taradjim sözcüğü, Arapça terim olarak *tercüme etmek* anlamına gelmektedir⁵. Tercüman kelimesi, zamanla dragoman/drogman ve türevleri şeklinde Batı dillerine de girmiştir. Osmanlı hukukunda bir kişi, herhangi bir devlet görevine atanırken ona verilen işin, yetkinin, görev alanının ve aynı zamanda kişinin kimliğini ayırt eden unsurların belirtildiği bir belge verilirdi. Genellikle berat denilen Arapça kökenli sözcük, sözlüklerde *yazılı kâğıt, mektup, menşur, biti, misal, nişan; rütbe veya bir imtiyazın verildiğini musaddak olan hatt-ı divânî ile yazılan bir imtiyaz senedi ve ferman* gibi anlamlara gelmektedir⁶. Osmanlı devlet geleneği ve yönetim hukuku terimi olarak *rütbe ve memuriyet-i muhtelif için taraf-ı devletten yazılıp verilen kağıd-ı resmî, fermannâme*⁷ mânasını kazanan

157.

⁵ Bosworth, C. E. "Tardjūmān", *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Ed. P. Bearman, Th. Bianquis, CE Bosworth, E. van Donzel, WP Heinrichs, Leiden: Brill, 1997.

⁶ Kütükoğlu, M.S. "Berat", *DİA*, C. 5, İstanbul, 2006, s. 472.

⁷ Kamus-ı Osmanî "berat" maddesi, s. 118; Lugat-ı Nâci; Kamus-ı Türkî, 'Berat' maddesi, s. 286; Reyhman, Jan-Zajaczkowski, Ananiasz. *Osmanlı-Türk Diplomatikas El Kitabı (Handbook of Ottoman-Turkish Diplomats)*,

sözcük, resmî yazışma dilinde ise, gerçek veya tüzel kişilere bir yetki/imtiyaz yaratma amacıyla veya devlete ait mallar üzerinde tasarruf hakkı/mülkiyet hakkı kurmak için verilen ve sunduğu bu hak ayrıcalıkları üçüncü kişilere karşı koruma yollarını, padişah emri ile, bahşeden hukukî belgeleri anlatmaktadır⁸. *Reychman* ve *Zajaczkowski* ise bu terimin her atamada değil, özellikle yüksek mevki sahiplerinin atanması ile feodal sınıfa yapılan mal-mülk bağışları ve muayyen şekillerde verilen ruhsatlar için kullanıldığını ifade etmiştir⁹. Ancak çalışmamız esnasında yukarıda belirtilenlere ek olarak bir vergiden muafiyet, kılık kıyafet, sakal-bıyık özgürlüğü gibi konularda devlet tarafından tanınan/korunan ayrıcalıkların tümünün ve daha fazlasının beratın kapsamına girebildiği görülmüştür. İşte bu nedenle, devlet kademelerinde *bir berata sahip olmanın yolları*, tercümanın kimliği, kişiliği ve niteliklerinden daha çok ön plana çıkmaktadır.

B. Sistemin İşleyişi

Osmanlı Devleti tarafından ülkede bulunan yabancı elçiliklerin tercümanlarına da görevlerini ispat eden birer berat verilmekteydi. Osmanlı diplomasi örgütünün kökenlerinin ve gelişim sürecinin Batıdaki konsolosluk ve diplomasi teşkilatınının gelişimiyle örtüştüğü söylenemez¹⁰. Osmanlı kançılığının kayıtları düzenli tutulmasına¹¹ rağmen Osmanlı Devleti, Batı diplomasi sistemine sonradan girmiştir. İstanbul'un fethinden itibaren Osmanlı diplomasisini ilki, karşılıksız/tek taraflı diplomasi; ikincisi, karşılıklı diplomasi olmak üzere iki döneme ayırmak mümkündür¹². Klâsik dönemde Osmanlı elçileri bir başka ülkeye ancak cülûs, şehzâde doğumu, yüksek mevkideki kişilerin ölümleri ve savaş gibi önemli durumlarda gönderilmiş fakat görev tamamlanınca elçiler geri dönmüştür¹³. Buna karşılık kimi yabancı devletler ise, Fatih devrinden itibaren İstanbul'da kalıcı elçi bulundurmuşlardır¹⁴.

Avrupada gerçekleşen önemli olaylar, genellikle İstanbul'da bulunan yabancı elçiliklerin tercümanlarından, tüccarlardan ve Elfâk-Boğdan beylerinden öğrenilmiştir. Resmîyet ve objektiflik taşımayan bu bilgi akışının gerçeği ne kadar yansıttığı tartışılır. Diplomasinin önemi, 1699'dan itibaren toprak kayıplarının başlamasıyla ortaya çıktığından bu dönemde diplomasi örgütüne Mektubî Odası ve Amedî Kalemi eklenmiş, dış ilişkilerden birinci derecede sorumlu görevli reisülküttap olmuştur¹⁵. Dış ülkelerde yaşanan gelişmelerden doğru ve doğrudan bilgiye ancak kendi elçilerimiz aracılığıyla ulaşılabileceği *III. Selim* devrinde kavranabilmiştir. Uluslararası ilişkilerde tek başına düzen kurulamayacağı, diplomasiyle hareket edilmesi gerektiği anlaşılınca İngiltere ve Fransa'da ikamet

(Genişleterek İngilizceye Çeviren: Andrew S. Ehrenkreutz) (Türkçeye Çeviren: Mehmet Fethi Atay), T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü-Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 155. Beratları fermanlardan ayıran şekli özellikler için bkz. Genç, Yusuf İhsan. *Osmanlılarda Beratlar*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1988, s. 10 vd.

⁸ Gök, Necdet. "Osmanlı Diplomatasında Ferman ve Berat Arasında Benzerlik ve Farklar", *OTAM, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 11, 2001, s. 218.

⁹ Reychman-Zajaczkowski, s. 156. Öğretide Osmanlı belgebilimi bakımından belgelerin sınıflandırılmasında, biri *Fekete*'ye diğeri *Kütükoğlu*'na ait olan iki tasnif anlayışından bahsedilmektedir (Gök, s. 212).

¹⁰ Batı'daki konsolosluk anlayışındaki farklar için bkz. Foşil, Pol / Bonfis, Henri. *Hukuk-u Umûmiyye-i Düvel, Üçüncü Kısım* (C. 3), Mütercimi: Mehmet Cemil, Mürtebin-i Osmaniyye Matbaası, İstanbul, 1328, s. 113 vd, 151; Ali Şahbaz Efendi. *Hukuk-u Düvel*, C. I-II, Nâşiri: Mehmed Âdil, Bağdatlıyan Matbaası, İstanbul, 1898, s. 245; Karakoç, İrem. *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 158.

¹¹ Groot, Alexander. "The Historical Development Of The Captulatory Regime In The Ottoman Middle East From The Fifteenth To The Nineteenth Centuries", *Oriente Moderno*, Nuova serie, Anno 22 (83), Nr. 3, Published by: Istituto per l'Oriente C. A. Nallino Stable, s. 1.

¹² Akyılmaz, Sevgi Gül. *Osmanlı Diplomasi Tarihi ile Teşkilatı*, Tablet Basım Yayın, Konya, 2000, s. 56, 136; Akyılmaz, Sevgi Gül. *Siyasi Tarih*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022, s. 105.

¹³ Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 113.

¹⁴ Gürkan, Emrah Safa. "Bir Diplomasi Merkezi Olarak Yeni Çağ İstanbul'u", *Antik Çağ'dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi*, C. 2, s. 372-399, 2015, İstanbul, s. 372.

¹⁵ Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 108.

elçilikleri kurmuştur¹⁶.

Klâsik dönemde önceleri Osmanlı Devleti'ne yerleşen daimî yabancı elçilere Müslüman-Türk tercümanlar verilirken¹⁷ 1560-1569 yılları arasında, sonradan Müslümanlığı kabul etmiş gayrimüslimler seçilmiştir. 17. yüzyıl ortalarında ise, Divan-ı Hümayun'da dil bilen Rumlar görevlendirilmiştir. Sakız'lı bir Rum doktor olan Panayoti Mamonas, 1699'da Sadrazam Fazıl Ahmed Paşa tarafından Divan-ı Hümayun baş tercümanı yapılmıştır. 1709'da ilk olarak Divan-ı Hümayun baş tercümanı İskerletzâde Nikola, Boğdan ve Eflâk voyvodalığına getirilmiştir. 1819'dan itibaren Donanma ve Divan-ı Hümayun tercümanlıklarıyla Eflâk ve Boğdan voyvodalıklarının, Fenerli aileler arasında rekabete konu olduğu bir süreç yaşanmıştır. Sonrasında tercümanlık görevleri sürekli olarak Fenerli ailelerin fertlerine verilmeye başlanmıştır¹⁸.

18. yüzyılda Osmanlı Devlet kademelerinde başgösteren Rus, İngiliz ve Fransız nüfuzunun giderek artması ve tercümanlara da sirayet etmesiyle birlikte tercümanlar kendi görüşlerine uygun bir yabancı devletin çıkarlarına göre davranmışlar Batılı devletlerle menfaat ilişkisi içine girmişlerdir. *Ahmed Cevdet Paşa*'nın belirttiğine göre bu ilişki, tercümanların yükselerek voyvoda olması; voyvodaların da Fenerlilerden olması ile doğrudan bağlantılıdır. Voyvodaların Osmanlı Devleti tarafından atanması, ilk bakışta Osmanlı Devleti tarafından sanki hükmetme/egemenlik alanını genişletmek gibi görünse de aslında sistem tam tersine yani, devletin aleyhine işlemiştir. O dönemde bu sistem, daha çok Rusya'nın yararına sonuç doğurmuştur. Kişiler, voyvoda olmadan önce bu mevkiye gelebilmek için oldukça fazla masraf ederler, bunu telafi etmek için de halka ağır vergiler koyarak zulmederlerdi. Devlet bunu haber aldığı anda voyvodaları azlettiğinden görevde en çok bir yıl kalmaları neredeyse teâmül hâline gelmiştir. Bunun idrakinde olan voyvodalar Rusya'ya yanaşıp gizlice onun çıkarına çalışma karşılığında Rusya'nın Osmanlı nezdindeki nüfuzundan yararlanmaya ve giderek onun himayesine girmeye başlamışlardır. Aynı '*korunma gerekçesi*' ile yerel halk da Rusya'nın himayesine girmiştir¹⁹. İşin ilginç, büyük devletlerin menfaatleri birbiriyle çatışınca devleti ikaz ederek birbirleri aleyhine kararlar çıkarabilmişler: menfaatleri uyuştuğunda ise, Osmanlı'nın karşısında birleşebilmişlerdir²⁰.

Devlet, beratlı tercümanlığın araçlaştırılmasının halka sirayet etmesini engellemek için bazı adımlar atmış; ülkenin çeşitli yerlerindeki konsolosların sayıca fazla olan tercümanlarını, Osmanlı reayasından iki beratlı ile sınırlamak istemiştir²¹. 1661 tarihli İngiliz kapitülasyonunda Osmanlı ülkesindeki İngiliz elçisinin en çok on nefer hizmetkârı olabileceği belirtilmişken 1675 tarihli İngiliz kapitülasyonunda elçiliğin çalıştırabileceği yasakçı ve tercümanların sayısına sınır konmamıştır. 1737 tarihli İsveç kapitülasyonunun 5'inci maddesinde en çok dört konsolos ve bir tercüman çalıştırılabileceği hükmü vardır²². Devlet, sonunda suistimallerin önlenmesi için elçilerin, yanlarında çalışan

¹⁶ Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 55-56, 106, 175; Karaer, Nihat. "Fransada İlk İkamet Elçiliğinin Kurulması Çabaları ve İlk İkamet Elçimiz Seyyid Ali Efendi'nin Paris Büyükelçiliği, (1797-1802) Sürecinde Osmanlı Fransız Diplomasi İlişkileri", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 31, S. 51, 2012, s. 63, 68. Ayrıca bkz. Ortaylı, İlber. *Osmanlı'da Milletler ve Diplomasi*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 217.

¹⁷ Örneğin Kanuni döneminde, yeni gelen İspanya elçisine tercüman olarak *Abdullahoğlu Cafer* verilmiştir (Orhonlu, s. 177).

¹⁸ Ahmed Cevdet Paşa. *Tarih-i Cevdet*, C. I, III, (Hazırlayan Prof. Dr. Mehmet İpşirli), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, s. 323; Çiftçi, Cafer. "*Bâb-ı Ali'nin Avrupa'ya Çevrilmiş İki Gözü: Eflak ve Boğdan'da Fenerli Voyvodalar (1711-1821)*", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 26, 2010, s. 27 vd; Orhonlu, s. 177.

¹⁹ Ahmed Cevdet Paşa, I, s. 323-324. Himaye süreci hakkında bkz. Konan, Belkis. "Osmanlı Devleti'nde Protege (Koruma) Sistemi", *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, s. 169.

²⁰ Fransa ve Rusya örneği için bkz. Başvekâlet Arşivi, Hatt-ı Hümayun, no: 5766 b'den aktaran Orhonlu, s. 178.

²¹ Ahmed Cevdet Paşa, I, s. 309; III, s. 270.

²² Boogert, Maurits H. Van Den. *The Capitulations And The Ottoman Legal System, Qadis, Consuls and Beraths in 18 th Century*, Boston: Brill Leiden, 2005, s. 24, 65.

tercümanlardan sadece ikisinin cizyeden muaf tutulabileceğine karar vermiştir²³. Devletin tüm çabasına rağmen, kapitülasyonları kaldıramadığı için bu haksız kazanç düzeni sürmeye devam etmiştir²⁴.

1821 yılına kadar elçilik tercümanları sekiz adet yardımcı (dil oğlanı) ve on iki hizmetkâr bulundurma hakkına sahip kılınmıştır. Ancak yardımcıların tamamı Rum olup cizyeden muaf tutulmuştur²⁵. Devletin atadığı elçilik tercümanlarının, nezdine atandığı yabancı ülke ile kişisel çıkar ilişkisi kurması yasak olup aksi durumda azledilirlerdi. Tercümanların ticaret ve benzeri başka işlerle iştigal etmesi de yasaklanmıştır. Bu doğrultuda İngiltere 1809 tarihli andlaşmanın 9. maddesinde esnafılık veya bankacılık gibi ticaretle uğraşan hiç kimseye tercüman beratı vermeyeceğini kabul etmiştir²⁶. Fakat 1821’de baş tercümanın Rum ayaklanmasında dahil olduğu sebebiyle tercümanlıklara tedricen Fenerli aileler yerine Müslüman Türkler atanmaya başlanmış, yabancı dil bilen memur yetiştirme amacıyla tercüme odası kurulmuştur²⁷. 1854’te, elçiliklerde en çok dört, konsolosluklarda bir tercüman olabileceği hükmü getirilmiş fakat Fransa, İngiltere ve Hollanda gibi devletler bu sayı sınırlamasının dışında tutulmuş hattâ bir süre sonra tercümanlar yeniden yabancı tebaadan olabilmeye başlamıştır. Baş tercümanların terfi ettikleri takdirde konsolos yapılması gelenek hâline gelmiştir²⁸.

Pasarofça Andlaşması’ndan (1718) sonra ve Belgrad Andlaşmasını (1739) izleyen dönemde Osmanlı artık Avrupa diplomasi sisteminin etkisine girmiş²⁹, bundan sonra Bâbîâlî nezdindeki sefirler sadece barış görüşmeleri için değil, temsil ettikleri ülke tüccarının güvenlik ve çıkarlarını korumak için reisülkütuba başvurmaya başlamışlardır³⁰. 18’inci yüzyılda reisülkütuplar, diplomasi anlayışının yenilenmesinin bir sonucu olarak dış işleri bakanına benzer bir statü kazanmışlarsa da bu dönüşüm, görünüşte kalmış gibidir. Nitekim o dönemde reisülkütuplar normal bir dış işleri bakanının işlevini gereği gibi ifa edemedikleri gibi sık sık da değiştirilmişlerdir³¹. Reisülkütubun baş sorumluluğu, dış ilişkiler değil de âdetâ yabancı sefirlerin, kendi tüccar, konsolos, tercüman ve diğer konulardaki şikâyetlerini dinleyip, bu konularda emir ve uyarılar yazmak, iç hukuk mekanizmalarını harekete geçirmek, sefirlerin rahatını sağlamak olmuştur. Kayıtlardan anlaşıldığına göre yabancı sefirler, padişaha ulaşmak sûretiyle, memnun kalmadıkları devlet adamlarının değiştirilmesini isteyebilmekteydiler. Batılı elçilerin padişah nezdinde yürüttükleri talepkâr politikaların sonucunda yabancılar, devlet içinde güçlü bir koruma kalkanına sahip olmuşlardır³². Beratlarda genellikle padişahın “...kimse bunlara müdahale etmeye...karışmaya, tutulmaya...” şeklinde sert emir ve uyarıları yer almaktadır. Örneğin İngiltere tarafından Beyrut Konsolosluğu’na atanan *Mr. William Viri*’ye berat verilmesi ricası üzerine İngiltere Elçiliği’nin tavrı ve Divan-ı Hümâyûn muktezâ kaydı bulunmaktadır³³. Başka bir beratta Avrupalı tüccarlar ile hizmetkârlarına yol emri verilmesi ve alınacak

²³ Kenanoğlu, Macit. *Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek*, 2. Baskı, Klâsik Yayınları, İstanbul, 2007, s. 389.

²⁴ Kapitülasyonların kaldırılma süreci için bkz. (Özkorkut, Nevin Ünal. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, *AÜHFD*, C. 53, S. 2, s. 92 vd.

²⁵ Bu uygulamanın ne zaman başladığı bilinmemektedir (Orhonlu, s. 177, 180). 1730’da Osmanlı Devleti’nde bulunan tercümanların sayısı bkz. Balcı, s. 33.

²⁶ Feroz, Ahmad. “Ottoman Perceptions of the Capitulations (1800-1914)”, *Journal of Islamic Studies (JSTOR)*, 11:1, p.1-20, Published by: Oxford University Press Stable, 2000, s. 4.

²⁷ Osmanlı ulemâsı arasında Divan tercümanlığının yeterince prestijli bir iş olmadığı kanaati yaygın olduğundan kendinin “yüksek ulemâ” olduğunu düşünenler bu görevi kabul etmemiş makam bir süre yetersiz kişilerce doldurulmuştur (Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 155).

²⁸Orhonlu, s. 181.

²⁹ Osmanlı Devleti Rusya’ya daimî sefaret açmamıştır (Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 140).

³⁰ Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 138.

³¹ Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 145, 148.

³² Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 54, 148; Ortaylı, s. 217.

³³ İngiltere’nin Halep Konsolosluğu Tercümanı Cibril veled-i Yosef’in hizmetkârlarından Cami veled-i Papa Simaki’nin beratı (Yer Bilgisi: 7-65 Dosya Ek: Belge Tarihi: H-20-12-1260); İngiltere Devleti tarafından Mısır ve Mora’ya atanan konsoloslara bermutad konsolosluk beratları verileceği. a.g.y.tt (Yer Bilgisi:168-7107 Dosya Ek: Belge Tarihi: H-29-12-1210).

cizye miktarı ile müste'men tercümanlarının kendileri ve evladlarının menkulat (taşınır mallar), meşrubat (içecekler) ve melbusatlarına (giysiler) *müdahale edilmemesine dair*³⁴ uyarılar vardır. Buna aykırı herhangi bir davranışta, yabancı devlet elçisi, doğrudan padişah nezdinde bildirimde bulunarak Osmanlı devlet adamlarının -yukarıdan- ikaz edilmesini sağlardı. Örneğin İzmir'de sakin beratlı tercüman olanlardan bedel-i avarız vs. mirî tekâlif alınmakta olduğunun İngiltere elçisi tarafından beyan edildiği ve bunlardan vergi alınmasının ahd-i hümayûna muhalif bulunduğu sebebiyle talep edilmemesi hakkında İzmir Kâdısı Mustafa'ya ferman yazılmıştır³⁵.

Beratlarda, “Cebrail veled-i Abdal Yaseb'in ölümüyle boşta kalan Fransa Elçilik Tercümanlığı'na Apostol Papa veled-i İstomani'nin tayin edildiği, kendisinin himaye edilmesi ve kanunsuz vergi talebiyle rencide edilmemesi” ve “Defterli Avrupa tacirlerinden Panayot veled-i Dimitri'nin İzmir'de mûkim hizmetkârı Acı Odenis Cevhercioğlu'na verilen himaye beratının şartlarına uyulması” gibi tercümanın kendisini himayeye dair ikazlar vardır. Beratlardan ilki III. Selim ikincisi II. Mahmud dönemine aittir³⁶.

Arşiv defterlerinde, elçilik tercümanlarının hizmetçilerinin korunması hakkında da pek çok kayıt vardır. Bunlara örnek olarak Fransa'nın Sayda Elçilik Tercümanı Yusuf veled-i Yorgaki'nin İzmir'e gönderdiği hizmetçisi Nikola Mavrokordato'nun himaye edilmesi için, III. Selim dönemine ait kayıt³⁷ ile Birleşik Yedi Ada Cumhuriyeti elçiliği tercümanı Mıgırdıç'ın hizmetkârı Serkiz için “emsali gibi” berat verilmesi talebi gösterilebilir³⁸.

1753 yılına ait bir kayıta İngiltere elçisi tercümanlarından Hayim veled-i Menahim, oğlu Menahim'i, İstanbul-Galata-Haslar ve Üsküdar kazalarına göndermiştir. İngiltere elçisi doğrudan sultanı muhatap olarak saraya ilettiği dilekçesinde tercümanın sahip olduğu berat şartları gereğince, tercümanın oğlu Menahim'in de seyahati sırasında şer'i şerife, ahidnameye ve berat şartlarına aykırı cizye istenilerek veya başka bahanelerle rahatsız edilmemesi ve giyimine karışılmaması için hükm-i hümayûn ricasında bulunmuştur. Elçinin isteği kabul edilerek İstanbul, Galata mollalarına, Yeniçeri Ağası'na, Haslar ve Üsküdar kazâ nâibleri ile Galata voyvodasına hitaben “hilâf-ı şer'-i şerif ve mugâyir-i ahidnâme-i hümayûn ve şürût-ı berât-ı âlişân müdahale ve rencide ve remide olunmak icâb itmez iken cizye-dâr kolcuları ve kolluklarda olanlar ve sairler hilâf-ı ahidnâme-i hümayûn ve mugâyir-i şürût-ı berât-ı âlişân” rahatsız edilmemeleri yolunda hükm-i hümayûn çıkarılmıştır³⁹.

1759 yılına ait kayda göre tercüman Bedros veled-i Aleksan oğlu Mıgırdıç'ı *bazı mesâlih* için Üsküdar'dan Sivas, Eğin ve Arapkir ve civarına göndermek istemiştir. Fakat *bazı mesâlih*in ne olduğu açıklanmamıştır. Bununla birlikte İngiltere elçisi durumu bir dilekçeyle sultana bildirerek adı geçen kişilerin seyahat esnasında rahatsız edilmemeleri için hükm-i hümayûn rica etmiş, elçinin talebi kabul edilmiştir.

1760 yılına ait bir başka kayıta tercüman Avanis veled-i Hanem *bazı husûs* için Üsküdar'dan Halep, Erzurum, Kars ve Kudüs'e gidip döneceğini bildirmiş sebep göstermemiştir. Dilekçede sefaret tercümanının ‘tercüman-ı mesfûr ve yanında olan bir nefer oğlu ve iki nefer hizmetkârlarıyla’ yolculuk yapacağı, gerek yolculuğu sırasında gerekse konakladığı yerlerde cizyedarlar ve başkaları tarafından hiçbir bahaneyle rahatsız edilmemesi, tercüman ile davası olup dört bin akçeyi geçen davaların yerel mahkemede görülmeyerek İstanbul'a havale edilmesi e bahsi geçen kişilerin korunması için hükm-i

³⁴ H-17-03-1255 (AE.SMHD.II.112 9553).

³⁵ 10.03.1077/10 Eylül 1666 tarih, 4/369, Sıra:93.

³⁶ AE II.MHD 69-5001'den nakil, (Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi MFB 764).

³⁷ AE.SSLM.III, Fon:4, Kutu/Gömlek/Sıra no: 178; Tarih H. 29-12-1210.

³⁸ C..HR.. Fon:107, Kutu/Gömlek/Sıra no: 5333; Tarih H. 10-03-1220.

³⁹ Demiryürek, Mehmet. “İngiltere Tercümanları ve 1758 Tercüman Reformu”, *Belleten*, Ağustos, C. 80, S. 288, 2016, s. 472.

hümâyûn rica edildiği belirtilmiştir. Elçinin talebi kabul edilmiştir. Dilekçede tercümana yöneltilebilecek olan alacak taleplerinden bahsedildiğine göre tercüman ve maiyyetindekilerin özel bir koruma altına alındığı görülmektedir. Herşeyden evvel tercümanlar ticaretle uğraşmakta ve yüksek gelir elde etmektedir. Buna ek olarak tercümanın oğlu ve hizmetkârları tercümanın ayrıcalıklarını kullanarak seyahat etmektedir. İngiltere elçisinin himayesinde olanların, sorunlarını doğrudan sultana iletme imkânına sahip oldukları da görülmektedir. Çünkü Osmanlı tebaasından olan normal bir tüccarın bu tür imtiyazları bulunmamaktadır⁴⁰.

Tanzimattan önce birçok memuriyete beratsız atama yapılamaz ve yapılsa da geçersiz sayılırken zamanla yüksek rütbeli memur/asker atamaları fermanla yapılmaya başlanmış, devlet memurluğunda berat usulü giderek terkedilmiştir. Ancak buna rağmen tüccar, elçi ve metropolitler için berat düzenlenmeye devam edilmiştir⁴¹. Buradan, Osmanlı Devleti'nde yabancılarla ilişkilerde ayrı bir hukukun olduğu, iç hukuktaki düzenlemelerin bu alanda geçerli kılınmadığı sonucuna varmak mümkündür.

C. Tercüman Beratları

Osmanlı Devleti'nde reayadan birini tercüman olarak kadrosunda çalıştırmak isteyen bir yabancı elçinin ücreti karşılığında padişahın berat istemesi gerekirdi. Bir kişiye ayrıcalıklı tercüman statüsünün verildiği ancak bu beratla ispatlanabilirdi. Beratın verildiği görevliler arasında tacirler yoktur. Çünkü bu bir görev belgesidir. Osmanlı ülkesinde bir yerden bir yere seyahat etmek isteyen herkesin 'mürur tezkiresi/yol emri/yol hükmü' denilen bir ruhsata sahip olması gerektiğinden beratlarla genellikle, bunu taşıyanın, Osmanlı ülkesinde yetkili makamlarca rahatsız edilmeden, sorgulanmadan seyahat edebileceğini belirten bir ifadeye de yer verilmiştir⁴². Aşağıda, hukuki açıdan gereği ve önemi bulunan tercümanlık beratlarının nasıl arttırıldığı, yer değiştirildiği ve yetersiz kişilerin tercüman beratı almaları için hangi hukuki yolların araç olarak kullanıldığı açıklanmıştır.

1. Beratlı Tercüman Kadrolarının Arttırılmasının Hukuki Mekanizması

Tercüman olarak istihdam edilenlerin sayısının artmasında bunun kazançlı bir iş hâline dönüşmesinin büyük etkisi vardır. Çünkü kapitülasyon andlaşmalarına beratlı elçilik tercümanlarının ticaret yapabileceğine dair hükümler konmaya başlanmış ve padişahlar da bu uluslararası andlaşmaları onaylamıştır⁴³. 1675 tarihli İngiliz, 1680 tarihli Hollanda ve 1740 tarihli Fransız kapitülasyonları, tercümanlara da müste'men tüccar gibi ticarî amaçla alım-satım yapabilme hakkı vermiştir. Bunun üzerine yabancı elçilikler tercümanlarının ticaretle uğraşmasıyla yetinmemiş ve devletten aldıkları beratlı tercüman kadrolarını satışa çıkarmışlardır. Herhangi bir elçilikten bu konuda bir berat satın alan her gayrimüslim, bağlı olduğu konsolosluğun bulunduğu şehre dahi gitmeden ahidnâme ile tercümana tanınan imtiyazlardan yararlanıp, *görünüşte tercüman ama aslında müste'men tacir* olarak ticaret yapmaya başlamış ve böylece tercüman beratı sayısı, kadrolu tercüman sayısını aşmıştır⁴⁴. Ayrıca elçilikler *Osmanlı Devleti'*nden bilgi edinmeleri karşılığında bazı zimmîlere bu belgeleri karşılıksız da

⁴⁰ Demiryürek, s. 475.

⁴¹ Genç, s. 8-9.

⁴² Yabancıların ülkeye girişlerinde vize ve pasaport zorunluluğu getirildikten sonra buna gerek kalmamıştır (Kütükoğlu, Mübahat S. "Mürur Tezkiresi", *DİA*, C. 32, İstanbul, 2006, s. 60).

⁴³ *Feroz Ahmad*, uluslararası andlaşma hükmü olan bu şartların, Osmanlı Devlet adamları tarafından *padişahın tek taraflı ihsanı* olarak algılandığını belirtmektedir. Lord Hardinge 1908'de "istedikleri şeyin ayrıcalık/ihsan değil (*privilege*) değil, hakları (*right*) olduğunu belirtmiştir (Feroz, s. 1).

⁴⁴ Thayer, Lucius Ellsworth. "The Capitulation of The Ottoman Empire and The Question of Their Abrogation as it Affects the United States", *AJIL*, C. XVII, 1923, s. 218; Feroz, s. 3; Bağış, Ali İhsan. *Osmanlı Ticaretinde Gayrimüslimler (Kapitülasyonlar-Avrupa Tüccarları-Beratlı Tüccarlar-Hayriye Tüccarları (1750-1839))*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1983, s. 29, 43; Boogert, s. 66.

vermişlerdir⁴⁵.

Sayıdaki artışı gösteren bir hükümden anlaşıldığına göre, Fransa elçi ve konsoloslarının 1144 (1732) tarihinde kırk nefer beratlı tercümanı vardır. Bu sayı, 1172 (1759) tarihine kadar, daha on nefere tercümanlık beratı verilmek sûretiyle, elliye ulaşmıştır. Oysa 1172 tarihli nizamda, eğer on nefer helâk olur veya işi terk ederlerse (*hâlik ve târik oldukta*) sayıyı azaltmak için onların yerine bir başkasının atanmayacağı (*ism-i âhara berat verilmemesinin takarrür ettiği*) kararlaştırılmıştır. Buna rağmen Fransa maslahatgüzârının yine elli nefer ve daha fazla tercüman beratı talebinde bulunduğu görülmektedir⁴⁶.

Bir mukayese imkânı vermesi bakımından *Osmanlı Devleti*'nin İngiltere'ye atanan ilk daimî elçisinin beraberinde sır kâtibi *Mahmud Raif Efendi*, Ataşe *Derviş Ağa*, iki tercüman ve Hristiyan tebaadan bir memur götürdüğünü; Paris'e gönderilen *Seyyid Ali Efendi*'nin on sekiz kişilik maiyyetinden sadece ikisinin Rum tercümanlar olduğunu belirtmek yerinde olacaktır (1797)⁴⁷.

Batılı devletlerin beratlı tercüman kadrolarındaki suni artışta, en büyük pay şüphesiz yabancı elçiliklerindir. Tercüman sayılarındaki aşırı artışın nedeni devletlerin bu yolla mahmûlîlerini arttırmasıdır. Nitekim Osmanlı hukukçusu *Osman Affan*'a göre, Osmanlı'nın yabancı devletlerle akdetmiş olduğu çeşitli andlaşmalarda "Süfara maiyyetinde ikişer ve konsoloslar maiyyetinde birer tercüman bulunacaktır" hükmü dreç edilmesine rağmen Sultan III. Mustafa Prusya ile akdettiği andlaşma (1174) ile bu sayı iki katına çıkarılmış; yabancıların mahmûlîk suiistimleri bu tarihten itibaren başlamıştır⁴⁸. Örneğin Yunan hükümeti tarafından taahhüt edilmesine rağmen bu taahhüde aykırı olarak tefviz-i tabiiyet konusunda çok eli açık davranmıştır⁴⁹. Ancak Osmanlı Devleti de çeşitli yasak düzenlemeleri yaptıysa da yaptığı yasaklamalar sürekli bir hukukî sisteme dönüşmemiş bu gidişata, kesin bir şekilde, "dur" denilememiştir. Kural konulmakta fakat uygulan(a)mamaktadır. 1748 yılı itibarıyla ve Hollanda elçiliğinden alınan bir beratın maliyeti (Osmanlı kalemiyyesinin masrafı) 207 kuruş 90 para olup bunun elçiliklerce kişilere satış fiyatı ise, hangi ülkenin beratı olduğuna göre, 2.500-6.000 kuruş arasında değişmekteydi⁵⁰. Kayıtlarda mevcut bir örneği, yani 1699'da ihdas edilmiş bir beratlı kadrosunu genelleştirmenin, bu konuda izlenen yolu daha kolay anlaşılır kılacağı düşünülmektedir⁵¹.

İncelenen berata konu olayda, Halep'teki İngiltere konsolosunun yanında baş tercüman olan (İ)'nin resmen verilmiş bir beratı yoktur (bî-berât). 1703'te yeni padişahın cülûsu nedeniyle beratlar yenilenirken (İ)'nin, 'olmayan' beratı -yenilemeden yararlanılarak- verilmiştir. 1712'de Halep'teki İngiltere konsolos tercümanı (İ) ölünce yerine, 'İstanbul'daki elçinin yanında görev yapması şartıyla' (A) atanmıştır. Böylece tercüman kadrosu Halep'ten İstanbul'a nakledilmiştir⁵². 11 Cemaziyelahir 1140'ta (24 Ocak 1728) (A) azledilmiş ve yerine, İstanbul'daki İngiliz büyükelçisinin yanında baş tercüman olmak üzere (E) görevlendirilmiştir. Bu sırada, başta boşaltılan Halep tercümanlık kadrosuna da muhtemelen biri atanmıştır. 1734'te (Gurre-i Safer 1147/3 Temmuz 1734) İstanbul'daki İngiliz elçisinin yanında ikinci tercümanlık yapmakta olan (Ç)'nin süreğen bir hastalığa tutulduğu ve yaşlı olduğu gerekçesiyle (pir ve alil) onun yerine geçmek üzere ikinci bir tercüman atanması talep edilmiştir.

⁴⁵ Bağış, s. 35. Mahimîlik ve vatandaşlık suiistimalleriyle ilgili olarak Osmanlı hukukçularından Osman Affan'ın eleştirileri için bkz. Affan, "Terk-i Tabiiyet: Tabiiyet Mesailinden Mâ'da'd: Terk-i Tâbiyyetin Şeraiti-Mahmiyet-i Ecnebiye Tarihçesi-Kavanin-i Ecnebiye Ahkâmı", s. 146 vd.

⁴⁶ Devlet Arşivleri Osmanlı Arşivi, Fon: HAT; Kutu Gömlek Sıra: 168/ 7112) Tarih H-29-12-1212 (14-06-1798.

⁴⁷ Akyılmaz, *Osmanlı Diplomasi*, s. 138.

⁴⁸ Affan, "Terk-i Tabiiyet: Tabiiyet Mesailinden Mâ'da'd: Terk-i Tâbiyyetin Şeraiti-Mahmiyet-i Ecnebiye Tarihçesi-Kavanin-i Ecnebiye Ahkâmı" s. 146.

⁴⁹ Diğer suiistimal örnekleri için de bkz. Affan, s. 149-150.

⁵⁰ Demiryürek, s. 458.

⁵¹ Olayın kurgulanmasında İngiltere Nişan Defteri'ndeki evâsit-ı Zilkade 1110 (11-20 Mayıs 1699) tarihli kaydı esas alınmıştır.

⁵² Evâhir-i Cemaziyevvel 1124 (26 Haziran-5 Temmuz 1712) tarihli nişan kaydı.

Bu atama yapılmış fakat sonrasında (Ç)'nin iyileştiği ileri sürülerek kendisi için bir tane daha tercümanlık talebinde bulunulmuştur. Osmanlı yetkilileri bu talebi de kabul etmiştir. 1699'da bir olan kadro sayısı, 1734'e gelindiğinde üçe çıkmıştır. 25 Zilhicce 1151 (5 Nisan 1739) tarihli kayıta İngiltere'nin İstanbul elçisi, Osmanlı sultanına bir dilekçe göndererek (Ç)'nin akrabası olan, yıllardan beri yanında beratsız tercüman olarak çalışan (Y)'ye de tercümanlık beratı verilmesini istemiştir. Talep, o dönemde devletin, *berat sahibi ölünce kadroyu kapatıp oraya yeni birini atamaması kuralı* olmasına rağmen devlet buna da izin vermiştir. Belli bir süre, bu hukuka aykırı kadro/berat el değiştirmiş en sonunda 5 Cemaziyelevvel 1229 (25 Nisan 1814) tarihinde iptal edilerek berat kaydı yaklaşık yüz yıl sonra kaldırılmıştır⁵³.

1758'de çıkarılan bir ferman⁵⁴ ile içerikte gösterilen zaman aralığı olan 1694'ten 1730'a kadarki sürede 12 yeni tercüman kadrosu daha oluşturularak 'hadd-i itidalin' aşıldığı belirtilmiştir. Bu yüzden 1730'dan sonra verilen bazı beratlarla Osmanlı yöneticilerince şerh konulmaya başlanmış, ahidnamelere tercümanlarla ilgili sınırlayıcı hükümler eklenmiştir. 1758 tercüman reformu, devletin yapılan berat satışlarının farkında olduğunu göstermektedir⁵⁵.

D. Beratlı Statüsünün Sağladığı Ayrıcalıklar ve Sonuçları

Osmanlı Devleti'nin halk unsuru aslında Müslüman ve gayrimüslim tebaadan (zimmî) oluşmakta fakat toplumda bunlardan başka bir de yabancılar bulunmaktadır. O devirlerde henüz günümüzdeki şekliyle vatandaşlık-yabancılık statüleri hukuki bir netlik kazanmamıştır⁵⁶. Tüm hukuk sistemi, *dârü'l-İslâm-dârü'l-harp; Müslüman olan-olmayan* ayrımı üzerine kurulmuştur. Müslim tebaa zaten İslâm hukukuna tâbi olup hem şer'î hem örfî vergilerle mükellef, hem de İslâm ceza ve muâmelât hukukunun ahkâmı ile bağlıdır. Klasik fıkıhta İslâm ülkesinde bulunan gayrimüslimler ya müste'men (yabancı) ya da zimmî (tebaa) ahkâmına tâbi tutulmuştur. Zimmîler, tebaa/vatandaş statüsünde olduklarından dolayı vergi mükellefidir. Ülkeye geçici amaçlarla giren; belirli ve kısa süre kalıp (en çok bir yıl) kendi ülkelerine dönecek olanlara müste'men denir⁵⁷. Osmanlı Devleti'nin vatandaşı olmadıkları için bunlar, kural olarak, ülkede ticaretten gelir elde etmiyorlarsa, Osmanlı Devleti'ne vergi ödemek zorunda değildir. Zimmîler ise, Müslüman vatandaşların ödediği dinî nitelikli vergileri ödemez fakat buna karşılık başka vergiler öderlerdi. Örneğin askerlik yapmamaları karşılığında cizye (baş vergisi); tarım arazisine maliklerse, haraç ödemeleri zorunluymuştu⁵⁸. Müste'menler her ne kadar geçici olarak ülkede bulunan ve bir gün işi bitince kendi ülkesine dönecek olan yabancı ülke tebaaları olarak tanımlanmakta ise de, ticaret yapmak için gelip sonradan Osmanlı ülkesine yerleşen ve kendi tâbiyetinde bulunduğu asıl vatanına hiç dönmeyen müste'menler de vardı⁵⁹. Bunlar kendilerine ait liman veya mahallelerinde

⁵³ Başka örnekler için bkz. Demiryürek, s. 451 vd.

⁵⁴ "Düvel-i ecebiye konsolosları maiyyetinde müstahdem ve beratı hâiz tercümanlar ile oğulları ve ikişer nefer hizmetkârları cizye ve tekâlif-i örfiyeden muaf tutulmaları uhud (andlaşmalar) icabından olup bunlardan maadasının mükellefiyeti lâzım gelmediği hâlde bazı eşhasın konsoloslardan patente alarak kıyafetlerini ve hattâ bir takımı mezheplerini tebdil eyledikleri ve bu hâl nizam-ı memleketin ve ahvâl-i reâyânın ihtilaline sebep olduğu cihetle leffen gönderilen defterde yazılı tercümanlardan maadasının iddia ettikleri sıfatların tanınmaması ve bu hususta konsoloslara ve sair icap edenlere tenbihat icrası hakkında Halep Valisi Sadr-ı esbak Abdullah Paşa ile Anadolu ve Rumeli'de bazı vilayetlere yazılan hüküm g.tt" için bkz. (Evâhir-i Rebîülâhîr 1172 (22-30 Aralık 1758) tarihli ferman (COA, Dosya No:19, Gömlük No:938, Tasnifin Kodu: C. HR).

⁵⁵ Demiryürek, s. 454-455.

⁵⁶ Vatandaşlık ve tabiiyet kavramları konusundaki tartışmalar için bkz. Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 7 vd.

⁵⁷ Khadduri, Majid. *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, (Türkçesi: Fethi Gedikli), Yöneliş Yayınları, İstanbul, 1999, s. 164.

⁵⁸ Karakoç, *Vatandaşlık-Yabancılık*, s. 127.

⁵⁹ Bu uygulamanın, İslâm ülkesinde Müslüman idaresi ve kurallarının egemen olması esası üzerine kurulu bulunan klasik fıkıh ahkâmıyla nasıl bağdaştırılabildiği hakkında bkz. Groot, s. 576.

yaşar, Osmanlı Devleti'nin denetimine kapalı özel postaneleri, hastaneleri, okulları ve ibadethaneleri bulunurdu. Bu durum, *fondaco* denilen ortak bir evde yaşayanların durumuna benzetilmiştir. Başka bir deyişle, müste'men imtiyazları aslında özerk bir başkanı (*podesto/bailo*) ve özyönetimi olan yabancı kolonilerin oluşturulması için verilmiştir⁶⁰.

Osmanlı'da kural olarak tercümanlar, aileleri -kayıtlara bakılırsa, özellikle oğulları- yardımcı ve hizmetkârları da kapitülasyonlar kapsamında, aslî vatandaşların ödemek zorunda oldukları vergilerden muaf tutulmuştur. Ayrıca beratlarda tercümanların silah taşıyabilecekleri de belirtilmiştir⁶¹. Kendilerine kapitülasyonlarla sağlanan bu hak ve ayrıcalıklardan yararlanan *yerleşik yabancılar*, hukukî ve adli imtiyazları gereği gayrimenkul vergilerinden muaf tutulmuşlardır. Klasik fıkha göre, gayrimenkul edinmeleri yasak olan müste'menlerin İslâm hukukunun yasaklamasına rağmen, hileli yollardan hem gayrimenkul ediniş hem de vergilerden muaf olmaları bir çelişkidir. Sırf gayrimenkul edindikleri için bunların zimmi statüsüne geçtiklerini kabul etmek de mümkün değildir. Çünkü bunların Osmanlı tebaası olmak gibi bir talepleri yoktur⁶².

Kapitülasyonların kapsamına giren tüccara ahidnameli tüccar da denmiş ve hukuki durumları ikili anlaşmalarla belirlenmiştir. Osmanlı Devleti'nin sürekli girdiği savaşlarda yenilmesinden dolayı savaş sonu barış anlaşmalarına, yeni kapitüller hükümler eklene eklene kapitülasyonların kapsamı, gerek hükümler bakımından gerekse yararlandırılan devletler bakımından, giderek genişlemiştir⁶³. Bu ayrıcalıklar müste'men tüccara yönelik kolaylıklar getirdiğinden zimmîler de bu sömürme düzenine dâhil olmanın yolunu aramışlardır. İmtiyazlar nedeniyle dış ticarete Osmanlı sınırları içinde, müslüman ve gayrimüslim tebaa ile ahidnameli devletler tüccarı eşit şartlarda ticaret yapamadığından zimmîlerin de ayrıcalıklardan yararlanmasını sağlamanın tek yolu tercümanların diplomatik imtiyazlarını bunlara da teşmil etmektir⁶⁴.

Genel olarak ahidnâmeli devletler İstanbul'da büyükelçilik, önemli Osmanlı liman kentlerinde konsolosluklar açabilmişler, yabancı elçilik ve konsolosluk tercümanları vergilerden muaf kılınmışlardır. İlk tercümanlar ata binebilmek, sakal uzatabilmek, cizye ve gümrük vergisinden muaf olmak, ellerinde bulunan resmî belgeyle rahatça seyahat edebilmek gibi normalde gayrimüslimlere tanınmayan birçok hak ve imtiyazla donatılmış; ayrıca bunlara İslâm-Osmanlı ceza hukuku hükümleri de uygulanmamıştır. Örneğin "İzmir'de Fransa komiseri yanında tercüman olan Yovakim veled-i Abraham'ın da Rusya ve İngiltereli tercümanlar gibi vergilerden muaf" olması için kendisine berat verilmiştir (MFB 1244).

Osmanlı Devleti'nin kendi hukuk sisteminde kendi eliyle açtığı bu gedikten elçilik ve konsolosluklar maddi menfaat sağlamıştır. Çünkü berat satışı yabancıların sahip olduğu bir elçilik

⁶⁰ Groot, s. 577; Saner Gönen, s. 48. Ayrıca büyük devletlerin baskı, rica veya ısrarıyla yabancılar her devletin kendi özel postanelerinin olması, kitap basma ve dağıtma, mektupların yetkililerce açılmaması, giderek kendi okulları ve hastanelerinin olması gibi ayrıcalıklar elde etmişlerdir. Bu müesseselerin hepsi gümrük ve diğer vergilerden de muaf tutulmuştur. Osmanlı karasularında gemi işletmeciliği ve deniz ticareti de büyük ölçüde yabancıların elindeydi. Oluşturulan kolonilerin ortak özellikleri vardır (Saner Gönen, s. 30, 45).

⁶¹ Nebioğlu, Osman. *Bir İmparatorluğun Çöküşü ve Kapitülasyonlar*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1986, s. 31 vd; Kenanoğlu, s. 389; Boogert, s. 67. Ayrıca konsolosların ayrıcalıkları hakkında bkz. Saner Gönen. Yasemin. *Osmanlı İmparatorluğunda Yabancıların Adli Ayrıcalıkları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), (Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü), İstanbul 1998, s. 35 vd.

⁶² Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Hukukî Durumu*, 4. Basım, Menteş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 9; Elmacı, Mehmet Emin. *İttihat Terakki ve Kapitülasyonlar*, Home Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 29.

⁶³ Savaş sonu barış anlaşması (sulhname) ile kapitülasyon anlaşmaları (ahidname) teknik olarak farklı olmasına rağmen Osmanlı kapitüller hükümleri barış anlaşmalarına konulmuş bu esneklik devletin sonunu getiren bir etken olmuştur (Groot, s. 579).

⁶⁴ Konuyla ilgili derli toplu kaynakça için bkz. Karakoç, *Vatandaşlık-Yabancılık*, s. 293. Ayrıca bkz. Elmacı, s. 17.

ayrıcalığı olmakla birlikte Galata'nın merkezindeki görkemli konutlarda, geniş ailelerle yaşayan ve kendi ailelerinin yanı sıra hizmetçiler, uşaklar, bahçıvanlar, seyisler ve diğer hizmetçileri bulunan; meslektaşlar ve diğer seçkin konuklar için sürekli olarak düzenlenen etkinlikler ve akşam yemeği partileri sayesinde sonuçta imkânlarının üzerinde yaşam tarzına sahip olan elçiliklerin gelirlerinin masraflarını karşılamaya yetmeyeceği açıktır. Bu açıdan berat satışı, Bâbîâlî'deki diplomatların maaşlarına esaslı bir katkıda bulunmuş olmalıdır. Örneğin Hollanda büyükelçisinin maiyyeti 38, Fransız, İngiliz ve Venediklilerin sırasıyla 78, 55 ve 98 kişi civarındadır. Düzenli ticaret faaliyette bulunmaları bile mali sıkıntılarını hafifletememiş görünmektedir⁶⁵.

Kimi yabancı yazarların ifadelerine göre, İstanbul'daki elçiliklerin hizmetindeki tercümanlara bu yetkiler, adeta sanki kendi bahçelerindeki üzümlerden şarap yapmak için verilmişçesine kolaylık sağlamıştır⁶⁶. Gerçekte beratlıların çoğu, tercümanlık beratında *görev yeri* olarak belirtilen şehirlere hiç gitmemiş, hattâ dil dahi bilmeyen tüccarlardır. Böylece belli bir Batılı devletin himayesine giren '*dragoman*' ve '*fahrî dragoman*' kavramları ortaya çıkmıştır. Tercümanlarla ilgili kayıtlar fahrî tercümanların, ticaret dışında para getirici işlerle de (bankerlik/sarraflık) uğraştıklarını göstermektedir. Borçlusundan alacağını tahsil edemeyen alacaklıların İngiltere elçiliğine başvurdukları; konsolosun, olayı padişaha arz edip borcun ödenmesi için emr-i şerif çıkarttığı örnekleri çoktur. Gerçekte yaşanmış, karz akdini konu alan bir hukukî olayda tercüman (tüccar), bir kişiye senet karşılığı 270 kuruş borç para vermiş (karz) fakat barçlı borcunu ödememiştir. Kayıta bu husus 'Cihet-i karz-ı şer'iden temessükü mûcibince' şeklinde belirtilmiştir. Tercüman birkaç kez borcun ödenmesini talep edip alamayınca alacağının tahsili için İngiliz elçisine başvurmuştur. Elçi, sultana sunduğu yazıda, tercüman Luka Kir(i)ko'nun Halep konsolos tercümanı Yozeb Pizani'yi kendisine vekil tayin ettiğini belirterek tercümanın alacağının Halep mahkemesi aracılığıyla tahsili konusunda tercüman Pizani'ye yardımcı olunması için Halep yetkililerine emr-i şerif gönderilmesini rica etmiştir. Çalışmamızın konusu bakımından önemli olan husus, tercümanın muhtemelen tefecilik benzeri bir işle iştigal ettiğidir. O dönemde tercümanların yanı sıra yabancı konsolosların da bankerlik/sarraflık yaptıkları, kârlarının (faiz oranı) %20-30 arasında değiştiği bilinmektedir⁶⁷.

1725 yılına ait bir kayıta bir başka tercümanın iltizam işine girerek mültezimlik yaptığı görülmektedir:

*Şam Defterdarı Ahmed Efendi'nin irtikâbının tahkikiyle eyalet-i merkume, muhasebe-i maliye ve kuyudiyesinin rüyet ve ıslahı hususunda teşkil olunan meclis kararınca, Hamar Madeni'nin Mültezimi olan İngiltere Tercümanı Zamos uhdesinde ibkasiyla müddetinin sonunda bir daha bu çeşit varidatın ecnebiye ihale olunmaması...*⁶⁸

Çalışmamız sırasında yapılan taramada bir de *imtiyazlı tercüman* tabiriyle karşılaşılmıştır. Kayıta, 'Tayin [İmtiyazlı Tercüman] : Corci Elyas (Lazkiye Avusturya-Macaristan Konsolosluğu İmtiyazlı Tercümanı), Yakob Sotiri (İskenderun Avusturya Macaristan Konsolosluğu İmtiyazlı Tercümanı), Elyas (Latakiye Avusturya-Macaristan Konsolosluğu İmtiyazlı Tercümanı)' dendiği için bunun fahrî tercümanla aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı konusunun ayrı bir çalışmada değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Tercümanın normal şartlarda bağlı olduğu konsolosun yanında bulunması beklenir ve gerekir. Fakat kayıtlarda '*Selanik'teki İngiltere konsolos tercümanı olmasına rağmen bâ-emr-i âli Selanik'e*

⁶⁵ Boogert, s. 80. Elçilerin teşrifattaki statülerinde izlenecek şaşaalı seremoniler ve farklı ülke konsolosları arasındaki öncelik çekişmeleri için bkz. Saner Gönen, s. 50-51.

⁶⁶ Boogert, s. 67, 73.

⁶⁷ Çiçek, Kemal. "Diplomat, Banker ve Tüccar: 18. Yüzyıl Başlarında Larnaka'da Para Ticareti ve Yabancı Sermaye", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, 2001, s. 276, 280.

⁶⁸ A.}MKT.MVL., 122/47 (H.11.05.1277).

bağlı Zaçeste Köyü'nde yaşayan tercümanlar'dan, 'alacaklarının başlangıç tarihinin tercüman atanmasından beş yıl öncesine dayanan tercümanlar'a kadar birçok hukuk dışı örneğe rastlamak mümkündür. Tercüman olarak atanan kişilerin önceden zaten tüccar oldukları; eski borçlarını tahsilde tercüman beratının sağladığı kolaylıklardan yararlanmak amacıyla tercümanlığa girdikleri anlaşılmaktadır. 1742 tarihinde tercüman, oğlu olan *Elçi tercümanı Atnaş veled-i Dimitraki*'nin borcunun tahsili için İngiltere elçisine başvurmuştur. Elçinin talebiyle davanın Pınarhisar nâibinin huzurunda görülmesi, *sübut bulan* borcun tahsil edilmesi, borç ödenmezse, Edine Bostancıbaşısının borçluları Edirne'ye getirmesi ve Edirne mahkemesi aracılığıyla ödettirilmesi konusunda Edirne Mollasına, Edirne Bostancıbaşına ve Pınarhisar nâibine hitaben bir hükm-i hümayun yazılmıştır. Bu örnekte, borcun tercüman atanma tarihinden yaklaşık beş yıl öncesine ait olduğu ve borcun tahsili için tercümanlık beratının -yargının tüm basamaklarına talimat verdirecek şekilde- araç olarak kullanıldığı görülmektedir.

Olumsuz sonuçlar doğuran bu gidişatı engellemek isteyen Osmanlı yöneticileri zaman zaman yetkili makamları münferiden uyarılmışlardır. İstanbul, Galata ve Haslar kadılarına ve Üsküdar kazası naibine yazılan bir yazıda, 'Asitane'deki elçilerin yanlarında bulundurdıkları tercüman ve hizmetkârlarından cizye alınmamasını kötüye kullanan bazı Nasara ve Yahudi tayfasının tüccar akrabalarını kendi hizmetkârı ya da tercümanı olarak göstermesi nedeniyle nizamın sağlanması' istenmiştir⁶⁹.

1758 yılında bir tercüman reformu yapılmıştır⁷⁰. Fakat kanun/yasak hükmü koymakla kamu düzeni sağlanmaz. Düzen, bunların herkese eşit şekilde uygulanmasıyla sağlanır. Nitekim 1694 yılında İngiltere elçisi yanında olmak üzere toplu ihdas edilen tercüman kadrolarına yenilerinin eklenmesine devam edilmiştir. H. 17. 12. 1206 (6.8.1792) tarihli bir arşiv kaydında:

"Düvel-i Nasara elçi ve konsolosları maiyyetlerinde müstahdem tercümanlara ve hizmetkarlarına dair ittihaz olunan karar mucibince Hanya'da icra edilen tetkikatta Fransa konsolosunun nezdinde patenteli dokuz nefer zimmi müstahtem olup bunların ekserisi ticaret ve hususat-ı saire ile meşgul oldukları halde cizye ve tekalif-i saire vermediklerinden emr-i ali mucibince nizama rapt ve konsolosa ifade eylediği ve Fransa konsolosunun maiyyetinde müstahtem iki tercümandan biri Fransız ve biri Yahudi olup Hanya'da Fransalı dört nefer bazergan bulunduğu ve İngiltere konsolosu maiyyetinde müstahtem ve haiz-i berat tercüman olan ve umur-ı esnafa da karışan Yud'a vaki olan ihtar üzerine esnafıktan vaz geçtiği hakkında Hanya Muhafızı Hüseyin Paşa'nın tahrirâtı" yer almaktadır⁷¹.

Zaman içerisinde tercümanlık, mahmîliğe, mahmîlik de yabancı devlet vatandaşlığına dönüşmüş fakat bu insanlar zimmet akdi dolayısıyla aynı zamanda Osmanlı vatandaşı da sayıldıklarından gayrimenkul sahibi olabilmişlerdir. Osmanlı tabiiyetinden çıktıkları/çıkarıldıkları zaman ülkedeki emlaklerine uygulanacak hükümler hakkında çeşitli düzenlemeler yapılması gerekmiştir⁷².

⁶⁹ A.{DVNSMHH.d., Yer: 130-1145, Tarih: 29. 08. 1134 (14. 06.1722).

⁷⁰ Demiryürek, s. 439 vd.

⁷¹ Osmanlı Arşivi, C.HR.,18/885. Sayıların karşılaştırılması için bkz. Ecnebi konsolosluk memurlarının gümrük muafiyetleriyle ilgili yazışmalar ile llerde mevcut ecnebi konsolosluk memurlarının sayı ve özelliklerinin bulunduğu 28.11.1909 tarihli cetvel HR.HMŞ.İŞO. 60/20, R-15-11-1327.

⁷² Affan, s. 156. Kapitülasyonlar 1856 Paris Kongresi sürecinde kaldırılmak istenmiş ve 1914'te bir irade-i seniyye ile kaldırdığı ilân edilmiştir. Bunu bildirmek için yabancı devletlere gönderilen notada, adli kapitülasyonların, devlet egemenliğinin önemli bir unsuru olan yargı hakkını sınırlandırıldığından bahsedilmiştir. 1914'te (20 Eylül 1330) "*İmtiyazat-ı Ecnebiyenin İlgası Üzerine Ecanib Hakkında İcra Olunacak Muameleye Dair Talimatname*"'yi hazırlanarak vilayetlere gönderilmiştir. Talimatname'de, devletin yargı yetkisi üzerindeki yabancı etkisini kaldırmaya yönelik alınan tedbirler bildirilmiştir (Özkorkut, s. 92).

II. TERCÜMAN AYRICALIKLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Batılı devletler kendi ülkelerinden getirdikleri kimselere eğitim vererek, kendi tercüman kadrolarını oluşturma girişiminde bulunmuşlarsa da verimli sonuç alamadıklarından, bu iş için Osmanlı zimmîlerine yönelmeyi daha kazançlı görmüşlerdir. Onlara göre, tercüman olarak atanacak kişiler aynı zamanda yabancı tüccarın ticarî işlerinin de takipçiliğini yapmalı ve aslında içten içe zimmîlerden gelen bu talebe, karşılık verilmelidir. Nitekim elçiler, zimmîler olmadan Türkler ile ticaret yapmanın imkânsız olduğunu çeşitli vesilelerle ifade etmişler hattâ zaman zaman zimmîleri, müste'menlerin ticaretine engel oldukları için hükümete şikâyet de etmişlerdir⁷³. Tüm bu gelişmeler önce *beratlı tüccarlık* sonra da *Avrupa tüccarlığı* denilen imtiyazlı sınıfların doğmasına zemin hazırlamış⁷⁴, meydana gelen olumsuz sonuçlar, toplum kesimleri arasında ayrımcılığa neden olduğundan devletin siyasi iktidarını kısıtlamaya, onun, insan unsuru üzerindeki egemenliğini yok etmeye kadar varmıştır. Aşağıda böyle bir ortamda devletin mücadele etmesi gereken sorunlar olan tercüman ayrıcalıklarının gayrimüslim tebaaya da teşmil edilmesi, beratın yabancı devletlerin himayesini kazandıran bir araç olarak kullanılması ve beratlılığın siyasi amaçlara alet edilmesine engel olunma çabaları açıklanmıştır.

A. Tercüman Ayrıcalıklarının Gayrimüslim Tebaaya Yayılması

Osmanlı Devleti"nde kapitülasyonlar sadece ahidnameli yabancılara hak ve yetkiler tanıdığından bir müddet sonra Osmanlı ülkesinde *yerleşik yabancılar* olarak nitelendirirken bir toplum kesimi ortaya çıkmıştır. Bunlar Osmanlı ülkesinde doğmuş, kendi tebaası oldukları ülkeye hiç gitmemiş, Osmanlı ülkesinde ev, iş ve aile kurmuş sürekli ülkede kalan kişilerdir. Bu tüccarın burada iş yapabilmek için ihtiyaç duyduğu, aracı veya ortak olarak kullandığı zimmîlerden tek farkı, yabancı statüsünde oluşlarıdır. *Groot* bu uygulamayı, *yabancılara darü'l-İslâm'da sanki zimmîlermiş gibi tebaa statüsü verildiği* şeklinde yorumlamıştır⁷⁵. Bunlar müste'men olmasına rağmen devlet onlara zimmîlermiş gibi muamele etmiş fakat zimmî yükümlülüklerinden sorumlu tutmamıştır. Kanaatimizce bu, içtihat yaratmak değil, mevcut hukuka aykırı durumu meşrulaştırmaktır. Çünkü *hukuk, niyetlere itibar* eder ve fakat bu yabancıların aslında Osmanlı'nın vatandaşı olmak gibi bir niyetleri de talepleri de yoktur. Bir süre sonra bazı zimmîler de tercüman ayrıcalıklardan yararlanarak kendileriyle aralarında bir fark görmedikleri müste'menlerle aynı avantajlara sahip olmak için harekete geçmişlerdir⁷⁶. On beşinci yüzyıldan itibaren Batılı devletlerin tebaası olan yabancılara kapitülasyon anlaşmaları yoluyla bazı ayrıcalıklar tanınmaya başlamıştır⁷⁷.

On sekizinci yüzyıldan itibaren zimmîlerin elçiliklerden berat satın alarak Avrupalı devletlerin himayesi altına girdikleri; bunu takiben de, elçilikler kendi devletlerinin vatandaşlığını satmaya başladıklarında vatandaşlık beratı satın alarak tabiiyet değiştirdikleri, kayıtlar üzerinden izlenebilir⁷⁸.

⁷³ Bağış, s. 21-27, 58; Pamir, Aybars. "Kapitülasyon Kavramı ve Osmanlı Devleti'ne Etkileri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, 2002, s. 85.

⁷⁴ Halep'te Hacı Musa Hanı'nda oturan Alyon veled-i Elyas Letefi Humsi'ye verilen Acem, Hindistan ve Avrupa Tüccarı beratı için Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, MFB/1000 numaralı kayda bakılabilir.

⁷⁵ *Groot*, s. 576.

⁷⁶ Toynbee, Arnold J. *Türkiye ve Avrupa*, (Çev. K. Yargıcı-M. A. Yalman), Örgün Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 127; Üçok Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 84; Karakoç, *Vatandaşlık-Yabancılık*, s. 106. Kapitülasyonlarla tanınan ayrıcalıklar ticari kazançla sınırlı kalmamıştır. Mitylene Anlaşması'na göre (1901) Türkiye'de, yabancı eğitimle ilgili kurulan hayır müesseseleri devlet tarafından tanınarak vergilerden ve yükümlülüklerden muaf tutulmuştur (Turlington, Edgar. "Treaty Relations With Turkey", *JSTOR: Yale Law Journal*, Vol: 35, No. 3, 1926, s. 332).

⁷⁷ İnalçık, Halil. "The Status of the Greek Orthodox Patriarch under the Ottomans", *Essays in Ottoman History*, Eren Yayınları, İstanbul, 1998, s. 195. Ayrıca bkz. Konan, Belkis. Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2006, s. 187.

⁷⁸ Karakoç, *Vatandaşlık-Yabancılık*, s. 184.

Müste'menlere tanınan ayrıcalıkların, ülkedeki gayrimüslim tabaanın da yabancı bir devletin tâbiyyetine geçip işlerini kolayca yürütmek istemesine yol açtığı bir örneği 'Tebaa-i Devlet-i Aliye'nin Musevi cemaatinden olan ve Avusturya-Macaristan'da ikamet eden Samuel Ruso'nun oğlu Elyas Ruso'nun bazı ticari sebeplere mebni bahsi geçen ülkenin vatandaşlığına geçmek istediği (Dersaadet 24)' kararında görülmektedir. Buradaki zimmînin amacı, tabiiyyetine geçtiği yabancı ülkeye gidip yaşamak değil, Osmanlı ülkesinde yabancı statüsüne geçmektir. Müste'menlerin -fiilen- süresiz olarak ülkede kalabilmesi, üstelik kendilerinden daha fazla vergi indiriminden yararlanması, İslâm hukukundaki Müslümanların üstünlüğü ve zimmî-müste'men ahkâmının ayrı oluşu kurallarını ortadan kaldırmıştır. Vatandaşlık değiştirme olaylarındaki artış⁷⁹, bu konuda açık ve net hukukî esaslar getirilmesini zorunlu kılmış ise de, ülkenin içinde bulunduğu kozmopolit toplumsal yapı, dış siyasi ve askeri şartlar ile Batılı devletlerin elçiliklerinin, padişah vasıtasıyla, milletin egemenlik gücünü kontrol altına almaları bu konuda hukuki düzenleme yapabilmeye uygun görünmemektedir. Halkın farklı unsurlardan oluşması, hukukta herkese aynı şekilde uygulanacak kanunların olmayışı, hukukta ve yargı yerlerinde birliğin sağlanamayışı, tâbiyyetin kaybı konusunda herkese aynı şekilde uygulanacak olan pozitif hukuk kurallarının sevkine engeldir. Yapılan anlaşmalardaki karşılıklılık şartı⁸⁰ da Müslüman Osmanlı tebaası için bir anlam taşımamıştır. Ayrıca elçilikler, devlete savaş açma tehdidinde bulunabilmiştir⁸¹.

B. Beratın, Osmanlı Tebaasına Batılı Devletlerin Himayesini Sağlaması

Kapitülasyonlarda bazı yabancı devletlere Osmanlı tebaası arasından belli grupları himayesi (protectorat) altına alma hakkı tanınmıştır. Bu uygulama ilk defa II. Osman'ın 1620'de Fransa'ya tanıdığı imtiyazla başlamış; bir fermanla Osmanlı Devleti'ndeki Fransız papazlar kutsal yerlerin sahibi sayılmıştır. 1673 Kapitülasyonu ile kapitülasyonsuz devletlerin vatandaşlarını koruma (himaye) hakkı da Fransa'ya verilmiş böylece tüm yabancılar bu haklardan Fransa himayesi altına girerek yararlanmaya başlamıştır⁸².

Tarihe Osmanlı Devleti'nin ilk paylaşım senedi olarak geçen Küçük Kaynarca Andlaşması (1774) ile Rus çaricesi II. Katerina Osmanlı ülkesinde yaşayan Ortodukların hâmilîğini üstlenmiştir. Ayrıca İngiltere ve Fransa'ya sunulan tüm kapitüler hükümlerden Rusya'nın da yararlanacağı; Osmanlı ülkesinde konsolosluk açabileceği ve diğer konsoloslara tanınan ayrıcalıkların onun konsoloslarına da aynı şekil ve şartlarda tanınacağı kabul edilmiştir. 1808'de Rusya'nın koruması altına giren vatandaş sayısı 120.000 Rum'dur⁸³.

⁷⁹ Semlin kasabasında ikamet eden Osmanlı tebasından Emil nam-ı diğer Emanuel veled-i Aron Ruso ile İsak nam-ı diğer Janolid Hanri Elyas'ın Avusturya Devleti tabiiyyetine geçmeleri. (Hariciye, Dahiliye; İD/44); Tebea-i Osmaniye'den Emil Ruso ve İsak Jak Elyas'ın Avusturya tabiiyyetine geçmelerine müsaade olunması (Dersaadet 28); Tebea-i Osmaniye'den olup Almanya'nın Ştutgard şehrinde ikamet eden kunduracı ustası Elyas Hane nam kimsenin tebdil-i tabiiyyetine izin verildiğinin Kudüs-i Şerif Gazetesiyle ilanı ve nüfus kaydının terkinin; Almanya tabiiyyetine girmek isteyen Kudüs-i Şerif ahalisinden Elyas Hana hakkında ruhsat-ı lâzimenin verilmesi. (Dersaadet 28) şeklindeki kayıtlar sadece birkaç örnektir (<https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/>). Vatandaşlık konusunda yaşanan dava örnekleri için bkz. Konan, Tez, s. 187.

⁸⁰ Örneğin Avusturya ile 24 Nisan 1784'te imzalanan 'Ânifü'z-zikr 26 Şubat 1784 tarihli sened-i mezkûrun ahz olunduğuna ve tüccarân-ı Osmaniyye hakkında en ziyade mazhar-ı müsaade olan milletler muamelesi icra kılınacağına dair Avusturya sefiri tarafından Bâbiâli'ye verilen nota' (Karakoç, Sarkis. Küliyât-ı Kavânîn, Fihrist-i Tarihi, 11 Şaban 1293-17 Cümdelelahire 1326, C. I-II, Yayına Hazırlayanlar: M. Âkif Aydın-Fethi Gedikli vd, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2006, s. 70).

⁸¹ 3 Eylül 1806'da İngiltere ve Rusya'nın birleşerek Osmanlı'nın Fransa ile yakınlığını bozma planı doğrultusunda İngiliz elçisi, kendisini ve İstanbul'daki İngiliz uyrukluları tahliye edecek ve Bâbiâli'ye gözdağı verecek İngiliz filosunu İstanbul'a çağırmıştır. Filo, Çanakkale açıklarında demirlemiştir. İstanbul'daki İngiliz elçiliği hizmetindeki savaş gemisinin de filoya katılması, elçilerin ne denli etkili olabildiğini göstermesi açısından önemlidir (Yeşil, Fatih. "İngiltere'nin İstanbul Harekâtı", *Büyük İstanbul Tarihi Ansiklopedisi*, C. 2, İstanbul Kültür ve İSAM Yayınları, İstanbul, 2015, s. 81).

⁸² Muahedat Mecmuası, C. I, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008, s. 240 vd.

⁸³ Feroz, s. 3-4.

1675'te benzer imtiyazların İngiltere'ye de verilmesiyle Fransa, bir anlamda sahibi olduğu *mahmî tekeli*ni kaybetmiştir⁸⁴. Batılı devletler sistemli bir şekilde Osmanlı ülkesi içinde ve halkının arasından kendilerine göre belli bir amaç uğruna topladıkları birer grup insanı, din kisvesi altında mahmî olarak, koruma altına almış ve onlara halkın diğer kesimlerinden daha üstün bir hukukî statü sağlamışlardır. Başlıca mahmîler arasında tercümanlar, elçilere maaş karşılığı hizmet veren gayrimüslim çevirmenler, konsololar, tacirler, mahzenciler, komisyoncular, sarraflar/dövizciler ve yabancı topluluklarla bağlantılı olan diğer gruplar bulunmaktadır. Kapitülasyonlar, müste'men tüccar için ayrıcalık öngörmekte ancak bu hükümler gayrimüslim tebaadan olan mahzenci, kâtip ve aracılara kapsamamaktaydı. Ancak 18. yüzyılda aynı yabancı ve tercümanlarda olduğu gibi bunlar da vergiden muafiyet kazanmışlardır. 1751 tarihli bir fermanla, Halep ile sahil arasında seyahat ederek, Fransızlara ait malları taşıdıklarını söyleyen, Fransız tüccarın hizmetindeki simsarlardan Osmanlı memurları tarafından '*kapitülasyonlara aykırı şekilde*' para (vergi, masraf vb.) talep edilmesi yasaklanmıştır. Bundan beş yıl sonra bir diğer düzenleme ile bazı ticari araçlar/komisyoncular, tercüman ve yabancılar gibi, tüm şer'î ve örfî vergilerden muaf tutulmuştur⁸⁵.

Osmanlı ülkesinde ticarî konularda müste'men tüccara yardımcı/ortak olan zimmîler de mahmî kabul edilmiştir. Bunlar aslında cizye ve gümrük vergilerinden kurtulmak için himaye yolunu araç olarak kullananlardır⁸⁶. Boogert bunu, 'mahmîlik uygulamasının bozularak; bir nevi ticaret aracı yapılarak, bayağılaştırılması' şeklinde ifade etmiştir⁸⁷.

Oysa zimmîler, güvenliklerinin *Osmanlı Devleti* tarafından sağlanması karşılığında cizye ödeyen vatandaşlar/tebaadır. Yukarıdaki uygulamalar karşısında bu tanım tartışılır hâle gelmiştir. Sistemin doğru işleyebilmesi için, zimmîlerin korunması hakkı, yabancı devletlere verilemezdi. Aksi halde *Osmanlı Devleti*'ne cizye ödemenin anlamı kalmamaktadır. Ayrıca bir devletin kendi vatandaşının, üstelik kendi ülkesi içinde, başka bir yabancı devlet tarafından korunması açık bir çelişkidir. Bu egemen devletin ülkesi topraklarındaki hâkimiyetini kaybetmesi ne anlama gelmekteyse halkı üzerindeki egemenliğini kaybetmesi de aynı anlama gelmektedir. Ülkedeki yabancı ve zimmîlerin, yabancı devletlerden biri tarafından himaye edildiği ve sayısız ayrıcalıktan yararlandırıldığı düşünüldüğünde, Müslüman tüccar kendi ülkesinde himayesiz kalmış görünmektedir. Aslında devletin sınır eyaletlerindeki Müslüman halkın can ve mal güvenliği, daha 1800'lerden itibaren ortadan kalkmıştır. Her cemaatin bir hâmisî olması genel kural hâline geldiğinden, toprak sisteminin yozlaşmasının da etkisiyle Anadolu ve Rumeli'de oluşan ve hızla gelişen âyânlar sınıfı, Müslüman halkın hâmilîğini üstlenmiştir. Oysa İslâm hukukuna göre devlet, tüm halkın tek hâmisîdir. Kapitülasyonları kabul etmekle devletin, egemenliğini kendi eliyle yabancı devletlerin eline verilmektedir⁸⁸.

Müslüman tüccarın da korunması gerektiği ilk kez *II. Mahmut* devrinde düşünülmüş zimmîlere tanınan Avrupa Tüccarı statüsüne mukabil bunlara da Hayriye Tüccarı denilmiş, aynı muafiyet ve ayrıcalıklardan yararlandırılmışlardır. Bunun anlamı kimsenin vergi vermeyeceğidir ki bu aslında hazinenin gelirlerini azaltmaktan başka bir şey değildir. 1838 tarihli İngiliz Ticaret Andlaşmasının getirdiği serbest ticaret ortamında Hayriye Tüccarı yabancılarla rekabet edememiştir⁸⁹. Devlet zaten yerli Müslüman tüccarını çok daha önceden feda etmiştir; Balta Limanı andlaşması bunun bir

⁸⁴ E. Charriere'nin görüşü için bkz. İnalçık, Halil. *Seçme Eserleri I-II, Devlet-i Âliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I, Klâsik Dönem (1302-1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 189. 1788'de Fransız elçisi Chounseul-Gouffier, Osmanlı İmparatorluğu'nu Fransa'nın kolonisi olarak tanımlamıştır (Bağış, s. 16).

⁸⁵ Boogert, s. 71, dn. 22.

⁸⁶ II. Mahmut'un sert önlemleri için bk. Bağış, s. 95.

⁸⁷ Boogert, s. 63.

⁸⁸ Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 373.

⁸⁹ Muahedat Mecmuası, C. I, s. 272-275; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 357; Bağış, s. 111.

sonucudur⁹⁰. Hukukun neredeyse fiilen oluştuğunun söylenebileceği bu dönemde, İstanbul'da bulunan İngiliz Yüksek Mahkemesi, İngiliz mahmîsi bir Osmanlı vatandaşının hukukî statüsünü açıklarken bunun; 'de jure' değil, 'de facto' bir himaye olduğunu belirtmiştir⁹¹.

C. Beratlılığın Siyasi Amaçlarla Kullanılması

Küçük Kaynarca Andlaşması'nın 9'uncu maddesi Rus elçiliğince istihdam edilen, genellikle Osmanlı tebaasından ve kötü bir üne sahip olan tercümanlara elçilik ile Babıâli arasında sanal bir aracı statüsü sağlamıştır. Ayrıca neredeyse tüm gayrimüslim tebaa berat satın aldığından⁹² başta Rusya olmak üzere yabancı devletler kapitülasyonlarla oluşturulan himaye olgusunu siyasî amaçla kullanmaya başlamışlar, Türk tebaasından olup kendilerine yakın buldukları ve Osmanlı Devleti'ni parçalama amaçlarına hizmet edeceğini düşündükleri kişi veya toplulukları korumaları altına almışlardır. Örneğin İngiltere, Filistin'e göç etmeleri durumunda koruyuculuğunu üstlendiği Rus Yahudilerini, oradan ayrılmak istemeleri durumunda himayesinden yararlandırmamıştır⁹³. O dönemde gayrimüslimler için bağımsızlığın yolu, Hristiyanların farklı mezheplerini himaye eden devletlerle bağlarını güçlendirmekten geçmekteydi. Bu bağlar, kimi Ortodoksların kendilerini Rus; Katoliklerin Fransız; Protestanların ise, İngiliz hissetmesine kadar varmıştır. Ülkede cemaatler hâmişî farklı olan daha da küçük gruplara ve mezheplere bölünmüş, böylece bağımsızlık istekleri dış güçlerce daha kolay körüklenmiştir⁹⁴. Dış desteklerle oluşturulan yapay mezheplerin de her birine devlet nezdinde ayrı bir cemaat/millet statüsü tanınmıştır⁹⁵. Katolikleri himaye eden iki devlet olan Fransa ve Avusturya'nın yanı sıra himaye işine giren İngiltere, Osmanlı ülkesinde kendisine koruyacak millet bulamayınca bir Protestan milleti oluşturma yoluna gitmiş bunda başarılı da olmuştur⁹⁶. Mahmîlik beratının bu kadar değerli oluşu yüzünden, mirasçılara intikal edebileceği hükmü dahi getirilmiştir⁹⁷. Beratlıların ticaret, maliye, vergi, askerlik konularında ayrıcalıkları zaten bilinmekte iken, buna bir de ceza yargılamasındaki muafiyet eklenmiştir. Mahmîler, adı ve siyasî suçlardan dolayı fiilen Osmanlı yargı alanından çıkarılmışlardır. Oysa özellikle ceza yargılaması devletin egemenlik alanının sınırlarını göstermektedir. Ceza hukukunda mülkîlik ilkesi gereği ülkede işlenen tüm suç fiilleri Osmanlı yargısına tâbi olup -fail, Müslüman, müste'men veya zimmî olsun, tümüne- Osmanlı ceza hukukunun ahkâmı uygulanmalıydı⁹⁸. İngiltere'nin Midilli konsolosu Newton, beratlılara mahkeme önünde 'âdeta yabancı devlet vatandaşı' gibi davranıldığını belirtmiştir⁹⁹. Zaman geçtikçe mahmîlik yerini vatandaşlığa bırakmış, bu defa da halk kendisine daha fazla imtiyaz sağlayan yabancı ülkelerin tâbiyetlerine geçerek Osmanlı yargısının dışına çıkmaya başlamıştır¹⁰⁰.

⁹⁰ Feroz, s. 5.

⁹¹ Bozkurt, Gülnihal. *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, s. 140, dn. 121.

⁹² Feroz, s. 3.

⁹³ Bozkurt, s. 147-148; Heyd, Uriel. *Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine-Makaleler-*, Tercüme ve Derleme: Ferhat Koca, Ankara, 2002, s. 140.

⁹⁴ Sonyel, Salâhi R. "Tanzimat ve Osmanlı İmparatorluğu'nun Gayrimüslimler Üzerindeki Etkileri", *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumundan Ayrıbasım*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1994, s. 345.

⁹⁵ Engelhardt, Edouard Philippe. *Tanzimat ve Türkiye*, (Çev. Ali Reşad), Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999, s. 60, 63; Berkes Niyazi. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yayına Hazırlayan: Ahmet Kuyaş, 16. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 201; Davison, Roderic H. *Reform In The Otoman Empire 1856-1876*, Princeton University Press, Princeton USA, New Jersey, 1963, s. 148-149.

⁹⁶ Engelhardt, s. 67.

⁹⁷ Bozkurt, s. 140.

⁹⁸ Osmanlı tebaasından birinin öldürülmesinde sanık olan Avusturyalı *Elyas Kireş*'in şer'î mahkemede Osmanlı ceza hukukuna göre yargılanması gerekirken konsolosluğa teslim edilmesi kararı için bkz. Hariciye; 314606.

⁹⁹ Altuğ, s. 64; Bozkurt, s. 140; Saner Gönen, s. 76. Rum, Ermeni, Musevî milletlerinin refah içinde yaşadıkları, Sultan Abdülmecit'in 1851'de Anadolu ve Rumeli'ye komisyonlar göndererek halkın durumunu tespit ettirdiği konusunda bkz. Sonyel, s. 348 vd.

¹⁰⁰ Beratın ticarî ve dinî kurumlara yayılma süreci hakkında bk. Bozkurt, s. 139-140. Fransa, 1740 tarihli

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde temelde biri devletin kendisine ait, diğeri yabancı devletlere ait olmak üzere iki tür tercümanlık müessesesi vardır. Osmanlı devlet adamları önceleri tercümanlarını Müslüman Türklere seçerken sonraları, Osmanlı ulemâsı arasında bu işin itibarlı görülmemesinin de etkisiyle, tercümanlık mesleği gayrimüslim tebaadan Fenerli ailelerin eline geçmiştir. Yabancı elçiliklerin, imtiyazlarının genişliğinden dolayı padişahların da onayıyla tercüman kadrolarını giderek arttırdıkları görülmektedir. Gün geçtikçe bu imtiyazlardan kadrolara getirilen zimmî tebaa da yararlandırılmıştır.

Tercümanlık kişiye ve onun özelliklerine bağlı bir meslek olmalıyken Osmanlı Devleti'nde hayat boyu süren hattâ mirasçılara kalabilen, garantili bir *Osmanlı Devleti* memuriyet kadrosu şekline dönüşmüştür. Üstelik bu kadro verilen berat belgesiyle özdeş kılınmıştır. Bu yüzden sözü geçen tercümanların kimin memuru olduğu birbirine karışmıştır. Ölüm veya azil durumunda berat geri alınarak yine elçi vasıtasıyla başka birine verilmektedir. Söz konusu işlem nişan defterine kaydedildiğinden kadroyu/beratı takip etmek mümkün olabilmektedir. Kimi kadroların sayısı başlangıçta *bir* iken giderek artmış, bazı devletlerin beratlı tercüman sayısı *ellileri* bulmuştur. Tercümanların bir kısmı, yabancı devletlerle anlaşarak devletin aleyhine casusluk faaliyetlerinde bulunmuş sonra da Batılı devletlerden birinin himayesine girmiştir. Osmanlı devlet kademelerinde kendilerine çalışacak muhbirler bulmak ve casusları kadrolarında işe almak şeklinde gizli etkinliklerde bulunmaları nedeniyle elçilere saygıdeğer casuslar da (*honorable espions*) denilmektedir. Yabancı elçilerin bir diğer önemli işlevi ise, kendi ülkelerinin Osmanlı padişahı nezdindeki imajını yüceltmek ve gerçekleri çarpıtıp algı oluşturarak Osmanlı karar alma süreçlerini kontrol etmektir¹⁰¹. Her ne kadar bu faaliyetler beklenebilir bir durum ise de özellikle Fransız ihtilalinden sonra ortaya çıkan milliyetçilik akımının etkisiyle devlet sırlarını ifşâ ederek Osmanlı Devleti'ne ihanet eden beratlı tercümanlar olması, Osmanlı Devleti'nin tüm bu gelişmelerin farkında olmasına rağmen hukukun keskin kılıcını bu alanda kullanamamış kendi aleyhine olacak şekilde istisnalar getirmeye devam etmiş; hukukun mülkîlik, eşitlik ve genellik ilkeleri ile yasaklama ve iptal uygulamalarını bu alanda işletmemiştir. Osmanlı tabiiyet kanununa ilişkin açıklamalar çalışmamızın kapsamını aşacağından dolayı burada detaylı bir değerlendirme yapılamamasına rağmen 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunnamesi ile Osmanlı Devleti'nin kendi vatandaş tanımını, devrin uluslararası hukuk anlayışına uygun şekilde yaparak ciddi bir adım attığının da belirtilmesi gerekir. Hatta Batılı devletler sözkonusu bu Kanunname'nin 5 ve 9'uncu maddelerini ciddi şekilde eleştirmişlerdir¹⁰².

Sonuç olarak beratlı uygulamasıyla birlikte Osmanlı'nın gayrimüslim tebaası haklar ve sorumluluklar bakımından ikiye ayrılmıştır. Berat sahibi oldukları için zimmîlerin bir kısmı Avrupa devletlerince himaye edilen kişi statüsü kazanmıştır. Bu devletler, kapitülasyonlara dayanarak himaye ettiklerinin haklarını, hem uluslararası hukuk alanında hem de iç hukukta koruyup sahip çıkarak devlet içinde etki ve nüfuz sahibi olmayı başarmışlardır. Batılı devletlerin elçileri doğrudan padişah ile muhatap olabildikleri için istedikleri kararı ondan almışlardır.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Kapitülasyon andlaşması ile kendisine Osmanlı'nın tanıdığı haklara binaen Katoliklerin hâmesi olmuştur (Altuğ, s. 69; Feroz Ahmed, s. 2; Muahedat Mecmuası, C. III, s. 254 vd; Erim, Nihat. *Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri*, C. I, Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1953, s. 121 vd; Saner Gönen, s. 30.

¹⁰¹ Gürkan, s. 398.

¹⁰² Affan, s. 1025 (*Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, s. 119 vd).

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

- Ahmed Cevdet Paşa. *Tarih-i Cevdet*, C. I, III, (Hazırlayan Prof. Dr. Mehmet İpşirli), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.
- Akyılmaz, Sevgi Gül. *Osmanlı Diplomasi Tarihi ile Teşkilatı*, Tablet Basım Yayın, Konya, 2000, (*Osmanlı Diplomasi*).
- Akyılmaz, Sevgi Gül. *Siyasi Tarih*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Ali Şahbaz Efendi. *Hukuk-u Düvel*, C. I-II, Nâşiri: Mehmed Âdil, Bağdatlıyan Matbaası, İstanbul, 1898.
- Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Hukukî Durumu*, 4. Basım, Mentesh Matbaası, İstanbul, 1971.
- Bağış, Ali İhsan. *Osmanlı Ticaretinde Gayrimüslimler (Kapitülasyonlar-Avrupa Tüccarları-Berathlı Tüccarlar-Hayriye Tüccarları (1750-1839))*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1983.
- Balcı, Sezai. “*Osmanlı Devletinde Tercümanlık ve Bab-ı Ali Tercüme Odası*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2006.
- Berkes Niyazi. *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Yayına Hazırlayan: Ahmet Kuyaş, 16. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Bilsel, M. Cemil. *Lozan*, Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul, 1933.
- Boogert, Maurits H. Van Den. *The Capitulations And The Ottoman Legal System, Qadis, Consuls and Beraths in 18 th Century*, Boston: Brill Leiden, 2005.
- Bozkurt, Gülnihal. *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839– 1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989.
- Bosworth, C. E. “*Tarǧjumān*”, *Encyclopaedia of Islam, Second Edition*, Ed. P. Bearman, Th. Bianquis, CE Bosworth, E. van Donzel, WP Heinrichs, Leiden: Brill, 1997.
- Çiftçi, Cafer. “*Bâb-ı Ali’nin Avrupa’ya Çevrilmiş İki Gözü: Eflak ve Boğdan’da Fenerli Vovoyodalar (1711-1821)*”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 26, 2010, s. 27-48.
- Çiçek, Kemal. “*Diplomat, Banker ve Tüccar: 18. Yüzyıl Başlarında Larnaka’da Para Ticareti ve Yabancı Sermaye*”, *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, 2001, s. 269-283.
- Davison, Roderic H. *Reform In The Otoman Empire 1856–1876*, Princeton University Press, Princeton USA, New Jersey, 1963.
- Demiryürek, Mehmet. “*İngiltere Tercümanları ve 1758 Tercüman Reformu*”, *Belleten*, Ağustos, C. 80, S. 288, 2016, s. 439-482.
- Devlet Arşivleri Osmanlı Arşivi, Fon: MFB; Kutu Gömlek Sıra: 1221.
- Devlet Arşivleri Osmanlı Arşivi,, AE.SSLM.III, Fon:4, Kutu/Gömlek/Sıra no: 178; Tarih H. 29-12-1210.
- Elmacı, Mehmet Emin. *İttihat Terakki ve Kapitülasyonlar*, Home Kitabevi, İstanbul, 2005.
- Erim, Nihat. *Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri*, C. I, (Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1953.

- Engelhardt, Edouard Philippe. *Tanzimat ve Türkiye*, (Çev. Ali Reşad), Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999.
- Fekete, Lajos. “Osmanlı Türkleri ve Macarlar”, *Belleten*, C.13, S. 52, 1949, s. 663-743.
- Feroz, Ahmad. “Ottoman Perceptions of the Capitulations (1800-1914)”, *Journal of Islamic Studies (JSTOR)*, 11:1, p.1-20, Published by: Oxford University Press Stable, 2000, <https://www.jstor.org/stable/26198461>, (Erişim Tarihi: 24.08.2023).
- Foşil, Pol / Bonfis, Henri. *Hukuk-u Umûmiyye-i Düvel, Üçüncü Kısım* (C. 3), Mütercimi: Mehmet Cemil, Mürtebin-i Osmaniyye Matbaası, İstanbul, 1328.
- Genç, Yusuf İhsan. *Osmanlılarda Beratlar*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1988.
- Gök, Necdet. “Osmanlı Diplomatasında Ferman ve Berat Arasında Benzerlik ve Farklar”, *OTAM, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 11, 2001, s. 212-226.
- Groot, Alexander. “The Historical Development Of The Captulatory Regime In The Ottoman Middle East From The Fifteenth To The Nineteenth Centuries”, *Oriente Moderno*, Nuova serie, Anno 22 (83), Nr. 3, Published by: Istituto per l’Oriente C. A. Nallino Stable, pp. 575-604.
- Gürkan, Emrah Safa. “Bir Diplomasi Merkezi Olarak Yeni Çağ İstanbul’u”, *Antik Çağ’dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi*, C. 2, s. 372-399, 2015, İstanbul.
- Heyd, Uriel. *Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine-Makaleler-*, Tercüme ve Derleme: Ferhat Koca, Ankara, 2002.
- <https://turki.cagdassozluk.com/osmanlica-sozluk-madde-5384.html>, (Erişim Tarihi: 20.10.2023).
- <https://osmani.cagdassozluk.com/osmanlica-sozluk-5372-nedir-anlami.html>, (Erişim Tarihi: 20.10.2023).
- İnalcık, Halil. *Seçme Eserleri I-II, Devlet-i Âliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I, Klâsik Dönem (1302–1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- İnalcık, Halil. “The Status of the Greek Orthodox Patriarch under the Ottomans”, *Essays in Ottoman History*, Eren Yayınları, İstanbul, 1998.
- Karaer, Nihat. “Fransada İlk İkamet Elçiliğinin Kurulması Çabaları ve İlk İkamet Elçimiz Seyyid Ali Efendi’nin Paris Büyükelçiliği, (1797-1802) Sürecinde Osmanlı Fransız Diploması İlişkileri”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 31, S. 51, 2012, s. 63-92.
- Karakoç, İrem. *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, (Vatandaşlık-Yabancılık).
- Karakoç, Sarkis. *Küliyât-ı Kavânîn, Fihrist-i Tarihî, 11 Şaban 1293-17 Cümdelahir 1326*, C. I-II, Yayına Hazırlayanlar: M. Âkif Aydın-Fethi Gedikli vd, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2006.
- Kenanoğlu, Macit. *Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek*, 2. Baskı, Klâsik Yayınları, İstanbul, 2007.
- Khadduri, Majid. *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, (Türkçesi: Fethi Gedikli), Yöneliş Yayınları, İstanbul, 1999.
- Konan, Belkis. “Osmanlı Devleti’nde Protege (Koruma) Sistemi”, *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, s. 169, (Protege).
- Konan, Belkis. Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Kapitülasyonlar Kapsamında Hukukî Durumu

- (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
<http://acikarsiv.ankara.edu.tr>, (Tez).
- Kütükoğlu, Mübahat S. “Mürur Tezkiresi”, *DİA*, C. 32, İstanbul, 2006, s. 60-61.
- Kütükoğlu, Mübahat S. “Berat”, *DİA*, C. 5, İstanbul, 2006, s. 472-473.
- Lugat-ı Nâci, <https://naci.cagdasozluk.com/osmanlica-turkce-sozluk-madde-3030.html>, (Erişim Tarihi: 20.10.2023).
- Muahadat Mecmuası, C. I (1294), C. III (1297), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008.
- Nazîf Surûrî-
- Örikağasızâde Hasan Sırrı-
- Yusuf Ziya-Osman Affan-
- Sarkis Karakoç-Abdurrahman Adil-
- Yeni Osmanlılar Cemiyeti. *Osmanlı Hukulçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, (Ed. Ahmet Kılınç), (Transliterasyon. A: Karataş-S.B. Doğangüzel-B.Argunhan vd), (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayınları), Ankara Mart 2021.
- Nebioğlu, Osman. *Bir İmparatorluğun Çöküşü ve Kapitülasyonlar*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1986.
- Orhonlu, Cengiz. “Tercüman”, *İslâm Ansiklopedisi*, C. 12/1, MEB Yayınları, İstanbul, 1993, s. 177-181, <http://users.okan.edu.tr/cemal.demircioglu/tercuman.pdf>, (Erişim Tarihi: 6.8.2023).
- Ortaylı, İlber. *Osmanlı'da Milletler ve Diplomasi*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008.
- Osmanağaoğlu, Cihan. *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.
- Özkorkut, Nevin Ünal. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2003, ss. 83-94. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/278/2512.pdf>, (10. 11. 2022).
- Pamir, Aybars. “Kapitülasyon Kavramı ve Osmanlı Devleti'ne Etkileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, 2002, s. 79-119.
- Reychman, Jan- Zajaczkowski, Ananiasz. *Osmanlı-Türk Diplomatikası El Kitabı (Handbook of Ottoman-Turkish Diplomats)*, (Genişleterek İngilizceye Çeviren: Andrew S. Ehrenkreutz) (Türkçeye Çeviren: Mehmet Fethi Atay), T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü-Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 1993.
- Saner Gönen, Yasemin. *Osmanlı İmparatorluğunda Yabancıların Adli Ayrıcalıkları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü), İstanbul 1998.
- Sonyel, Salâhi R. “Tanzimat ve Osmanlı İmparatorluğu'nun Gayrimüslimler Üzerindeki Etkileri”, *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumundan Ayrıbasım*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1994.
- Thayer, Lucius Ellsworth. “The Capitulation of The Ottoman Empire and The Question of Their Abrogation as it Affects the United States”, *AJIL*, C. XVII, 1923, s. 207-233.
- Turlington, Edgar. “Treaty Relations With Turkey”, *JSTOR: Yale Law Journal*, Vol: 35, No. 3, 1926.
- Toynbee, Arnold J. *Türkiye ve Avrupa*, (Çev. K. Yargıcı-M. A. Yalman), Örgün Yayınevi, İstanbul,

2002.

Üçok Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Yeşil, Fatih. “İngiltere’nin İstanbul Harekâtı”, *Büyük İstanbul Tarihi Ansiklopedisi*, C. 2, İstanbul Kültür ve İSAM Yayınları, İstanbul, 2015, s. 81-87.

Yılmaz, Didem. “*Yargının Araçsallaştırılması*” Paneli, İstanbul Barosu, 2019.

Yurt Dışında Yaşayan Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlarının Seçme Hakkına İlişkin Tartışmalar

Tuğba BAYRAKTAR * 

¹ Selçuk Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 19.10.2023

Kabul Tarihi: 11.03.2024

Yayın Tarihi: 25.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Seçme hakkı,
Vatandaş,
Yurt dışı seçmenler,
Temsili demokrasi.

ÖZET

Temsili demokrasinin önemli unsurlarından biri olan seçme hakkı vatandaşlara tanınan siyasi haklar içerisinde yer alan temel bir haktır. Çoğu uluslararası sözleşmede de belirtildiği gibi vatandaşlar belirli dönemlerde gerçekleştirilen, seçmen iradesinin korunduğu, genel, eşit ve gizli oy ilkelerinin uygulandığı seçimlerde oy kullanma hak ve yetkisine sahiptir. Vatandaşlık, kişi ile devlet arasındaki hukuki ve siyasi bağı ifade ettiğinden dolayı seçme hakkının vatandaşlara tanınması doğal kabul edilmektedir. 1982 Anayasası da seçme hakkının şartları arasında vatandaş olmayı düzenlemiş ve yanı sıra yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının da oy kullanabilmeleri amacıyla kanunla uygulanabilir tedbirlerin belirlenmesi gerekliliğini hüküm altına almıştır. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının bilgilerini içeren yurt dışı seçmen kütüğü oluşturulmuştur. Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları ilk kez 1987 yılında yapılan Milletvekili seçiminde seçme haklarını kullanmışlardır. Ancak konuyla ilgili tartışmalar devam etmektedir. Özellikle 14 ve 28 Mayıs 2023 tarihinde yapılan Milletvekili ve Cumhurbaşkanı seçiminden önce yurt dışı seçmenlerle ilgili daha yoğun tartışmalar gerçekleşmiştir.

Discussions on the Right to Vote for Citizens of the Republic of Türkiye Living Abroad

Article Info

Article History

Received: 19.10.2023

Accepted: 11.03.2024

Published: 25.06.2024

Keywords:

Right to vote,
Citizen,
Voters abroad,
Representative democracy.

ABSTRACT

The right to vote, which is one of the important elements of representative democracy, is a fundamental right within the political rights recognised to citizens. As stated in many international conventions, citizens have the right and authority to vote in elections held in certain periods, in which the will of the electorate is protected and the principles of universal, equal and secret ballot are applied. Since citizenship expresses the legal and political bond between the individual and the state, it is considered natural that the right to vote is granted to citizens. The 1982 Constitution has also regulated being a citizen among the conditions for the right to vote and has also stipulated that measures applicable by law should be determined in order to enable Turkish citizens abroad to vote. Law No. 298 on Basic Provisions of Elections and Voter Registers established an overseas voter register containing the information of Turkish citizens living abroad. Turkish citizens living abroad exercised their right to vote for the first time in the parliamentary elections held in 1987. However, discussions on the subject continue. Especially before the parliamentary and presidential elections held on 14 and 28 May 2023, there were more intense discussions on voters abroad.



To cite this article:

Bayraktar, T.(2024). Yurt Dışında Yaşayan Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlarının Seçme Hakkına İlişkin Tartışmalar, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 151-172. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.113>

* tugba.bayraktar@selcuk.edu.tr

GİRİŞ

Temsili demokrasilerde, yönetilenler siyasal kararların alınmasına seçimler aracılığıyla katılırlar. Seçimlerin temel işlevi vatandaşların temsili olmakla birlikte seçimler aynı zamanda yönetilenler ile yönetenler arasında iletişim sağlama işlevini de görürler¹. Devletlerde seçme hakkının gelişimi; tarihsel, sosyal, kültürel ve siyasi etkenlere bağlı olarak farklılıklar göstermiştir. Seçme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak genellikle ülkelerin anayasalarında ve seçimle ilgili mevzuatlarında düzenlemeler mevcuttur.

Seçme hakkı, birçok uluslararası sözleşmede de yer almaktadır. Bunların başında Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'ne (AİHS) Ek 1 Numaralı Protokol gelmektedir. Protokol'ün 3. maddesindeki düzenlemeyle taraf devletlerin seçimle ilgili pozitif yükümlükleri vurgulanmış, seçme hakkı² güvence altına alınmıştır. Türkiye'de ise seçme hakkı, 1982 Anayasası'nın 67. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında vatandaşların seçme hakkına sahip olduğu ifade edildikten sonra 3. fıkrada seçme hakkına sahip olmanın şartlarına, 5. fıkrada ise seçme hakkına getirilen istisnalara yer verilmiştir.

Birçok devlette olduğu gibi, Türkiye'de de seçmen olabilmenin olumlu şartlarından biri "vatandaşlık"tır³. Vatandaşlık ya da tabiiyet, kişinin bir devlet ile kurduğu bağ olarak tanımlanmaktadır⁴. Devlet ile kişi arasındaki aidiyet ilişkisini ifade eden vatandaşlık, kişiye hem birtakım haklar bahşeder hem de birtakım sorumluluklar yükler⁵. Bu bağlamda Türkiye'de yaşayan vatandaşların yanı sıra ilk kez 29 Kasım 1987 tarihinde yapılan genel seçim ile yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının da seçme haklarını kullanmalarına imkân tanınmıştır. Günümüzde yurt dışı seçmen kütüğüne kayıtlı her seçmen, milletvekili genel seçimi, Cumhurbaşkanı seçimi ve halkoylamasında, yurt dışı temsilciliklerde ve gümrük kapılarında kurulacak sandıklarda oy verme hakkına sahiptir.

Çalışmamızda, bir temel hak olarak seçme hakkına ilişkin genel bilgiler verildikten sonra, Türk hukukunda seçme hakkı ele alınacaktır. Özellikle 14 ve 28 Mayıs 2023 tarihlerinde yapılan Milletvekili ve Cumhurbaşkanı seçimleri öncesinde tartışmalara sebep olan yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının Türkiye'de yapılan seçimlerde oy kullanabilmesine ilişkin Türkiye'deki hukuki düzenlemelere, doktrin görüşlerine, yargı kararlarına ve diğer ülkelerdeki düzenlemelere değinilecektir.

I. Bir Temel Hak Olarak Seçme Hakkı

A. Genel Olarak

Temsili demokrasilerde halk temsilcilerini belirleme yönündeki iradesini serbest seçimlerle ortaya koyar. Çoğulcu bir ortamda çoğunluğu sağlayan taraf halk adına iktidar yetkisini kullanır. İktidar, halkın iradesini ortaya koyduğu serbest ve dürüst seçimler sayesinde meşruiyet kazanır⁶. Demokratik

¹ Yavaşgel, Emine. *Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 4.

² Söz konusu düzenlemede ve çalışmanın devamında görülecek olan ulusal ve uluslararası pek çok düzenlemede seçme ve seçilme hakkı birlikte yer almıştır. Ancak çalışmamızın konusu doğrudan "seçme hakkı" ile ilgili olduğundan, bağlantılı olmadığı sürece seçilme hakkına çoğu yerde değinilmemiştir.

³ "Türk hukukunda vatandaşlık, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki tebaa statüsünden, Cumhuriyetle birlikte ulus devletin vatandaşlık anlayışına doğru gelişme göstermiştir ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı hukuki bir kurum olarak anayasalarımızda yer bulmuştur." Şit, Banu. "Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış", TBB Dergisi, S. 76, Y. 2008, s. 64. 1961 Anayasasının 54. maddesi "vatandaşlık" başlığını taşımakta iken 1982 Anayasasının 66. maddesinde başlık olarak "Türk vatandaşlığı" kullanılmıştır.

⁴ Topuzkanamış, Şafak Evran. *Vatandaşlık Üstüne Bir Tez*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 7.

⁵ Hamdemir, Berkan. "Oy Hakkı ve Oy Hakkının Demokratik İlkeleri", *Siyasal Partiler, Seçim Sistemleri ve Türkiye*, Ed. Atıl Cem Çiçek, Adem Çelik, Berkan Hamdemir, Gece Akademi Yayınları, Ankara, 2018, s. 177.

⁶ Aliefendioğlu, Yılmaz. "Temsili Demokrasinin "Seçim" Ayağı", TTB Dergisi, S. 60, Y. 2005, s. 71.

bir yönetimin olmazsa olmaz şartlarının en başında serbest seçim, dolayısıyla da seçme hakkı gelir⁷. Seçim, temsilcilerin ve yönetenlerin belirlenmesiyle sonuçlanan hukuki süreçler ve işlemler bütünüdür⁸. Seçme hakkı ise, seçmenlere temsilcilerini ve kendilerini yönetecek kişileri birden çok seçenek arasından oylama ile belirleme imkânı sağlar.

Demokrasi, antik dönemde yalnızca erkeklerin karara katıldıkları ilkel modelden günümüze evrim geçirmiştir⁹. Modern demokrasinin temellerinden birini teşkil eden siyasal katılma hakkı kaynağını Atina demokrasisinde bulmaktadır¹⁰. Bu dönemde uygulanan çoğunluğa dayalı karar alma yöntemi modern demokrasinin yolunu açmıştır. Seçme hakkının gelişimi de tarihsel, kültürel ve siyasi etmenlere bağlı olarak değişiklikler göstermiştir. Günümüzde halk genel ve eşit oya dayanan ve seçmenlerin özgür iradelerini ifade etmelerini sağlayacak gizli oyla yapılan periyodik seçimlerde oy verme hak ve imkânına sahiptir¹¹.

Seçme hakkı, niteliği gereği bireysel ilişkilere konu olabilecek bir hak olmadığından yalnızca devlet yönetimine ilişkin halkın iradesini ortaya koyan seçimler için geçerlidir¹². Bundan dolayı anayasalarda siyasal hak kategorisinde düzenlenen temel bir haktır¹³. Buna karşın seçme hakkının kullanımına devletler tarafından anayasal ve kanuni düzenlemelerle vatandaşlık, yaş, ikametgâh, ceza mahkûmiyeti gibi nedenlerle bazı sınırlamalar getirilebilmektedir. Örneğin 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın "Seçimler" başlıklı 38. maddesinin 1. fıkrasında "*Alman Federal Meclisin milletvekilleri genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilirler*" denildikten sonra 2. fıkrasında "*18 yaşını bitiren seçme, reşitlik yaşını bitiren seçilme hakkına sahiptir.*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur¹⁴. 1958 Fransa Anayasası'nın 3. maddesinin son fıkrasında "*Yasanın belirlediği koşullar çerçevesinde, reşit olan, medeni ve siyasal haklarını kullanabilen kadın-erkek her Fransız vatandaşı seçmendir.*" hükmü yer almaktadır¹⁵. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ise 67. maddesinin 3. ve 5. fıkralarında yer alan düzenlemelerle seçme hakkının kullanımına sınırlamalar getirilmiştir. Bu fıkralarda yer alan düzenlemelere göre, "*Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve*

⁷ Öden, Merih. Seçmenlerin 'Kişi Tercihi' Açısından Seçim Sistemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 11. Milli egemenlik teorisine göre, seçmen olmak bir "görev" iken, halk egemenliği teorisine göre ise seçmen olmak bir "hak"tır. Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 167-169.

⁸ İba, Şeref. Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 127.

⁹ Sezer, Abdullah. "Seçme Hakkının Yaş Bakımından Sınırlanması ve Osmanlı-Türkiye Anayasacılığındaki Evrim", MÜHF-HAD, C. 27, S. 2, Y. 2021, s. 984.

¹⁰ Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 508.

¹¹ 16.12.1966 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin 25. maddesine atfen yazılmıştır. <https://www.inhak.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.07.2023). Milli egemenlik teorisine göre, seçmen olmak bir "görev" iken, halk egemenliği teorisine göre "hak"tır.

¹² Eren, Abdurrahman. "Türkiye'de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, Y. 2008, sa. 63-110, s. 67.

¹³ Seçme hakkının öznesi devletlerin genel eğilimine bakıldığında "herkes" değil, "vatandaş" olarak belirlenmiştir. Bu durum, seçme hakkının tam bir insan hakkı olarak görülememesine dayanak teşkil etmektedir. Güveyi, Ümit. "Türkiye'de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihiçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü", TBB Dergisi, S. 137, Y. 2018, s. 39.

¹⁴ 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Çev. Christian Rumpf; Gökçe Uzar Schüller, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2023). 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın yerel idarenin esaslarını düzenleyen 28. maddesinin 1 fıkrasında "*Yerel seçimlerde Avrupa Birliğine üye olan bir devletin yurttaşları, Avrupa Topluluğunun yasaları uyarınca seçme ve seçilme hakkına sahiptirler.*" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

¹⁵ 1958 Fransa Anayasası, Nevşehir Barosu Dergisi, S. 1, Y. 1, 2014 <https://web2.e-baro.web.tr> (Erişim Tarihi: 27.07.2023). 1958 Fransa Anayasası'nın 88-3. maddesine göre "*Mütekabiliyet kaydıyla ve 7 Şubat 1992'de imzalanan Avrupa Tek Antlaşmasında öngörülen özel şartlar çerçevesinde, Fransa'da oturan Birlik vatandaşlarına yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkı tanınabilir. Bu vatandaşlar belediye başkanlığı ve başkan yardımcılığı görevi üstlenemezler, senato seçmenliğine ve senato seçimlerine katılamazlar.*"

halkoymasına katılma haklarına sahiptir. (...) Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar¹⁶.”

Serbest seçim hakkı uluslararası hukukta da ele alınan önemli konulardan biridir. Serbest seçim hakkı, AİHS’ne Ek 1 Numaralı Protokol’de de yer almaktadır ve AİHS’de düzenlenen ve koruma altına alınan tek siyasi haktır¹⁷. Söz konusu Protokol’ün 3. maddesine göre “*Yüksek sözleşen Taraflar yasama organının seçiminde halkın kanaatinin özgürce açıklanmasını sağlayacak koşullar içinde, makûl aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler¹⁸.*” Bu düzenlemeye göre, hakkın kapsamı yasama organının seçimiyle sınırlı olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da görüleceği üzere serbest seçim hakkının korunması oldukça önemli görülmüş ve demokratik siyasal bir rejimin temel ilkesi olarak değerlendirilmiştir. Madde, lafzına bakıldığında asıl olarak bireye tanınan oy hakkından ziyade devletin yasama organını hür seçimlerle oluşturması yükümlülüğünü içermektedir. Ancak Mahkeme’nin görüşleri doğrultusunda bu maddenin yukarıda bahsedildiği gibi yalnızca “kurumsal bir hakkı” içermediği, sübjektif hak olarak yasama organı seçimlerinde “oy kullanmak” ve “aday olmak” haklarını da içerdiği şeklinde yorumlanmıştır¹⁹.

B. Türk Hukukunda Seçme Hakkı

1. 1982 Anayasası Dönemi Öncesi

Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri incelendiğinde ilk kez Tanzimat döneminde temsil ilişkisinin yerel meclislerin oluşturulmasıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Taşra yönetiminde genel olarak her kademedede seçimle oluşmuş yerel meclislerin varlığı, Tanör’ün deyişiyle “*meşrutiyet parlamentoculuğuna geçişi kolaylaştıran bir birikim sağlamıştır²⁰.*”

¹⁶ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. <https://www.mevzuat.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.07.2023).

¹⁷ Metin, Yüksel. “Siyasal Muhalefetin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Korunması”, EÜHFD, C. 11, S. 3-4, Y. 2007, s. 82. AİHS dışında 10.12.1948 tarihinde kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin (İHEB) 21. maddesinde ve 16.12.1966 tarihinde kabul edilen BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 25. maddesinde, 1969 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 23. maddesinde ve 1981 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesinde seçme, seçilme, yönetime katılma ve siyasi faaliyette bulunma gibi siyasi haklar düzenlenmiştir. Ayrıca Serbest seçim hakkı, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komitesi’nin 25 No’lu Genel Yorumu’nda şöyle ifade edilmiştir: “*BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin 25. maddesi her yurttaşın kamu yönetimine katılma, oy kullanma ve seçilme ve kamu hizmetlerine girme hakkını tanımakta ve korumaktadır. Sözleşme, anayasalara veya hükümet şekillerine bağlı kalmaksızın taraf Devletlerin yurttaşların bu haklardan faydalanabilmesi için gerekli yasama tedbirlerini ve idari tedbirleri almalarını öngörmektedir. 25. madde bireylerin iradesi ve Sözleşme’deki ilkelere dayanan demokratik bir hükümetin temelini teşkil eder.*” BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum No. 25: Kamu Yönetimine Katılma, Oy Kullanma ve Seçilme Hakkı, 1996. <https://insanhaklariizleme.org> (Erişim Tarihi: 27.07.2023).

¹⁸ AİHS’ne Ek 1 Numaralı Protokol, Protokol 20.03.1952 tarihinde imzaya açılmış ve 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol, Türkiye tarafından 20 Mart 1952 tarihinde imzalanmış ve AİHS ile birlikte 10.03.1954 tarihinde 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Kanun, 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2023).

¹⁹ Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 437.

²⁰ “*İleriki yılların taşralı mebusları, İstanbulluların ilk defa seçim gördüklerini, kendilerinin ise Tanzimat’ın başından beri seçim usulünü bildiklerini söyleyip kurumlanırken, hiç de haksız değillerdi.*” Tanör, Bülent. Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 109.

Kanun-ı Esasi döneminde ise seçimle oluşturulmuş ilk Osmanlı Meclisi, Meclis-i Mebusan'dır²¹. Ancak Kanun-ı Esasi'de ne seçme ne de seçilme hakkı açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın 65 ila 69 maddeleri arasında ise seçim ve temsile ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Bu maddelerde yer alan düzenlemeler, her elli bin erkeğe bir mebus seçilmesine ilişkin düzenleme dışında, seçimlerin gizli oylamayla yapılması ve diğer mebus seçilme şartları ile ilgilidir. Bu konuların uygulanmasının kanunla düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda kanun (Talimat-ı Muvakkate), bir hükümet bildirisi (Beyanname) ve mebusların vilayetlere dağılımını gösteren bir plan (Cetvel) hazırlanmıştır. Kanun-ı Esasi'de olmasa bile Kanun'da seçim iki dereceli olarak düzenlenmiştir ve seçimler genel oy ilkesine dayanmamaktadır.

II. Meşrutiyet döneminde ise İntihab-ı Mebusan Kanunu yürürlüğe girmiştir. Kanun seçmen olabilmek için birtakım şartlar öngörmektedir²². Buna göre birinci seçmen olabilmek için; medeni haklardan yoksun olmamak, 25 yaşını doldurmuş olmak, yabancı bir devletin vatandaşlığında yahut vatandaşlık iddiasında bulunmamak, bir yabancının hizmetinde bulunmamak, kanunen iflas etmiş olsa da itibarını tekrar kazanmış olmak, kısıtlanmış olsa da bu kararı kaldırılmış olmak, doğrudan doğruya devlete az çok vergi veriyor olmak gibi şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. İkinci seçmen olabilmek için de bu koşullara ek olarak Osmanlı vatandaşı olmak şartı getirilmiştir²³. Dönemin çoğu anayasasında olduğu gibi oy hakkı yalnız şartları taşıyan erkeklere tanınmıştır. İntihab-ı Mebusan Kanunu'nda I. Meşrutiyet döneminden farklı olarak oy kullanmak için dine veya ırka dayalı herhangi bir kriter yer almadığından seçimlerde Müslümanlar ve gayrimüslimler bir arada seçme ve seçilme haklarından faydalanmışlardır. 1914 yılında yapılan seçimlerde seçme hakkı bakımından bir değişikliğe gidilmiştir. Buna göre görevde bulunan askeri personelin oy vermesi yasaklanmıştır. Emekli askerlerin ise oy kullanabilecekleri kabul edilmiştir²⁴.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu içinde bulunan olağanüstü şartlar ve 1876 Kanun-ı Esasi'nin yürürlükten kaldırılmamış olması nedeniyle kısa bir anayasadır²⁵. Anayasa'nın 1. maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız milletin olduğu hüküm altına alınmıştır. Tanör, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda egemenliğin monarktan alıp kayıtsız şartsız millete verilmesinin Osmanlı-Türk anayasacılık tarihinde keskin bir dönüm noktası olduğunu ve temsili demokrasinin benimsendiğini ifade etmektedir²⁶. 1921 Anayasası'nda seçme hakkı bakımından kısıtlı düzenlemeler yer almıştır²⁷. Bunlar, sadece Anayasa'nın 4. maddesindeki meclisin vilayetlerin halkı tarafından seçilmiş olan üyelerden oluşacağına ve 5. maddesindeki seçimlerin iki yılda bir gerçekleştirileceğine ilişkin hükümlerdir. Cumhuriyet ilan edilinceye kadar eski mevzuat büyük ölçüde uygulanmaya devam etmiştir²⁸. Söz konusu durum seçme hakkı için de büyük ölçüde geçerlidir²⁹. Vatandaş ve erkek olma şartının yanı sıra 1923'e kadar seçmen olabilme yaşı 25 olarak sürdürülmüştür. Sonrasında 1923 yılında yapılan değişiklikle seçmen olabilme yaşı 18'e düşürülmüştür. Seçme hakkı bağlamında yapılan önemli değişikliklerden birisi de 1876 Anayasası döneminde aranan az çok vergi veriyor olmak şartının 1923 yılında kaldırılmasıdır. Bu değişiklik, Türkiye'de genel oya geçiş için ilk önemli adım olarak

²¹ "1877 Seçimi, ilk Türk yasama meclisinin ortaya çıkışının yanı sıra, seçme ve seçilme hakkının Türkiye'de ilk kez kullanılması bakımından da, demokratikleşme süreci bağlamında büyük önem arz etmektedir." Güveyi, s. 50.

²² İntihab-ı Mebusan Kanunu, ilk kez 1908 yılında yapılan genel seçimlerde uygulanmıştır.

²³ Bilgili, Murat Saltuk/Aktaş, Hasan Emir. "Türkiye'nin Anayasal Dönemlerinde Seçme Hakkı", İşletme Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, S. 2, Y. 2023, s. 270.

²⁴ Bilgili/ Aktaş, s. 272.

²⁵ Döner, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 50.

²⁶ Tanör, s. 255-257.

²⁷ Bilgili/Aktaş, s. 273.

²⁸ Meclisin ikinci dönem seçimlerinin yapılması kararı alındıktan sonra 3 Nisan 1923 tarihinde 320 sayılı İntihab-ı Mebusan Kanun-ı Muvakkatı yürürlüğe konmuştur.

²⁹ Güveyi, s. 51.

nitelendirilmektedir³⁰.

Cumhuriyetin ilanından hemen sonra İkinci Meclis devletin temel kuruluşunu ve toplumun ve bireylerin devlet karşısındaki hak ve hürriyetlerini belirleyecek yeni bir anayasa yapma konusunda harekete geçmiştir³¹. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun ilk halinin 10. maddesinde 18 yaşını bitiren her erkek Türk vatandaşının milletvekili seçimine katılma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. 5 Aralık 1934 tarihinde yapılan 2599 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kadınlara da seçme ve seçilme hakkı tanınmış ve seçmen olabilmek için yaş 22'ye yükseltilmiştir³². Belirtmek gerekir ki, 1924 Anayasası'nın 5. faslında Türklerin kamu hakları yer almaktadır ve bu hakların bir kısmının sahibi olarak "her Türk" veya "Türkler" gibi ifadeler kullanılmıştır³³. Anayasa'nın 88. maddesinde yer alan "Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olur." şeklindeki düzenleme Türklük kavramının dinsel ve ırksal bir anlam taşımadığını, "coğrafi unsur" (Türkiye ahalisi) ve "hukuki unsur" (vatandaşlık bağı) anlamına gediğini ifade etmektedir³⁴. 1943 seçimlerinden önce kabul edilen 1942 tarih ve 4320 sayılı Mebus Seçimi Kanunu ile seçim ile ilgili hususlar bir kanunda toplanmıştır. İki dereceli seçim³⁵ ile yukarıda ifade edilen seçmen olma şartları korunmakla birlikte yeni seçim kanunu 8. maddesinde "silahaltında bulunan erat, jandarmalar, subaylar, polisler, askeri memur, askeri hakimler ve askeri mektep talebeleri birinci ve ikinci seçmen olamazlar" hükmüyle birtakım kimselerin seçmen olmalarını yasaklayan yeni bir kural getirmiştir³⁶.

1961 Anayasası da temsili demokrasi geleneğini devam ettirmiştir. Egemenliğin sahibi olan millet bu hakkını seçimler yoluyla kullanmaktadır. Anayasa'nın "Siyasi haklar ve ödevler" başlığını taşıyan 4. bölümünün 55. maddesinde vatandaşların, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme ve seçilme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devamında demokratik seçim ilkelerine yer verilmiş ve seçimlerin tek dereceli olduğu vurgulanmıştır. 1961 Anayasası çift meclisli bir yasama organı getirmiştir. Anayasa'nın 71. maddesine göre, Millet Meclisi seçimlerinde seçmen olan her Türk, Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde de aynı şartlarda oy kullanır. Diğer siyasi haklarda olduğu gibi seçme hakkının öznesi de yalnız vatandaşlardır. Anayasa'nın 54. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür. Bu düzenlemede 1924 Anayasası'na benzer şekilde din ya da ırk bağlamında bir vatandaşlık tanımı öngörülmemiş, "vatandaşlık bağı" gibi hukuki bir ilişki esas alınmıştır, dolayısıyla da subjektif millet anlayışına uygun çağdaş bir düzenleme yapılmıştır³⁷. Anayasa seçme ve seçilme hakkı ile seçimlerin genel ilkelerini belirlemiş, seçmen olabilmek şartları ve seçim sistemi gibi konuları kanunlarla yapılacak düzenlemelere bırakmıştır³⁸. 1961 yılında 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bugün de yürürlükte olan bu kanunun ilk haline göre, 21 yaşını doldurmuş her vatandaş iki meclis için de oy kullanabilmekteydi. Yine, 298 Sayılı Kanun'a göre, kamu hizmetinden

³⁰ Güveyi, s. 53.

³¹ Döner, s. 55.

³² Tanör, seçmen olma yaşının yükseltilmesine ilişkin bu değişikliği şöyle eleştirmiştir: "Yeni düzenlemelerde "kadın erkek her Türk" bu haklara sahip kılınmıştır. Ancak bu defa da kadınların siyasal rüste erkeklerden geç ulaştıklarına hükmedilmiş olacak ki, 1924 metninde oy kullanma yaşı 18 iken, kadınlara da bu hakkın tanınmasıyla birlikte çita, 22 yaşını bitirme koşuluna yükseltilmiştir." Tanör, s. 323-324.

³³ Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 91.

³⁴ Tanör, s. 309.

³⁵ 1946 tarih ve 4918 sayılı Milletvekilleri Seçim Kanunu ile iki dereceli seçim usulü terk edilerek tek dereceli usul benimsenmiştir. Bu Kanun'da gizli oy ve açık sayım ilkeleri, seçimlerin hukuki güvence altında gerçekleştirilmesi ve Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) kurulması gibi yeni hükümler yer almıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye'de 1946 yılında Demokrat Parti'nin kurulmasıyla ve aynı yıl içerisinde yapılan seçimlerle çok partili hayata geçilmiştir.

³⁶ Bilgili/Aktaş, s. 275.

³⁷ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 200.

³⁸ Tanör, s. 385.

yasaklılar ve kısıtlılar seçmen olamamaktaydı. Ayrıca silah altındaki erat ve askeri öğrenciler oy kullanamamaktaydı.

2. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası'nın ilk halinin 67. maddesinin 3. fıkrasında 21 yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme ve halkoymasına katılma haklarına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir denildikten sonra son fıkrasında ise silah altında bulunan er ve erbaşlarla, askeri öğrencilerin, ceza ve tevkif evlerinde bulunan tutukluların ve hükümlülerin oy kullanamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 66. maddesi "Türk vatandaşlığı" başlığı altında 1961 Anayasası'na paralel şekilde "Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür." diyerek vatandaşlık kavramını hukuki bir ilişki olarak tanımlamıştır³⁹. Gören'in ifade ettiği gibi, bireyin devlet içindeki bir vatandaş olarak hakları, yani "vatandaş hakları" devlet üstü haklar olmayıp, doğaları gereği, vatandaşın sadece devlet içinde kullanabileceği haklarıdır⁴⁰.

1987 yılında Anayasa'nın 67. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişiklik ile⁴¹ seçme ve halkoymasına katılma hakkına sahip olma yaşı önce 20'ye daha sonra 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliği⁴² ile de 18'e indirilmiştir. Her ne kadar genel oy bakımından ideal olan herkesin oy kullanması olsa da genel oya getirilen haklı ve makul sınırlamalardan biri de yaştır ve siyasal haklarda aranan yaş sınırı belli ruhsal olgunluk ve sorumluluk düzeyi için önemlidir⁴³. Yaş şartı ülkelere göre değişmekle birlikte genellikle medeni rüşt yaşına uygun olarak 18 yaşın kabul edildiği görülmektedir.

1995 yılında Anayasa'nın 67. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklik çalışmamızın konusu bakımından önem teşkil etmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz bu değişiklikle "Seçimler ve halkoyması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır." cümlesinden sonra "Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler." cümlesi eklenmiştir. Ayrıca 1995 yılında 67. maddenin 5. fıkrasında yapılan değişiklik ile tutuklulara da seçme hakkı tanınmıştır⁴⁴. 2001 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile de 67. maddenin 5. fıkrasına "askeri

³⁹ 1982 Anayasası'nın 66. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir." Türk hukukunda bu konudaki düzenlemeler 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un 7. maddesine göre, "(1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. (2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. (3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır." Vatandaşlığın sonradan kazanılması ise 5901 Sayılı Kanun'un 9 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir." 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, RG. 27256, T. 12.06.2009.

⁴⁰ Gören, Zafer. "Aktif Statü Hakları", Cevdet Yavuz'a Armağan s. 3307. Günümüzde bazı devletlerin yerel seçimlerde yabancılara da seçme hakkı verdikleri görülmekle birlikte, devletler ülkenin genel yönetimine ilişkin seçimlerde ise vatandaş olma şartını aramaktadırlar. Döner, s. 240.

⁴¹ 7.11.1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67, 75, 175 inci Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici 4 üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun, RG. 19464, T. 18.05.1987.

⁴² 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, RG. 22355, T. 26.07.1995.

⁴³ Sezer, s. 987-988.

⁴⁴ Anayasasının 67. maddesinin 5. fıkrası şöyle değiştirilmiştir: "Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan tutukluların seçme haklarını kullanmalarında, oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hâkimin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır." 1995 yılında yapılan anayasa değişikliklerinden sadece çalışmamıza ilişkin olarak seçme

öğrenciler” ibaresinden sonra gelmek üzere “taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç” ibaresi eklenmiş ve “bulunan tutukluların seçme haklarını kullanmalarında” ibaresi “oy kullanılması ve” şeklinde değiştirilmiştir⁴⁵. Anayasa’nın bu maddesine göre, taksirli suçlar hariç infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamamakta, tutuklular ise kullanabilmektedir. Tutuklulara yönelik bu istisnanın nedeni, masumiyet karinesi ve genel oy ilkesine uyumu sağlamak olsa da doktrinde AİHM kararları da emsal gösterilerek salt mahkûm olmanın, oy hakkından yoksunluğu gerektirmemesi, meşru bir amaç bulunması ve bu amaca yönelik sınırlamanın da orantılı olması gerekliliğine dair düşünceler ortaya konulmuştur⁴⁶.

II. Yurt Dışında Yaşayan Vatandaşların Seçme Hakkı

A. Genel Olarak

Kişi ile devlet arasındaki hukuki ve siyasi bağ olarak tanımlanan vatandaşlık, esas itibariyle zamana ve mekâna göre değişen ve sürekli gelişen oldukça dinamik bir kavramdır⁴⁷. Vatandaşlık bir siyasi topluluğa üye olmayı ifade ettiğinden hukuk öznesi olarak vatandaşlığın çerçevesini haklar, sorumluluklar, katılım ve kimlik ve bunlar arasındaki karşılıklı ilişkiler oluşturur⁴⁸. Anayasacılık hareketi tarihi boyunca vatandaşlık, anayasalarda hukuki bir statü, siyasi kimlik, hak öznesi, sosyal ve kültürel kimlik ve demokratik karar alma mekanizmalarına katılım yönleriyle düzenlenmiştir⁴⁹.

Günümüzde geleneksel vatandaşlık anlayışından farklı olarak “ulusüstü” ve “ulusötesi” vatandaşlık türlerinden söz edilmektedir. Bu kapsamda Avrupa Birliği (AB) vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlığı yanında ikinci bir vatandaşlık teşkil etmeyen ulusüstü vatandaşlığa tek örnek iken; temelinde parayla satın alınan ya da mülkiyete dayalı olarak kazanılan ve küreselleşme ile birlikte farklı isimlerle ifade edilen ulusötesi vatandaşlık türleri söz konusudur⁵⁰.

Demokratik ve özgürlükçü toplumlarda vatandaş denildiğinde devlete karşı sorumluluklarının yanı sıra, devlet karşısında hak ve özgürlüklere ve devletin dokunamayacağı özerk alanlara sahip bireyler akla gelmektedir⁵¹. Georg Jellinek tarafından yapılan tasnife göre söz konusu hak ve özgürlüklerden, aktif statü, bireyin özgürlüğünü devlet içinde ve devlet için kullandığı durumdur ve vatandaşlık hakları ile biçimlenir ve güvence altına alınır⁵².

hakkı ile ilgili değişiklikler ele alınmıştır.

⁴⁵ 4709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG. 24556, T. 17.10.2001. 1982 Anayasası’nın 67. maddesinin 5. fıkrası şöyledir: “Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutuk evlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hakim in yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır.”

⁴⁶ Arslan, Çetin/Kayanççek, Murat. “Hükümlü ve Tutukluların Oy Kullanma Hakkı (AY m.67/5)”, s. 1-2. [Hukumlu-ve-Tutuklularin-Oy-Kullanma-Hakki-AY-m.-67_5.pdf](https://www.cetinarслан.com.tr/Hukumlu-ve-Tutuklularin-Oy-Kullanma-Hakki-AY-m.-67_5.pdf) (cetinarслан.com.tr) (Erişim Tarihi: 21.09.2023); Şirin, Tolga. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, MÜHF – HAD, C. 17, S. 1-2, s. 330 vd.

⁴⁷ Töre, Nazlı. “Değişen Dünya’da Vatandaşlık”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. 10, Y. 2017, s. 554.

⁴⁸ Korkut, Levent. “Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 1, S. 2, Y. 2014, s. 6.

⁴⁹ Korkut, s. 9.

⁵⁰ “... Bunlar arasında; kazanılmış vatandaşlık, geniş kapsamlı vatandaşlık, paydaş vatandaşlık, ikamete dayalı ve yaslanmış vatandaşlık gibi türler görülür.” ÖZKAN, Işıl. “Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş Bir Tipoloji mi?”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., Y. 2019, s. 2207.

⁵¹ Erdem, Fazıl Hüsnü. “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa”, Liberal Düşünce, S. 66, Y. 17, Bahar 2012, s. 50.

⁵² Bu haklarla anayasalarda bireye, seçmen ya da temsilci olma, kamu hizmetlerine girme, dilekçe hakkı garanti edilmektedir. Gören, s. 3304.

1789 Fransız İhtilali'nden sonraki süreçte millet egemenliği düşüncesiyle birlikte "millete ait egemenlik hakkı ancak temsil yoluyla kullanılabilir" ilkesinin tüm batı dünyasında benimsenmesiyle seçim bir görev olarak görülmeye başlanmıştır⁵³. Dolayısıyla seçme hakkı, milli iradenin açıklanmasıyla diğer bir ifadeyle egemenliğin kullanımıyla ilgili siyasi bir hak olduğundan devletler tarafından genellikle vatandaş olanlara tanınmaktadır⁵⁴. Demokratik seçimin ilkelerinden biri olan genel oy ilkesi herkesin kayıtsız şartsız seçme hakkına sahip olması anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda rasyonel bir temele dayanmak ve ayrımcılık taşımamak kaydıyla seçme hakkına bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamalardan biri de vatandaşlıktır⁵⁵. Bu doğrultuda AİHS'nin 14. maddesi yabancıların siyasi faaliyetlerine yönelik sınırlamaları ayrımcılık yasağı kapsamında saymamakta, meşru görmektedir.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin 25 no'lu Genel Yorumu'nun 4. paragrafında da konu ile ilgili olarak vatandaşların katılma, oy kullanma ve seçilme haklarından faydalanabilmesinin kanuni olarak belirlenmiş, objektif ve makul olan sebepler dışındaki sebeplerden ötürü askıya alınamayacağı veya kısıtlanamayacağı ifade edilmiştir. Bu durumlara örnek olarak da zihinsel yetersizlik, oy kullanma veya kamu hizmetine girme hakkının kısıtlanması gibi nedenler gösterilmiştir⁵⁶.

Günümüzde kural olarak yabancıların siyasi haklara sahip olamayacağı kabul edilmekle birlikte, özellikle göçmen kabul ederek ülkesinin nüfusunu artırma amacıyla olan devletler yabancıları bazı koşullar altında seçme hakkı tanımışlardır⁵⁷. Bu bağlamda seçme hakkının yalnızca vatandaşlara tanınması milli egemenlik anlayışına uygun düşse de İskandinav ülkelerinde ve AB devletlerinde giderek gelişen eğilim, ülkede belirli bir süre yaşayan yabancıları da seçme ve seçilme hakkının tanınması yönündedir⁵⁸. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda yerel yönetimlerle ilgili seçimlerde yabancıların da oy kullanmalarına olanak sağlanmasına ilişkin hükümler mevcuttur⁵⁹. Avrupa Konseyi bünyesinde yer alan Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi tarafından hazırlanan konuya ilişkin bir diğer Sözleşme de Yabancıların Yerel Düzeyde Kamu Hayatına Katılma Sözleşmesi'dir⁶⁰. Sözleşmenin temelini, yerleşik yabancıların yerel düzeyde kamu hayatına katılımını sağlayan hükümler oluşturmaktadır⁶¹.

⁵³ Anayurt, s. 528. Millet soyut bir varlık olduğu için, millet adına temsilcileri seçmek, seçmenler için bir görevdir. Oy kullanmanın bir hak olduğu görüşü ise halk egemenliğine dayanır. Bu görüşe göre, seçme hakkının kullanılması ihtiyaridir, zorunluluk değildir. Oysa 1982 Anayasası'yla, seçme, anayasal bir hak olarak kabul edilmesine karşın, oy vermek, zorunlu bir görev olarak benimsenmiştir. Kanadoğlu, Korkut/ Duygun, Ahmet Mert. Anayasa Hukukunun Genel Esasları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 97.

⁵⁴ Döner, Ayhan. Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Doğu Ciltevi Yayınevi, Erzincan, 2022, s. 258.

⁵⁵ Yaş, vatandaşlık, mahkûmiyet, ehliyetsizlik gibi. Anayurt, s. 555.

⁵⁶ BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum No. 25: Kamu Yönetimine Katılma, Oy Kullanma ve Seçilme Hakkı, 1996. <https://insanhaklariizleme.org> (Erişim Tarihi: 22.09.2023).

⁵⁷ Öztürk, Necla. "Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı", MHB, C. 33, S. 1, s. 127.

⁵⁸ 1992 Maastricht Anlaşması'nın 8. maddesi AB üyesi devletlerin vatandaşlarının belediye ve Avrupa seçimlerinde oy kullanma ve aday olma hakkını tanımaktadır. Fransa Anayasa Konseyi, bu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuş ve Antlaşma'da düzenlenen yöntem ve karşılıklılık ilkesine bağlı olarak belediye seçimlerinde oy kullanma ve aday olma hakkının yalnızca Fransa'da ikamet eden vatandaşlara tanınabileceğini belirtmiştir. Anayurt, s. 559.

⁵⁹ Aliefendioğlu, s. 79. Şart, 15.10.1985 tarihinde imzaya açılmış ve 01.09.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nı 21 Kasım 1988 tarihinde imzalamıştır. Şart'ın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 05.05.1991 tarih ve 3723 sayılı Kanun, 21.05.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 09.12.1992 tarihinde tevdi edilmiş ve Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, Türkiye bakımından 01.04.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belirtmek gerekir ki, Türkiye tarafından şartın tamamı değil, belirli maddeleri onaylanmıştır.

⁶⁰ Sözleşme, 05.02.1992 tarihinde Fransa'nın Strazburg şehrinde Avrupa Konseyi'ne üye olan ve olmayan devletler için imzaya açılmış, 01.05.1997 tarihinde, dört devlet onayı koşulunun gerçekleşmesiyle yürürlüğe girmiştir.

⁶¹ Öztürk, Necla. "Avrupa Konseyi Yabancıların Yerel Düzeyde Kamu Hayatına Katılması Sözleşmesi Çerçevesinde Danışma Kurulları Oluşturulması: Alanya Yabancılar Meclisi", Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, C. 13, S. 25, Y. 2013, s. 224.

Bazı Avrupa ve AB ülkeleri, yabancılara yerel seçimlerde seçme hakkını birtakım şartlara bağlı olarak tanımaktadırlar. Bunlar, ikamet süresi, kayıt veya başvuru, özel bir ikamet türü ya da karşılıklılık olabilmektedir⁶². AIHM, 2005 yılında verdiği bir kararında potansiyel seçmen ile ilgili bölge arasında yeterince güçlü bir bağ fikrine atıfta bulunmuştur. Fransa anakarası vatandaşı olan ve Nouméa’da yaşayan bir vatandaş, bölgede en az on yıldır ikamet etmekte olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesiyle Yeni Kaledonya Kongresi seçimlerinde oy kullanma hakkından faydalandırılmamıştır. Mahkeme, ikamet süresine ilişkin sınırların, seçimlerin “ilgili” nüfusun iradesini yansıtmasının ve seçim sonuçlarının, bölgeye yakın zamanda gelen ve bölgeyle güçlü bağları bulunmayan kişilerin yoğun oy kullanımlarından etkilenmemesinin sağlanması endişesine yönelik olarak belirlendiği, ikamet kriterinin haklı gerekçelere dayandığı ve meşru bir amacının bulunduğu kanaatine varmıştır⁶³.

Öztürk’ün de belirttiği gibi, yabancılara özellikle yerel seçimlerde seçme hakkının verilmemesi yabancılara yoğun olarak yaşadığı bölgeler bakımından, onların yönetildikleri fakat yönetime katılmadıkları şeklinde bir sonuca yol açması nedeniyle, adil olmadığı ve insan hakları ile bağdaşmadığı gibi sonucun ortaya çıkmasına neden olabilir⁶⁴. Ancak yabancılara seçme hakkı tanımayı düşünen bir ülkenin sistemini çok iyi kurması gerekmektedir. Bu bağlamda yabancılara seçmen olma şartlarının açıkça belirlenmesi önemlidir.

Yurt dışında oy kullanma hakkına ilişkin devletlerin⁶⁵ uygulamalarına bakıldığında bazı devletlerin ülkelerinde ikamet etmeyen tüm vatandaşlarına sınırsız oy hakkı tanırken, bazılarının ise yurtdışından oy kullanım hakkına, yurtdışında yaşama süresine bağlı bir kısıtlama getirdiği görülmektedir⁶⁶. Yurt dışında yaşayan vatandaşların oy verme yöntemleri de ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Devletlerin bir kısmı seçmenine sadece sandıkta oy kullanma imkânı sunarken, bir kısmı ise bu hakkı sadece mektupla oy verme ile sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte yurt dışı seçmenine birden fazla oy kullanma yöntemini sunan devletler de bulunmaktadır. Bu yöntemler sandıkta, posta yoluyla ve vekâleten oy kullandırma ile elektronik oylama yöntemleri olarak bilinmektedir⁶⁷. Devletlerin, yurt dışında kullanılan oyları değerlendirme biçimlerinde de farklı uygulamalar söz konusudur. Buna göre, bazı devletlerde yurtdışı seçmenlerin oyları son ikamet yerlerinin seçim bölgesindeki oylara eklenirken, bazı devletler yurtdışında ikamet eden vatandaşları için özel seçim bölgeleri oluşturmakta ve yurtdışında kullanılan oylar, her bir partinin nispi temsil sistemi içinde kazandığı toplam oya eklenmektedir⁶⁸. Yurt dışında yaşayan vatandaşlarına seçme hakkı tanıma konusunda bazı özellikleri nedeniyle ön plan çıkan iki devletin uygulamasına bakmakta yarar vardır. Bu

⁶² Öztürk, “Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı”, s. 145.

⁶³ AIHM, PY v. Fransa, Başvuru No. 66289/01, T. 06.06.2005. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. Maddesi Rehberi Serbest Seçim Hakkı, 30.08.2020. [Case-law guide on Article 3 of Protocol No. 1 \(Turkish\) \(coe.int\)](https://www.coe.int/turkey/Case-law-guide-on-Article-3-of-Protocol-No.-1-(Turkish)-(coe.int)) (Erişim Tarihi: 22.09.2023).

⁶⁴ Yabancı kaynaklarda kullanılan “resident aliens” yani “yerleşik yabancı” kavramın Türk yabancılar hukukuna dâhil edilmesinin yararlı olacağı görüşü için Öztürk, “Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı”, s. 163-164.

⁶⁵ Kanada, Birinci Dünya Savaşı sürecinde askeri ve diplomatik personel olarak Kanada toprakları dışında görev yapan vatandaşlarına oy kullanma hakkını tanıyan ilk devlettir. Hayward, Mark. “Voting Abroad: Cultural Diversity and Democratic Institutions in a Global Era”, Communication Studies Faculty Publications. 14. 2009, s. 2. https://scholars.wlu.ca/coms_faculty/14 (Erişim Tarihi: 19.10.2023).

⁶⁶ Güneş, Mehmet. “Küresel Siyasette Demokratik Katılım Örneği Olarak: Yurt Dışındaki Vatandaşların Siyasal Katılımı”, Turgut Özal Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Kongresi IV, 11-12 Mayıs 2017, Malatya, s. 451. <https://www.academia.edu/39641640> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

⁶⁷ Gündoğmuş, Bekir. “Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi: Niçin ve Nasıl?”, F.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi C. 31, S. 2, Y. 2021, s. 770.

⁶⁸ Hatta bazı ülkeler vatandaşlarına sadece yurtdışında oy kullanma hakkı sağlamakla kalmayıp, ülkenin yasama organlarını temsil hakkı da verebilmektedir. Ülkelerin bir kısmı ise yurt dışı seçim bölgesi oluşturarak seçilme hakkını tanımaktadırlar. (Hırvatistan, Fransa, İtalya, Portekiz, Cezayir, Mozambik, Kolombiya, Ekvator, Tunus, Makedonya, Dominik Cumhuriyeti, Romanya gibi) Güneş, s. 452.

devletlerden biri yurt dışında yaşayan vatandaşlarına temsil hakkı veren ilk devletlerden biri olması nedeniyle Fransa, diğeri de Avrupa tarihinde en çok göç veren devletlerden biri olan ve dönem dönem artarak devam eden göçler nedeniyle yurt dışında büyük bir diaspora nüfusuna sahip olan İtalya'dır⁶⁹.

Fransa, 2004 yılında yapılan kanuni düzenlemeyle "Yurt Dışında Yaşayan Fransızlar Meclisi" kurulmuştur. 2008 yılında yapılan anayasa değişikliği ile de yurt dışında yaşayan Fransızların Ulusal Meclis'te ve Senato'da temsil edilmesi düzenlenmiştir⁷⁰. Yurt dışında yaşayan Fransızlar yurt içinde oy kullanma yöntemi neyse ona uygun olarak ve çoğu yerde Fransız Konsolosluklarında oylarını kullanmaktadırlar. Seçimler doğrudan ya da elektronik olarak Fransız elçiliklerinde ve Konsolosluklarda yapılmaktadır. İnternet üzerinden oy kullanma imkanının getirilmesi teşvik edici olsa da, yurt dışından seçimlere katılımın düşük olduğu gözlemlenmektedir. Buna rağmen Fransa, diaspora temsil sistemine uygulayan ve bu sistemi güçlendirmeyi hedefleyen sınırlı sayıda ülkenin başında gelmektedir⁷¹.

İtalya'nın yurt dışında yaklaşık 5,3 milyon vatandaşı bulunmaktadır⁷². İtalya Parlamentosu, Temsilciler Meclisi ve Senato'dan oluşmaktadır. Parlamento seçimlerinde yurt dışında yaşayan İtalyanlar da oy kullanabilmekte ve yurt dışı oyları tek bir seçim bölgesi sayılmaktadır⁷³. İtalya Yabancı Seçim Bölgesi, toplam 12 milletvekili ve 6 senatör hakkına sahiptir. İtalya'da yurt dışı seçmenleri için 4 adet yurt dışı seçim çevresi öngörülmektedir. Yurt dışında yaşayan İtalyan vatandaşları yaygın olarak mektupla oy kullanma yöntemini tercih etmekte iseler de herhangi bir diplomatik temsilciliğin olmadığı yerlerde oy kullanmak isteyen vatandaşların seyahat giderlerinin yüzde yetmiş beşinin karşılanması da zorunludur⁷⁴. Ancak İtalya'da da yurt dışı seçmenlerin seçimlere katılımı beklenen düzeyde değildir.

B. AİHM'nin Yaklaşımı

AİHS'ne Ek 1 Numaralı Protokol'ün serbest seçim hakkına ilişkin 3. maddesi ilk kez AİHM tarafından Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika başvurusunda⁷⁵ değerlendirilmiştir. AİHM, kararında

⁶⁹ Diaspora (Yurt Dışı) Seçim Bölgesine İlişkin Dünya Örnekleri ve Karşılaştırmalı Analizi Projesi, s. 65.

⁷⁰ "Ulusal Meclisin; 556'sı anayurt (metropolitan) Fransa'dan, 10'u deniz aşırı bölgelerden ve 11'i yurt dışında yaşayan Fransızlar tarafından seçilen 577 üyesi bulunmaktadır. Meclis üyelerinin görev süresi 5 yıldır. Yurt dışında yaşayan Fransızlara 11 üyelik bir kotanın ayrılması 2008 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin getirdiği bir yeniliktir." Ocaklı, Fatih Çağrı/ Palabıyık, Hakan/ Solak, Mehmet/ Atlay, Ayşen/ Selver, Mert Can. Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, TBMM Araştırma Hizmeti Başkanlığı, Aralık 2019, s. 5. <https://www5.tbmm.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

⁷¹ "Diaspora (Yurt Dışı) Seçim Bölgesine İlişkin Dünya Örnekleri ve Karşılaştırmalı Analizi Projesi", Yürütücü: Necati Anaz, Araştırmacılar: Mehmet Köse, Zahide Erdoğan, Proje No. 116K028, TÜBİTAK SOBAG, Ankara 2017, s. 45. <https://search.trdizin.gov.tr/tr> (Erişim Tarihi: 12.10.2023). 1958 Fransa Anayasası'nın 24. maddesinin son fıkrası şöyledir: "Yurtdışında yaşayan Fransız vatandaşları Ulusal Meclis ve Senato'da temsil edilirler." https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008 (Erişim Tarihi: 29.02.2024).

⁷² Fransa'nın ise yurt dışında yaşayan yaklaşık 2,5 milyon vatandaşı vardır. Gündoğmuş, s. 773-774.

⁷³ 1947 İtalya Anayasası'nın 48. maddesinin 3. fıkrası şöyledir: "Kanun, yurtdışında ikamet eden vatandaşların seçme haklarını kullanmaları için gerekli şartları ve yöntemleri belirler ve bu hakkın etkili olmasını garanti eder. Parlamento Meclisleri seçimleri için yurtdışındaki İtalyanlardan oluşan bir seçim bölgesi kurulur; bu seçim bölgesinin sandalye sayısı kanunla belirlenen kriterlere göre anayasal bir hükümlle belirlenir." https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020 (Erişim Tarihi: 29.02.2024).

⁷⁴ Yurt dışında yaşayan İtalya vatandaşları sadece referandum ve genel seçimlerde oy kullanabilmekte, yerel ve bölgesel seçimlerde oy kullanamamaktadır. Diaspora (Yurt Dışı) Seçim Bölgesine İlişkin Dünya Örnekleri ve Karşılaştırmalı Analizi Projesi, s. 66.

⁷⁵ AİHM, Mathieu Mohin ve Clerfayt v. Belçika, Başvuru no. 9267/81, T. 02.03.1987. AİHM, bu başvuru ile ilgili verdiği kararda ayrıca yasama organının ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğini, çünkü yasama organının teşkili ve işleyişinin her ülkede farklı olduğunu ifade etmiş ve bunu da ülkelerin farklı tarihsel yaşayışlarına ve kültürel farklılıklarına dayandırarak açıklamıştır. Yardımcı, Gizem. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifiyle Serbest Seçim Hakkı, İnsan Hakları Okulu Çalışma Metinleri No. 22, Ankara, 2020, s. 3-4. <http://www.insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri/> (Erişim Tarihi: 17.08.2023).

Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinde yer alan “halkın⁷⁶ kanaatinin özgürce açıklanmasını sağlayacak koşullar içinde” deyimini ifade hürriyetinin yanında, aslında tüm vatandaşların seçme ve seçilme haklarını kullanırken “eşit muamele görme” ilkesini de içerdiğini vurgulamıştır⁷⁷. Bu kapsamda başka bir başvuruda ise AİHM, başvuranın 2001 yılında yapılan seçimlerde seçmen listelerinde Kıbrıslı Türklere yer verilmemesi nedeniyle oy kullanamamasına ilişkin davada Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi ile bağlantılı olarak AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir⁷⁸. AİHM, kararında her ne kadar devletlerin milletvekili seçimlerine ilişkin kural koyma konusunda oldukça geniş takdir hakkına sahip olsalar da, söz konusu kuralların makul ve nesnel biçimde gerekçelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁹.

AİHM, yurtdışında yaşayan vatandaşların oy kullanma hakkı ile ilgili olarak verdiği bir diğer kararında ise ikamet ettikleri ülkede yaşayan Yunan vatandaşlarına 2007 yılında Yunanistan'da yapılan milletvekili seçimlerinde oy kullanmalarına imkân sağlanmamasını Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesini ihlal etmediği kanaatine varmıştır. AİHM, kararda gerek uluslararası gerekse bölgesel hukukun taraf devletlerin yurtdışında yaşayan vatandaşlarının oy kullanma haklarına ilişkin düzenleme yapmalarını gerektirecek bir yükümlülük getirmediği sonucuna varmıştır⁸⁰. Başka ancak konu yönünden benzer bir davada da AİHM, seçimlerin düzenlenmesi konusunda taraf devletlere bırakılması gereken takdir alanını dikkate almıştır ve seçim kurallarının serbest seçim hakkını kısıtlamada aşırıya gitmediğine yönelik karar vermiştir⁸¹.

AİHM kararları incelendiğinde, seçme hakkı söz konusu olduğunda devletlerin negatif yükümlülükler bağlamında siyasal haklarda genel olarak müdahale ve dolayısıyla ihlâlden kaçınma ile saygı gösterme yükümlülüğünün yanında serbest seçimlerin gerçekleşmesinin sağlanması için tedbir alma, uygulama ve koruma gibi pozitif yükümlülüklerinin de olduğu açıktır⁸².

Mahkeme'nin Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika kararında da belirttiği üzere, bireye tanınan seçme ve seçilme hakkının kullanımı devletlerin takdir alanı içinde yaş, ikametgâh, ceza mahkûmiyetinden dolayı kısıtlılık gibi bazı sınırlamalara konu olabilecektir. Ancak burada önemli olan bu sınırlamaları getiren düzenlemelerin söz konusu hakkın kullanılmasını etkin kılacak şekilde hakkın özüne dokunmamasıdır. Ayrıca devletin takdir alanında olsa da Mahkeme'nin denetiminde olan bu sınırlamalar makul, amaçla orantılı ve meşru amaca yönelik olmalıdır⁸³.

AİHM, bir ülkede yaşayan ancak farklı bir ülkenin vatandaşı olan kişilerin seçme hakkı konusuna esnek yaklaşmış ve bu kişilerin seçme hakkına imkân tanınmamasını Sözleşme'ye aykırı görmemiştir⁸⁴. Mahkeme, seçme hakkına ilişkin getirilen ikamet ya da mukim olma şartına dayalı sınırlamalarla ilgili olarak yapılan birçok başvuruyu dayanaktan yoksun olma nedeniyle kabul edilemez bulmuş ve sonraki başvurularda da ikamet şartının AİHS'e Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine uygun olduğu kanısına varmıştır. Şöyle ki, ülkesi dışında yaşayan vatandaşların ülkelerinin günlük sorunlarıyla daha az doğrudan veya daha az sürekli ilgili oldukları ve bu hususlarda daha az bilgi sahibi oldukları yönündeki

⁷⁶ Koçak, maddede yer alan “halk” kavramının yeterince açık olmadığı kanaatinde olmakla birlikte, Avrupa'nın bilinen demokrasi çizgisi içinde halk teriminden, bir devletin kendi “vatandaşları” anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Koçak, Mustafa. “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri, Anayasa Yargısı C. 23, Y. 2006, s. 127.

⁷⁷ Yüksel, s. 84.

⁷⁸ AİHM, Aziz v. Kıbrıs, Başvuru no. 69949/01, T. 22.06.2004.

⁷⁹ [FS Free elections TUR \(coe.int\)](#) (Erişim Tarihi: 08.08.2023).

⁸⁰ AİHM, Sitaropoulos ve Giakoumopoulos v. Yunanistan, Başvuru no. 42202/07, T. 15.03.2012.

⁸¹ Shindler v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 19840/09, T. 07.05.2013.

⁸² Sezer, s. 986.

⁸³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 439. Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika, prg. 52.

⁸⁴ Şirin, s. 328.

varsayım, milletvekili seçimlerinde aday olanların seçimle ilgili konuları yurt dışında yaşayan ve ayrıca adayların seçiminde veya parti programlarının hazırlanmasında daha az etkiye sahip olacak olan vatandaşlara o kadar kolaylıkla anlatamayacakları gerçeği, milletvekili seçimlerinde oy kullanma hakkı ile bu şekilde seçilmiş siyasi organların eylemlerinden doğrudan etkilenme arasındaki yakın ilişki ve son olarak yurt dışında yaşayan vatandaşların, esasen ve öncelikle ülkede yaşayan kişileri etkileyen konularla ilgili seçimlerdeki etkisinin sınırlandırılması hususunda yasama organının meşru endişesi gerekçeleriyle yurt dışında yaşayan vatandaşların seçme hakkına getirilen sınırlama AİHM tarafından haklı görülebilmektedir⁸⁵.

Mahkeme, konuyla ilgili yapılan başka iki başvuruda ise özellikle ülkesi dışında yaşayan kişilerin göç ettikleri tarihten sonra ilk on beş yıl boyunca ulusal seçimlerde oy kullanabileceklerini ve ana vatanlarına geri dönerlerse ve döndüklerinde her halükârda haklarını geri alabileceklerini dikkate alarak, tedbirin orantısız olmadığına karar vermiştir⁸⁶. Mahkeme, Avrupa düzeyinde, göçün neden olduğu, ana vatan ve ikamet edilen ülkede siyasete katılım konusunda yaşanan sorunlar konusunda artan bir farkındalığın bulunduğunu belirtmiştir. Ancak, incelenen belgelerin hiçbirinin, mevcut kanun kapsamında, Devletlerin, ülkesi dışında yaşayan kişiler için oy verme hakkına sınırlama olmadan erişim imkânı tanıma yükümlülüğü altında olduğu sonucuna varmanın temelini oluşturmadığını ifade etmiştir⁸⁷. Diğer taraftan konuya ilişkin bir diğer örnek sınırlama da seçmenlerin görevlerine ilişkin ayrışma bağlamında söz konusu olmuştur. Mahkeme bir kararında, yurt dışında yaşayan vatandaşlara oy hakkı tanınmazken, yurt dışındaki asker ve diplomatlara oy hakkının tanınmasını bir ayrımcılık olarak görmemiştir. Mahkeme'ye göre bu kişiler gönüllü olarak yurt dışında bulunmayıp devlet tarafından görevlendirilmişlerdir ve bu kişilerin çalışma biçimlerinden dolayı ülke siyaseti ile doğrudan ilişkileri bulunmaktadır⁸⁸. Mahkeme, yurt dışında yaşayan Türk seçmenlerin, gümrük idarelerinde kurulan oy kullanma noktalarında partili olmayan bağımsız adaylara oy verememelerine ilişkin bir bireysel başvuruda yurt dışı seçmenlerin sadece siyasi partiler için oy verebilmelerine dair sınırlandırmayı göç etmiş olan seçmenlerin bir seçim bölgesine kaydedilmelerinin mümkün olmaması şeklindeki gerekçeyle haklı bulmuş ve özellikle yurt dışında ikamet eden vatandaşların öncelikle ülkede yaşayan kişileri etkileyen konulardaki etkisinin sınırlandırılması hususunda yasama organının meşru endişesinin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Mahkeme, ayrıca, iktidara gelebilecek ve tüm ulusal rejimi etkileyebilecek olan siyasi partilerin oynadıkları rolü de vurgulamıştır ve bu gerekçelerle Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸⁹.

⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. Maddesi Rehberi Serbest Seçim Hakkı, s. 11. X. v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 7730/76, 28.02.1979; Polacco ve Garofalo v. İtalya, Başvuru no. [23450/94](https://hudoc.echr.coe.int/). <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 05.10.2023).

⁸⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. Maddesi Rehberi Serbest Seçim Hakkı, s. 12. Doyle v. Birleşik Krallık, 06.02.2007, Başvuru no. 30158/06; Shindler v. Birleşik Krallık, 07.05.2013, Başvuru no. 19840/09. <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 05.10.2023).

⁸⁷ “(...) Üye Devletlerin kanunlarında ve uygulamalarında, ülkesi dışında yaşayan kişilere oy kullanma hakkı tanınması yönünde açık bir eğilim olmasına ve Devletlerin önemli bir kısmının kısıtlamasız erişim imkânı verilmesinden yana olmalarına rağmen, bu durum, ülkesi dışında yaşayanlar için kısıtlamasız oy kullanma hakkı tanınması yönünde ortak bir yaklaşım ya da görüş birliği bulunduğu yönünde bir tespite bulunmak için yeterli değildir. Mahkeme, bu nedenle, konunun incelenmeye devam edilmesi gerekebilecek birlikte, Devletin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisinin geniş olduğu sonucuna varmıştır” Shindler v. Birleşik Krallık, prg. 109-115.

⁸⁸ X. v. Birleşik Krallık, ŞİRİN, s. 329.

⁸⁹ AİHM, Oran v. Türkiye, Başvuru no. 28881/07 ve 37920/07, T. 08.09.2014, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

C. Yurt Dışında Yaşayan Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlarının Seçme Hakkı

1. Hukuki Düzenlemeler

1961 yılında Almanya ile Türkiye arasında imzalanan Ankara Antlaşması⁹⁰, ilerleyen yıllarda Türk siyasal hayatını birçok yönüyle etkileyecek gelişmeleri beraberinde getirmiştir⁹¹. Antlaşma esas olarak II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'nın iş gücü ihtiyacını karşılamak için hazırlanmıştır⁹². Önceleri Almanya'ya misafir olarak giden Türk işçileri daha sonra Almanya'da vatandaşlık statüsü kazanmışlardır. Antlaşmanın uygulanmasıyla kısa sürede her iki ülke açısından da sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel sonuçlar ortaya çıkmıştır.

1961 yılında Almanya ve takip eden yıllarda Avusturya, Belçika, Fransa gibi ülkeler ile yapılan “İşgücü Antlaşmaları” çerçevesinde yurt dışına göç eden ve göç ettikleri ülkelere kalıcı olarak yerleşen Türk vatandaşları uzun bir zaman seçme ve seçilme hakkından yararlanamamıştır⁹³. Her ne kadar işgücü göçünün ardından Avrupa ülkelerine yerleşen yüz binlerce Türk vatandaşı seçme ve seçilme hakkından yararlanamasa da, bunların Türk siyasal hayatına etkisi 1970'li yıllar ile birlikte ortaya çıkmaya başlamıştır. Şöyle ki, yerinde gözlem yapabilmelerinden dolayı Avrupa ülkelerinin şartları ile Türkiye'nin içinde bulunduğu şartları karşılaştırma olanağı olan vatandaşların bu bilgilerini siyasal hayata yönelttiği görülmüştür⁹⁴.

Yurt dışında yaşayan vatandaşların siyasi katılımı açısından 1987 yılında yapılan düzenleme oldukça önemlidir⁹⁵. 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunu'nda 1987 yılında yapılan değişiklik ile 94. maddenin 2. fıkrasının (a) bendi “*Seçmen kütüğüne yazılmayan ve yurt dışında altı aydan fazla ikamet eden seçmenler milletvekili genel seçimlerinin yapılacağı günün yetmişbeş gün öncesinden başlamak üzere seçim günü akşamı saat 17.00'ye kadar yurda giriş ve çıkışlarında (c) bendine göre gümrük kapılarında kurulacak seçim sandıklarında oy kullanabilirler.*” şeklinde değiştirilmiştir⁹⁶. Konuyla ilgili olarak 1995 yılında Anayasa'nın 67. maddesinin 2. fıkrasına “*Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.*” şeklinde bir cümle eklenmiştir.

YSK, yapılan seçimlerde yurt dışında kurulacak seçim sandıklarına karşı fiili veya kanuni engeller ile karşılaşma ihtimalini öne sürerek, yurt dışında yaşayanların seçim dönemlerinde sadece gümrük

⁹⁰ Türkiye-Almanya İşgücü Antlaşması, 30 Ekim 1961, Hukuk Ansiklopedisi. <https://hukukbook.com/turkiye-almanya-ismucu-antlasmasi-1961> (Erişim Tarihi: 25.09.2023). Bu antlaşmanın sonrasında ise 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara Antlaşması olarak bilinen Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında bir Ortaklık Yaratan Antlaşma imzalanmıştır.

⁹¹ Gündoğmuş, s. 766.

⁹² Almanya açısından işgücü ihtiyacını karşılamak için yapılan bu antlaşma, Türkiye açısından da işsizliği önleme, döviz girdisi ihtiyacını karşılamak amaçlarıyla yapılmıştır.

⁹³ Yılkin, Alisait. “Yurt Dışında Yaşayan Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlarının Oy Kullanma Serüveni”, 07.06.2018 Tarihli Gazete Duvar. <https://www.gazeteduvar.com.tr> (Erişim Tarihi: 25.09.2023).

⁹⁴ Gündoğmuş, s. 766.

⁹⁵ Türkiye Cumhuriyeti'nde yurt dışındaki vatandaşların oy kullanmasını öngören kanun ilk kez 1950 yılında düzenlenmiştir. 1950 Milletvekilleri Seçim Kanunu ile yurt dışında yaşayan Türkiye Cumhuriyeti seçmenlerine ülkeye gelerek seçimlere katılma imkânı sunulmuştur. “2 Mayıs 1961 tarihli ve 10796 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 298 sayılı kanun da bunu teyit eder şekilde düzenlenmiştir. İlgili kanunun seçim öncesi işleri düzenleyen üçüncü bölümünde seçmen kütüğüne yazılacak kimseler başlığında “Yabancı memleketlerde bulunan vatandaşlar, istekleri üzerine, tâyin ettikleri seçim bölgesi veya bildirdikleri son ikametgâhları kütüğüne yazılırlar.” hükmü aynen korunmuştur. Dolayısıyla henüz vatandaşlardan Türkiye'ye gelerek bağlı oldukları kütüklerde oy kullanmaları istenmemektedir.” Gündoğmuş, s. 770-771.

⁹⁶ 3377 Sayılı 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun, 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun ve 2820 Sayılı Siyasî Partiler Kanununun Bazı Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 19476, T. 03.06.1987.

kapılarına kurulacak olan seçim sandıklarında oy kullanılmasına izin vermiştir⁹⁷. Ancak yurt dışında yaşayan vatandaşların seçme hakkını kullanabilmek için gümrük kapılarına gelmek zorunda kalmalarının hakkın kullanımına dair getirdiği zorluklar nedeniyle 2008 yılında 298 Sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak yurt dışı seçmen kütüğü oluşturulmuştur. Buna değişiklikle, 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrasına “*Yurtdışında bulunan vatandaşların oy kullanmalarıyla ilgili seçim işlerini yönetmek üzere Ankara İl Seçim Kuruluna bağlı Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu oluşturulur. İhtiyaç duyulması halinde birden fazla yurt dışı ilçe seçim kurulu teşkil edilebilir.*” şeklinde bir cümle eklenmiştir⁹⁸.

2008 yılında 298 Sayılı Kanun'da yapılan önemli değişikliklerden biri de 94. maddeden sonra gelmek üzere “Yurt dışı seçmenlerin oy verme yöntemleri ve genel ilkeler” başlıklı 94/A⁹⁹, “Yurt dışı seçmenlerin mektupla oy vermesi” başlıklı 94/B, “Yurt dışı seçmenlerin sandıkta oy vermesi” başlıklı 94/C, “Yurt dışı seçmenlerin elektronik ortamda oy vermesi” başlıklı 94/D ve “Yurt dışı seçmenlerin gümrük kapılarında oy vermesi” başlıklı 94/E maddelerinin eklenerek konunun ayrıntılı olarak düzenlenmesidir.

2012 yılında ise 298 Sayılı Kanun'da tekrar değişiklik yapılarak vatandaşların yurt dışındaki temsilciliklerde de oy kullanması imkânı getirilmiştir¹⁰⁰. 298 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrasında yurt dışında bulunan vatandaşların oy kullanmalarıyla ilgili seçim işlerini yönetmek üzere Ankara İl Seçim Kuruluna bağlı Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu ile ihtiyaç duyulması halinde birden fazla yurt dışı ilçe seçim kurulu oluşturulabileceği düzenlenmiştir.

Yurt dışında yaşayan ve yurt dışı seçmen kütüğüne kayıtlı Türk vatandaşlarının yaşadıkları ülkede oy kullanabildikleri ilk seçim ise 2014 yılında yapılan Cumhurbaşkanı seçimidir. Bu seçimden sonra 7 Haziran ve 1 Kasım 2015'te Milletvekili seçimleri, 16 Nisan 2017'de Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi anayasa referandumu, 24 Haziran 2018'de Cumhurbaşkanı ve Milletvekili seçimleri ve son olarak 14 Mayıs 2023'te Cumhurbaşkanı ve Milletvekili seçimleri ile 28 Mayıs 2023'te Cumhurbaşkanı seçiminin 2. turu gerçekleşmiştir. Bu süreçte yurt dışı seçmenlerin seçimlere katılım oranı da giderek artmış ve en son 14 Mayıs 2023 seçimlerinde katılım oranı yüzde 53,8 olmuştur. 28 Mayıs 2023'te yapılan Cumhurbaşkanı ikinci tur seçiminde ise katılım oranı yüzde 55 olmuştur¹⁰¹. Yapılan kanuni düzenlemelerle birlikte seçme hakkının kullanımının kolaylaşması nedeniyle yurt dışında yaşayan

⁹⁷ Yılkin, <https://www.gazeteduvar.com.tr> (Erişim Tarihi: 25.09.2023).

⁹⁸ 5749 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 26824, T. 10.03.2008.

⁹⁹ Yurt dışı seçmenlerin buldukları ülkelerde oy kullanmalarına imkân vermek için Türk temsilciliklerinde ve yerel makamların uygun göreceği diğer yerlerde kurulacak seçim sandıklarında oy verme, gümrük kapılarında oy kullanma, elektronik ortamda oy kullanma şeklinde yöntemler getirilmiştir. Düzenlemede yer alan mektupla oy kullanma yöntemi ise seçim için aranan serbestlik ve gizlilik ilkelerini sağlamaya elverişli bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. (E. 2008/33, K. 2008/113, K.T. 29.05.2008, RG. 26927, T. 05.07.2008) Bu yöntemlerden hangisini kullanılacağına yabancı ülkenin durumuna göre Dışişleri Bakanlığı'nın görüşünü alarak YSK karar verir. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 498.

¹⁰⁰ 298 Sayılı Kanun'un 94/C maddesinde yapılan değişikliğe göre, “*Yurt dışı seçmen kütüğüne kayıtlı bulunan seçmenler, yurt dışı temsilciliklerimizde ve ihtiyaç duyulması halinde yerel makamların uygun göreceği diğer yerlerde kurulacak seçim sandıklarında seçimin yapılacağı günün kırkbeş gün öncesinden başlamak üzere, Yüksek Seçim Kurulunca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde düzenlenen oy verme gün takvimine göre, seçim gününden önceki yedinci gün saat 17.00'ye kadar oy kullanabilirler.*” 6304 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 28296, T. 18.05.2012.

¹⁰¹ 14 Mayıs 2023 Cumhurbaşkanı ve 28. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri Seçim İstatistikleri Bülteni, 28 Mayıs 2023 Cumhurbaşkanı Seçimi İkinci Oylama Seçim İstatistikleri Bülteni, YSK Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü, <https://www.ysk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 26.09.2023). Yurt dışından seçime katılım oranlarının yüksek olması yurt dışı seçmenlerin önemini daha da belirgin hale getirirken siyasi partileri yurt dışındaki seçmenlerin beklenti ve taleplerine yönelik daha spesifik vaatlerde bulunmalarına da yönlendirebilmektedir. Ayyaz, M. Erkut. “5 Soru: 14 Mayıs Seçimleri ve Yurt Dışı Seçmenler”, SETA. <https://www.setav.org> (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

vatandaşların seçimlere katılım oranı artmıştır.

Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının seçme hakkının ihlali iddiasıyla bugüne kadar Anayasa Mahkemesi'ne herhangi bir bireysel başvuru yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi birçok kararında seçme hakkına ilişkin görüşlerini açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “*Serbest seçim ilkesi seçmenin hiçbir müdahaleye, baskıya ve etkiye kapılmadan oyunu kullanmasını ifade eder. Oyunu kullanacak seçmenin özgür iradesine yönelik her tür etki, baskı sayılır. Seçmeni dolaylı da olsa, olumlu ya da olumsuz etkileyebilecek her türlü girişimin önlenmesi gerekir. Vatandaşların oy hakkını Anayasa'nın öngördüğü ilkelere uygun olarak kullanmalarını sağlamak devletin yükümlülüğüdür*¹⁰².” Buna göre devletin, siyasi haklar karşısında müdahale etmemek, ihlalden kaçınmak, saygı göstermek gibi negatif yükümlülükleri ile birlikte seçimlerin güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak gibi pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır¹⁰³.

Anayasa Mahkemesi, yurt dışı seçmenlerin oy hakkından nasıl yararlanacaklarına ve YSK'nın yurt dışı seçmenlerin oylarını mektupla kullanmalarına karar vermesi halinde Ankara İl Seçim Kuruluna bağlı bir Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu oluşturacağına dair yapılan kanun hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada ise oy hakkının Anayasa'da güvence altına alınmış temel bir hak olduğunu ve yasa koyucunun ödevinin de yurt içinde ya da yurt dışında yaşayan bütün yurttaşların oy hakkından Anayasa'nın öngördüğü ilkelere uygun olarak yararlanmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Kararda devletin, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy verme haklarını kullanabilmelerini sağlarken Anayasa'da belirlenen seçim ilkelerine uygun ve uygulanabilir nitelikteki tedbirleri alması gerektiği de vurgulanmıştır¹⁰⁴.

2. 14 ve 28 Mayıs Tarihlerinde Yapılan Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekili Seçimleri Sürecinde Yaşanan Tartışmalar

YSK tarafından 14 Mayıs Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekili seçimlerinde oy kullanma hakkına sahip yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının sayısı 3 milyon 416 bin 98 olarak açıklanmıştır¹⁰⁵. Türkiye'de ayrı bir yurt dışı seçim çevresi henüz oluşturulmamıştır. Ancak yurt dışının tek bir seçim çevresi¹⁰⁶ olarak belirlenmesi durumunda Türkiye'nin İstanbul, Ankara ve İzmir'den sonra seçmen sayısına göre en kalabalık dördüncü seçim çevresi olacağı görülmektedir¹⁰⁷. Dolayısıyla yurt dışında

¹⁰² Anayasa Mahkemesi, E. 2018/69, K. 2018/47, T. 31.05.2018. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

¹⁰³ Sezer, s. 986.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, 13.03.2008 tarihli, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle; 26.04.1961 tarihli, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen; 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... mektup, ...” sözcüğünün ve 94/B maddesinin mektupla oy kullanma yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oybirliği ile karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 2008/33, K. 2008/113, T. 29.05.2008. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

¹⁰⁵ “Yurt Dışında Sandık Kurulan Ülkelerde En Çok Seçmen Almanya, En Az Seçmen Brezilya'da” başlıklı haber, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr> (Erişim Tarihi: 26.09.2023). 2023 yılında Türkiye genelinde seçmen sayısı 64 milyon 197 bin 419 olarak açıklanmıştır. Bu verilere bakıldığında yurt dışı seçmeni toplam seçmenin yaklaşık yüzde 5,3'ne tekabül etmektedir. <https://www.ntv.com.tr> (Erişim Tarihi: 28.09.2023).

¹⁰⁶ Türkiye'de henüz ayrı bir yurt dışı seçim çevresi mevcut olmadığından, yurt dışında yaşayan vatandaşların siyasi katılım bağlamında sadece seçme hakları söz konusu olup, buldukları çevreyi temsil etme dolayısıyla seçilme hakları bulunmamaktadır. Yılıkın, <https://www.gazeteduvar.com.tr> (Erişim Tarihi: 26.09.2023). Fransa ve İtalya, yurt dışı seçim çevresini uygulayan ülkelerdir. Gündoğmuş, s. 773. Yurt dışı seçim çevresi uygulamasının birtakım sorunlara yol açacağına ilişkin görüş için Atar, Yavuz. “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, Anayasa Yargısı, S. 23, Y. 2006, s. 221.

¹⁰⁷ Kaşka Kara, Merve. “Yurt Dışında Seçime Katılım Neden Arttı, En Yüksek İlgiyi Hangi Gruplar Gösterdi?”, BBC News Türkçe, 11.05.2023. <https://www.bbc.com/turkce/articles> (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

yaşayan seçmenlerin oyları özellikle Cumhurbaşkanı seçim sisteminde aranan salt çoğunluğa ulaşılmasında oldukça etkili olacaktır. Bilindiği gibi Anayasa'nın Cumhurbaşkanının seçimini düzenleyen 101. maddesinin 5. fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı seçiminde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir. Ancak ilk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Cumhurbaşkanı seçiminde seçim çevreleri önemli olmadığından ve Cumhurbaşkanı adaylarının yurt dışından aldığı oylar Türkiye'de aldıkları oylara eklendiğinden yurt dışından gelen oyların seçim sonucunun belirlenmesinde oldukça etkili olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle yürütmenin daha güçlü hale gelmesi, siyasi partilerde ve kamuoyunda Milletvekili seçiminden ziyade, Cumhurbaşkanlığı seçimine ilginin artmasına yol açmaktadır. Bundan dolayı siyasi partiler ve Cumhurbaşkanı adayları tarafından yurt dışından gelen oylar önemsenmektedir. Diğer taraftan bu durum tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Yurt dışında yaşayan vatandaşların oy kullanması toplumun bazı kesimleri tarafından sorgulanırken ve vatandaşlık tanımıyla birlikte yeniden düşünülmesi gerektiği ifade edilirken, bazı kesimler tarafından demokrasi için temel bir hak olduğundan bahisle savunulmaktadır.

Yurt dışında yaşayan vatandaşların oy kullanması ve bu oyların özellikle Cumhurbaşkanı seçiminin sonuçlarına etkisi konusunun 14 ve 28 Mayıs 2023 seçimleri öncesinde daha önceki dönemlerde gündeme gelmediği kadar konuşulmasının başka bir nedeni de ülkenin sosyal ve ekonomik koşullarının beraberinde getirdiği zorluklardır. Yurt dışında yaşayan vatandaşların oy kullanmasını eleştirenler onların yurt dışında daha iyi yaşam şartlarına sahip olduğundan, Türkiye'nin iç siyasetinden etkilenmediklerinden ve ancak ülkede yaşayanların o ülkeye bağlılık ve sorumluluk duygusuyla seçme hakkını kullanabileceklerinden bahisle yurt dışında yaşayanların yönetimin belirlenmesinde söz sahibi olmamaları gerektiğini ifade etmektedirler¹⁰⁸. Bu görüşe karşı olanlar ise yurt dışında yaşayan vatandaşların Türkiye'ye sürekli seyahat eden ve Türkiye'de yakınları, malları ve yatırımları olan ve uzun vadede Türkiye'ye geri dönmeyi ve Türkiye'de yaşamayı düşünen insanlar olduklarından Türkiye'nin geleceğinde söz sahibi olmalarının en tabii hakları olduğundan bahisle bu durumu hukukun ve demokrasinin gereği olarak ifade etmektedirler¹⁰⁹.

Yurt dışında yaşayan vatandaşların seçme hakkının önemli hale gelmesinde siyasi partilerin yurt dışında yaşayan vatandaşların siyasal katılımının sağlanması ve geliştirilmesindeki rolü de yadsınamaz¹¹⁰. Dış göç sürecinin Türk diasporasının¹¹¹ inşasına yol açması ve Türkiye'nin de diasporası ile bağlarını geliştirmek için ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasi programlar oluşturması ve bir anlamda diaspora politikalarını kurumsallaştırma gündemine sahip olması bu sürecin zeminini oluşturmuştur¹¹². Özellikle 2010 yılında sonra ortaya çıkan yeniliklerle birlikte bir Türk diaspora politikasından söz etmek mümkün hale gelmiştir. Bu politika bağlamında Türkiye, diasporadan buldukları ülkelere entegre olmalarını ve orada siyaset, ekonomi, medya gibi aktif bir faaliyet içerisinde yer almalarını ve bunların yanı sıra Türkiye ile bağlarını güçlendirmeleri ve ev sahibi ülkeyle bağlantılarının kopmaması

¹⁰⁸ “Yurt dışındaki Türklerin oy kullanması neden tartışma konusu?” konulu yayın, Özgün Emre Koç röportajı, TVNET YouTube kanalı, 01.05.2023 tarihli yayın. <https://www.youtube.com/watch?v=7WkTAx0xuZQ> (Erişim Tarihi: 28.09.2023).

¹⁰⁹ Yurt dışındaki Türklerin oy kullanması neden tartışma konusu?” konulu yayın, Oğuzhan Bilgin röportajı, TVNET YouTube kanalı, 01.05.2023 tarihli yayın. <https://www.youtube.com/watch?v=7WkTAx0xuZQ> (Erişim Tarihi: 28.09.2023).

¹¹⁰ Köse, Mehmet. “Yurt Dışı Oylar ve Siyasi Partilerin Ulus-Ötesileşmesi”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2023, s. 464.

¹¹¹ Yurt dışında yaşayan vatandaşlar kavramı “diaspora” terimi ile ifade edilmektedir. Diaspora, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “Herhangi bir ulusun veya inanç mensuplarının ana yurtları dışında azınlık olarak yaşadıkları yer.” olarak tanımlanmaktadır. Köse, s. 457 vd.

¹¹² Köse, s. 464.

beklemektedir¹¹³.

Çalışma, eğitim, araştırma gibi nedenlerle, belirli bir süreden beri yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının seçme haklarını kullanabilmeleri hatta seçilebilmelerini sağlayacak bir anlayış genel oy ilkesi kapsamında demokratik olarak değerlendirilebilir¹¹⁴. Bu amaçla 1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği gibi yurt dışında yaşayan vatandaşların seçme haklarını kullanabilmeleri amacıyla kanunla uygulanabilir tedbirler belirlenmesi hususu da demokrasinin bir gereğidir. Ancak bu düzenlemenin kapsamının daraltılması gerekmektedir. Eğitim, iş ve benzeri nedenlerden dolayı geçici olarak yurt dışında bulunan vatandaşlara seçme hakkı tanınmalı iken yaşamını yurt dışında sürdüren ve sürdürecektir olan vatandaşlar bu hakka sahip olmamalı ve bu konuda mutlaka belirli bir süre kriteri getirilmelidir. Süre kriterinin getirilmesi Türkiye'de doğup, yaşamını burada sürdüren vatandaşlar ve belli bir süre yurt dışında yaşayıp Türkiye'ye dönenler vatandaşlar ile yurt dışında doğup ya da sonradan yurt dışına yerleşip orada yaşamını sürdüren ve sürdürecektir olan vatandaşlar arasındaki adaletsizliğin giderilmesi açısından da önemlidir. Elbette çeşitli nedenlerde yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının ülke yönetiminde temsil edilebilmeleri ve yönetimde söz sahibi olma haklarından tamamıyla mahrum edilmesi düşünülemez. Ancak bunun için yukarıda ifade edildiği gibi süre kriteri getirilebileceği gibi kişinin başka bir vatandaşlığının olup olmadığı gibi kriterler de dikkate alınarak bir düzenleme yapılabilir¹¹⁵.

SONUÇ

Vatandaş olduğu ülkede yaşamayan kişilerin ya da seçim tarihinde ülkede bulunmayan vatandaşların seçme hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkin tartışmalar özellikle seçim sürecine girildiğinde yoğunlaşmaktadır. Yurt dışında yaşayan vatandaşları ile bağımlı koparmak istemeyen hatta bunu "diaspora" politikasının bir gereği olarak gören birçok devlet, geçici ya da sürekli olarak yurt dışında yaşayan vatandaşlarına buldukları ülkelerde seçme haklarını kullanabilmelerine yönelik düzenlemeler yapmıştır.

Türkiye de bu devletlerden biri olarak yaptığı anayasal ve kanuni düzenlemeler ile yurt dışında yaşayan vatandaşlarının seçme hakkını kolaylaştırma yönünde önemli adımlar atmıştır. Ancak 2014 yılında ve ilk kez genel oyla yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminden beri yurt dışında yaşayan seçmenlerle ilgili tartışmalar daha görünür hale gelmiştir. Cumhurbaşkanlığı seçim sistemi dikkate alındığında genel oyla yapılan seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan adayın ilk turda, seçimin ikinci tura kalması durumunda ise ilk turda en çok oy almış iki aday arasından geçerli oyların çoğunluğunu alan adayın Cumhurbaşkanlığı seçilmesi söz konusu olduğundan yurt dışı seçmenlerin oyları seçimlerin sonucunu belirleme noktasında oldukça önemli hale gelmiştir. Bundan dolayı siyasi partiler de yurt dışındaki çalışmalarını arttırmıştır.

Seçme hakkı, bazı devletlerin yerel seçimlere ilişkin düzenlemeleri ya da AB üyesi devletlerin uygulamaları bir tarafa bırakılırsa sadece vatandaşlara tanınan siyasi bir haktır. Ancak AİHM'in de çalışmamızda değinilen birçok kararında belirttiği gibi AİHS'ne Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesi devletlere yurt dışında yaşayan vatandaşlarına seçme hakkı tanınması yönünde bir yükümlülük getirmemekte ve bu konuda devletlere bir takdir alanı bırakmaktadır. Kanımızca eğitim, iş, sağlık gibi

¹¹³ Hopyar, Zehra/ Topal, Fikret/ Tauscher, Soner. "Diaspora Kavramı ve Türkiye'nin Diaspora Politikasına Yönelik Üniversite Öğrencilerinin Algısı", Journal of Political Administrative and Local Studies C.5, S.1, s. 53.

¹¹⁴ Buran, Hasan. Seçim Sistemleri ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 51.

¹¹⁵ Konuyla ilgili öneriler arasında yurt dışı milletvekilliği uygulaması başka bir ifadeyle yurt dışı seçim çevresi de yer almaktadır. Buran, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının ayrı bir seçim çevresinde seçime katılmalarının ve temsil edilmelerinin getireceği yararların, yükleyebileceği zorluklardan fazla olacağı kanaatinde Yurt dışı milletvekilliği uygulamasının getirebileceği yararlar ve zorluklar için Buran, s. 154-156.

gerekçelerle geçici olarak yurt dışında bulunan vatandaşların seçme hakkını kullanmasında herhangi bir sorun yoktur. Sürekli yurt dışında yaşayan ya da yaşamak niyetinde olan vatandaşlar için ise bir süre sınırlaması getirilmesi gerekmektedir. Birleşik Krallık uygulamasına benzer şekilde örneğin 15 yıldan daha az bir süre yurt dışında yaşayan ya da ikamet eden vatandaşlara seçme hakkı verilmesi hatta çifte vatandaşlık durumlarının da dikkate alınarak bir düzenleme yapılması makul bir çözüm olacaktır. Bu sayede uzun yıllardır vatandaşı olduğu ülkede ikamet etmeyen kişinin demokratik süreçler üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olması beklenemeyeceğinden, seçme hakkının sınırlanmasına yönelik olarak ikamete getirilen süre şartı makul ve meşru amaca yönelik olacaktır.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, TTB Dergisi, S. 60, Y. 2005, s. 71-96.
- Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Arslan, Çetin/ Kayaççiçek, Murat. “Hükümlü ve Tutukluların Oy Kullanma Hakkı (AY m.67/5)”. <https://www.cetinarslan.com.tr/hukumlu-ve-tutuklularin-oy-kullanma-hakki-ay-m-67-5/> (Erişim Tarihi: 21.09.2023).
- Atar, Yavuz. “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, Anayasa Yargısı, S. 23, Y. 2006, s. 211-235.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. Maddesi Rehberi Serbest Seçim Hakkı, 30.08.2020. [Case-law guide on Article 3 of Protocol No. 1 \(Turkish\) \(coe.int\)](https://www.coe.int/turkey/Article3ofProtocolNo1.aspx) (Erişim Tarihi: 22.09.2023).
- Aybay, Rona. Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Ayvaz, M. Erkut. “5 Soru: 14 Mayıs Seçimleri ve Yurt Dışı Seçmenler”, SETA. <https://www.setav.org> (Erişim Tarihi: 26.09.2023).
- Bilgili, Murat Saltuk/ Aktaş, Hasan Emir. “Türkiye’nin Anayasal Dönemlerinde Seçme Hakkı”, İşletme Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, S. 2, Y. 2023, s. 266-285.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum No. 25: Kamu Yönetimine Katılma, Oy Kullanma ve Seçilme Hakkı, 1996. <https://insanhaklariizleme.org> (Erişim Tarihi: 27.07.2023).
- Buran, Hasan. Seçim Sistemleri ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.
- Diaspora (Yurt Dışı) Seçim Bölgesine İlişkin Dünya Örnekleri ve Karşılaştırmalı Analizi Projesi. Yürütücü: Necati Anaz, Araştırmacılar: Mehmet Köse, Zahide Erdoğan, Proje No. 116K028, TÜBİTAK SOBAG, Ankara 2017. <https://search.trdizin.gov.tr/tr> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).
- Döner, Ayhan. Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Doğu Ciltevi Kitabevi, Erzincan, 2022.
- Döner, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Erdem, Fazıl Hüsnü. “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa”, Liberal Düşünce, S. 66, Y. 17, Bahar

2012, s. 49-56.

Eren, Abdurrahman. “Türkiye’de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, Y. 2008, s. 63-110.

Gören, Zafer. “Aktif Statü Hakları”, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 3303-3322.

Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013.

Gündoğmuş, Bekir. “Yurt Dışı Türklerin Siyasal Katılımında Yurt Dışı Seçim Çevresi: Niçin ve Nasıl?”, F.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi C. 31, S. 2, Y. 2021, s. 765-779.

Güneş, Mehmet. “Küresel Siyasette Demokratik Katılım Örneği Olarak: Yurt Dışındaki Vatandaşların Siyasal Katılımı”, Turgut Özal Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Kongresi IV, 11-12 Mayıs 2017, Malatya. <https://www.academia.edu/39641640> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

Güveyi, Ümit. “Türkiye’de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü”, TBB Dergisi, S. 137, Y. 2018, s. 37-66.

Hamdemir, Berkan. “Oy Hakkı ve Oy Hakkının Demokratik İlkeleri”, Siyasal Partiler, Seçim Sistemleri ve Türkiye, Ed. Atıl Cem Çiçek, Adem Çelik, Berkan Hamdemir, Gece Akademi, Ankara, 2018.

Hayward, Mark. “Voting Abroad: Cultural Diversity and Democratic Institutions in a Global Era”, Communication Studies Faculty Publications. 14. 2009. https://scholars.wlu.ca/coms_faculty/14 (Erişim Tarihi: 19.10.2023).

Hopyar, Zehra/ Topal, Fikret/ Tauscher, Soner. “Diaspora Kavramı ve Türkiye’nin Diaspora Politikasına Yönelik Üniversite Öğrencilerinin Algısı”, Journal of Political Administrative and Local Studies C.5, S.1, s. 46-65.

İba, Şeref. Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Kanadoğlu, Korkut/ Duygun, Ahmet Mert. Anayasa Hukukunun Genel Esasları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Kaşka Kara, Merve. “Yurt Dışında Seçime Katılım Neden Arttı, En Yüksek İlgiyi Hangi Gruplar Gösterdi?”, BBC News Türkçe, 11.05.2023. <https://www.bbc.com/turkce/articles> (Erişim Tarihi: 26.09.2023).

Koçak, Mustafa. “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri, Anayasa Yargısı C. 23, Y. 2006, s. 115-132

Korkut, Levent. “Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 1, S. 2, Y. 2014, s. 5-41


Köse, Mehmet. “Yurt Dışı Oylar ve Siyasal Partilerin Ulus-Ötesileşmesi”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, C. 13, S. 1, Y. 2023, s. 457-469.

Metin, Yüksel. “Siyasal Muhalefetin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Korunması”, EÜHFD, C. 11, S. 3-4, Y. 2007, s. 63-104.

Ocaklı, Fatih Çağrı/ Palabıyık, Hakan/ Solak, Mehmet/ Atlay, Ayşen/ Selver, Mert Can. Fransa Ulusal

- Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, TBMM Araştırma Hizmeti Başkanlığı, Aralık 2019, s. 5, <https://www5.tbmm.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.10.2023).
- Öden, Merih. Seçmenlerin ‘Kişi Tercih’ Açısından Seçim Sistemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özkan, Işıl. “Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş Bir Tipoloji mi?”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., Y. 2019, s. 2205-2251.
- Öztürk, Necla. “Avrupa Konseyi Yabancıların Yerel Düzeyde Kamu Hayatına Katılması Sözleşmesi Çerçevesinde Danışma Kurulları Oluşturulması: Alanya Yabancılar Meclisi”, Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, C. 13, S. 25, Y. 2013 s. 223-241.
- Öztürk, Necla. “Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı”, MHB, C. 33, S. 1, s. 125- 168.
- Sezer, Abdullah. “Seçme Hakkının Yaş Bakımından Sınırlanması ve Osmanlı-Türkiye Anayasacılığındaki Evrim”, MÜHF-HAD, C. 27, S. 2, Y. 2021, s. 983-1012.
- Şirin, Tolga. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, MÜHF – HAD, C. 17, S. 1-2, s. 283-348.
- Şit, Banu. “Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi, S. 76, Y. 2008, s. 64-82.
- Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul, 2019.
- Tanör, Bülent. Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2021.
- Topuzkanamış, Şafak Evran. Vatandaşlık Üstüne Bir Tez, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Töre, Nazlı. “Değişen Dünya’da Vatandaşlık”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. 10, Y. 2017, s. 553-595.
- Türkiye-Almanya İşgücü Antlaşması. 30 Ekim 1961, Hukuk Ansiklopedisi. <https://hukukbook.com/turkiye-almanya-isgucu-antlasmasi-1961> (Erişim Tarihi: 25.09.2023).
- Yardımcı, Gizem. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Perspektifiyle Serbest Seçim Hakkı, İnsan Hakları Okulu Çalışma Metinleri No. 22, Ankara 2020. <http://www.insanhaklariokulu.org/calisma-metinleri/> (Erişim Tarihi: 17.08.2023).
- Yavaşgel, Emine. Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri, Nobel Yayınları, Ankara, 2014.
- Yılıkn, Alisait. “Yurt Dışında Yaşayan Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlarının Oy Kullanma Serüveni”, 07.06.2018 Tarihli Gazete Duvar. <https://www.gazeteduvar.com.tr> (Erişim Tarihi: 25.09.2023).
- Dünya Anayasaları, <https://www.constituteproject.org> (Erişim Tarihi: 29.02.2024).
- 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası. Çev. Christian Rumpf; Gökçe Uzar Schüller, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf> (Erişim Tarihi: 27.07.2023).
- 1958 Fransa Anayasası. Nevşehir Barosu Dergisi, S. 1, Y. 1, 2014. <https://web2.e-baro.web.tr> (Erişim Tarihi: 27.07.2023).

Suç ile Soyut Ceza Arasındaki Orantılılık

Nuri Berkay ÖZGENÇ *

¹ Dr., Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 21.02.2024

Kabul Tarihi: 24.04.2024

Yayın Tarihi: 26.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Orantılılık,
Suç,
Soyut ceza,
Fiilin ağırlığı.

Hukuk devleti prensibinin ceza hukuku sahasına en önemli yansımalarından biri de suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık prensibidir. Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık, failin fiilinin ağırlığı ile ona tatbik edilecek cezanın ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir. Adaletin tesis edilebilmesi için, soyut cezanın suçla orantılı olacak şekilde düzenlenmesi şarttır. Soyut cezalar suçlara göre çok ağır olduğunda hâkimlerin vicdanında yer bulamamakta ve bu kez hâkimler, kabil olduğunca ceza tayini yoluna gitmemekte ve böylece sanıklar cezasız kalabilmektedirler. Ayrıca, soyut cezalar suçlara göre çok ağır olduğunda caydırıcılık ve rehabilite etme özelliklerini de kaybetmektedir. Suçlara göre çok hafif kalan soyut cezalar ise ihkak-ı hakkı toplumda meşru zemine oturtmakta, suç oranlarını ciddi şekilde arttırmakta, kollukta işkence olaylarının yaşanmasına yol açmakta ve hâkimlerin cezaları her olayda üst sınırdan hükmetmelerine zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla modern ceza hukukunun şah damarını suç ile soyut ceza arasında denge kurulması hususu oluşturmaktadır.

Proportionality between the Crime and the Abstract Punishment

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 21.02.2024

Accepted: 24.04.2024

Published: 26.06.2024

Keywords:

Proportionality,
Crime,
Abstract Punishment,
Gravity of the act. .

One of the most important reflections of the rule of law principle in the area of criminal law is the principle of proportionality between crime and abstract punishment. Proportionality between the crime and the abstract punishment is the balance that must be established between the severity of the perpetrator's act and the severity of the punishment to be imposed on him/her. In order to ensure justice, the abstract punishment must be regulated in a way that is proportional to the crime. Sometimes conscience of the judges is disturbed when abstract punishments are too heavy for crimes. In such cases, judges do not want to impose punishments as much as possible, and thus perpetrators can be left unpunished. In addition, when abstract punishments are too heavy for crimes, they lose their deterrent and rehabilitative properties. But when abstract punishments are very light compared to the crimes, on the other hand, put vigilantism on a legitimate basis in the society, increase the crime rates seriously, cause torture in the law enforcement and pave the way for the judges to impose punishments above the upper limit in every case. Therefore, the jugular vein of modern criminal law should be the balance between crime and abstract punishment.

To cite this article:

Özgenç, N.B. (2024). Suç ile Soyut Ceza Arasındaki Orantılılık, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 173-196. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.114>

* berkayozgenc@hotmail.com



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

GİRİŞ

‘Suç’ kavramı ile ‘ceza’ kavramı arasında önemli bir münasebet mevcuttur. Cezaya suç teşkil eden bir fiil sebebiyle hükmedilir. Cezaya hükmedilebilmesi için önceden işlenmiş bir suçun mevcudiyeti şarttır¹. Dolayısıyla cezaların suçların neticesi olarak da nitelendirilmesi mümkündür².

Cezanın tayin edilmesi üç safhada gerçekleşmektedir³. Birinci safhada kanun koyucu, cezaların çeşitlerine ve her bir ceza çeşidinin ağırlığına yönelik umumi bir belirleme gerçekleştirmektedir. Buna ‘genel soyut belirleme’ adı verilir. İkinci safhada kanun koyucu, genel soyut belirlemedeki prensipler doğrultusunda her bir suç tipi için hangi neviden ve hangi ağırlıkta ceza verileceğini tayin eder. Buna da ‘özel soyut belirleme’ adı verilir⁴. Özel soyut belirleme, her bir suç tipi için ihlalin ağırlığı nazarı itibara alınarak genel soyut belirlemedeki prensipler doğrultusunda gerçekleştirilmektedir⁵. Görüldüğü üzere, soyut ceza ikinci safhanın sonunda tam manasıyla ortaya çıkmaktadır. Üçüncü safha ise, suç işlendikten sonra, ceza yargılamasının sonunda hâkim tarafından hayata geçirilir. Bu safhada suç karşılığında saptanmış olan soyut ceza esas alınarak somut olayda faile tatbik edilecek olan ceza belirlenir. Üçüncü safhanın hayata geçirilmesi neticesinde ortaya çıkan cezaya ‘somut ceza’ adı verilir. Üçüncü safha, soyut cezanın suç hadisesinin kendine has özelliklerine ve suçlunun şahsiyetine göre bireyselleştirildiği bir safhadır⁶.

Suç işlemek suretiyle toplumsal düzeni bozmuş olan şahısların cezalandırılmaları adaletin tesis edilebilmesi için yeterli değildir. Zira adalet, ancak verilen cezaların işlenen fiiller ile orantılı bulunması hâlinde tesis edilebilir⁷. Belirtmek gerekir ki, devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıran en önemli ölçütlerden biri orantılılık prensibidir. Suç ile ceza arasında orantılılığın sağlanamaması hukuk devleti prensibini aşındırır. Dolayısıyla modern ceza hukuku, suç ile ceza arasında bir denge kurma sanatı olarak da tanımlanabilir.

Suçlar ile cezalar arasında orantılılığın sağlanmasında hem kanun koyucuya hem de hâkime önemli görevler düşmektedir. Suç ile soyut ceza arasında orantılılığı temin etme görevi kanun koyucuya düşmektedir. Suç ile somut ceza arasında orantılılığı temin etme görevi ise hâkime düşmektedir. Bu çalışmada suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık müessesesi incelemeye tabi tutulacak ve söz konusu müessesenin modern ceza hukukundaki konumu hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. Kanun Koyucunun Hangi Fiilleri Suç Olarak İhdas Edeceği Meselesi

Suç ile soyut ceza arasında orantılılığın sağlanmasının yolu, kanun koyucunun hangi fiilleri suç olarak ihdas edeceği konusunda itinalı davranmasından geçmektedir. Hakikaten de kanun koyucu hangi

¹ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 562.

² Eskici, Beyza. *Cesare Beccaria'nın Suç ve Ceza Felsefesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Projesi, Kayseri, 2016, s. 72.

³ Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 533.

⁴ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş* 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 576; İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözür, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener. *Yaptırım Teorisi*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 136; Üzülmez, İlhan. “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi”, *EUHFD*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 204.

⁵ Üzülmez, s. 204.

⁶ Zafer, s. 534-535.

⁷ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 81.

fiilleri suç olarak ihdas edeceği mevzusunda sağlıklı bir politika geliştirmese, suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık meselesi ceza hukukunda bir kenar süsü hâline dönüşecektir. Böyle bir tabloda ise ceza hukukunun maşeri vicdanda meşruiyetini kaybetme tehlikesi ortaya çıkar.

Kanun koyucunun bir fiili hangi fikirsnel esaslara ve prensiplere dayanarak suç sayabileceği hususu önemli bir meseledir⁸. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun suçları ihdasında çok farklı etkenler tesirli olmaktadır. Bir insan hareketinin suç addedilmesinde öncelikli kriter de toplumsal ihtiyaçtır. İçtimai hayatta bir hareketin yasaklanmasına ilişkin bir ihtiyacın ortaya çıkması gerekir. Böyle bir ihtiyacın hasıl olması durumunda aranacak ikinci kriterde, bu hareketin ancak cezalandırma yoluyla yasaklanabilir tarzda bir hareket olmasıdır. Nitekim yasaklanması daha hafif mahiyetteki müeyyidelerle mümkün olan hareketler için ceza öngörmek, cezanın son çare-son araç (Ultima Ratio) olma özelliğine aykırı olacak ve suç enflasyonuna yol açacaktır⁹.

Ceza hukukunun müeyyideleri son derece ağırdır. Ceza hukukunun müeyyideleri orantılı olsa dahi yine ağırdır¹⁰. Bu nedenle; ceza hukuku bir şahsın, haksızlık gerçekleştirme hâlinde her zaman ve daimi olarak müracaat edilebilecek bir yol değildir¹¹. Ceza hukuku, içtimai hayata ancak zaruri olduğu nispette müdahale etmelidir¹². Bir diğer ifadeyle; ceza hukuku, muayen bir ağırlığa ulaşmamış olan haksızlıklara müdahale etmemelidir¹³. Aksi takdirde ceza hukuku, hakları ve hürriyetleri müdafaa eden bir vasıta olmaktan çıkıp hakları ve hürriyetleri tehdit eden bir vasıta hâline gelir. Ceza hukukunun ‘son çare-son araç’ olması prensibi, haklara yönelik saldırıların öncelikle özel hukuk ya da idare hukuku vasıtalarıyla önlenmeye veya verilen zararların özel hukuk vasıtalarıyla tazmin edilmesine çalışılmasını gerektirir¹⁴. Özel hukuk veya idare hukuku sahasındaki müeyyidelerin hakları layıkıyla koruyamadığının tespit edilmesi durumunda ceza hukuku vasıtalarıyla koruma sağlanır¹⁵.

⁸ Dinler, Veysel. “Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine”, *Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 128, 2019, s. 153. Suç ihdasının nasıl gerçekleştirileceği mevzusunda Alman doktrininde ve Anglosakson doktrininde birçok teori ve prensip ileri sürülmüştür. Bunları; Hukuksal Değer Teorisi, Zarar Prensibi, Saldırı Prensibi, Hukuksal Paternalizm Prensibi ve Hukuksal Ahlâkçılık Prensibi şeklinde bir sıralamaya tabi tutmak mümkündür. Söz konusu teori ve prensipler hakkında teferruatlı bilgi için bkz. Dinler, s. 156 vd.

⁹ Dinler, s. 163-164. Burada yasaklamaları hürriyete hizmet edecek şekilde anlamak ve oluşturmak gerekmektedir. Yasaklamalarda hürriyeti teminat altına alan şahsi unsur ile eşitliği teminat altına alan toplumsal unsur arasında bir mutabakat sağlanmalıdır. Bahsedilen mutabakatın sağlanabilmesi için, ceza hukukunun temel hakları ve hürriyetleri korumanın aracı olacak biçimde liberalleştirilmesi ve hakiki manada antisosyal olmayan fiillerin depenalize ya da dekriminalize edilmesi gerekmektedir. Ayrıca; bahsedilen mutabakatın sağlanabilmesi için, ceza hukukunun sosyalleştirilmesi de gerekmektedir (Toroslu, Halûk. *Ceza Müeyyidesi*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 60,61).

¹⁰ Zafer, s. 48.

¹¹ Töngür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 51.

¹² Zafer, s. 48. Toplumsal barışın devamı için ceza hukuku vasıtalarına başvurulması kaçınılmaz hâle geldiyse, ceza hukukunun içtimai hayata gerçekleştirdiği müdahaleleri zaruri olarak nitelendirmek gerekir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 83).

¹³ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 39.

¹⁴ Zafer, s. 48. “Toplum düzeninin korunması bakımından diğer araçlar (Örneğin medeni hukuk, idare hukuku ve sosyal güvenlik hukuku) yetersiz kaldığı ve ceza yaptırımına başvurulmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda devlet otoritesi ceza hukukundan yararlanacaktır”. Bkz. İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 57.

¹⁵ Zafer, s. 48.

II. Suç ile Soyut Ceza Arasında Orantılılığın Sağlanması

A. Genel Olarak

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık, failin fiilinin ağırlığı ile ona tatbik edilecek cezanın ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir. Bu açıdan suçun ağırlığına uygun ağırlıkta bulunan cezalara müracaat edilebilecektir. Daha hafif mahiyette bulunan bir cezaya müracaat etmek yoluyla ceza yargılamasını maksadına ulaştırmak kabil olduğunda, hafif mahiyette bulunan ceza ile yetinmek de orantılılık prensibinin bir gereğidir. Orantılılık prensibinde esas maksat, aşırılığın engellenmesidir¹⁶.

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığı sağlama vazifesi kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu hukuksal değerleri korumak için elverişli bulunmayan veya lüzumlu olmayan ceza normlarını ihdas etmemelidir. Ayrıca kanun koyucu; çıkardığı düzenlemelerde ceza hâkimine onun somut olayın kendisine has şartlarını göz önünde bulundurabilmesi, somut olayda kamu yararı ile failin yol açtığı zarar arasında denge kurabilmesi için esneklik tanımak mecburiyetindedir. Ceza hâkimine tanınacak olan bu esneklik de maddi ceza hukuku veya ceza usûl hukuku enstrümanlarıyla sağlanabilir¹⁷.

Suçlar ile soyut cezalar arasındaki orantılılık prensibi, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁸ (TCK) m.3/1’de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, suç işleyen şahıs hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

TCK m.3’ün gerekçesinde de “Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uymak gerekir. Bu hususa ceza kanununda açıkça yer verilerek, ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir.”¹⁹ ibarelerine yer verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, suçlar ile soyut cezalar arasındaki orantılılık prensibi Anayasa’da açıkça tanzim edilmemiştir²⁰. Anayasa Mahkemesi bu prensibi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul etmektedir²¹.

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık prensibinin şekillenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) suç-ceza dengesi mevzusunda verdiği kararlar ziyadesiyle tesirli olmuştur.

Modern ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan ‘Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi’, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 7. maddesinde teminat altına alınmıştır. Belirtmek gerekir

¹⁶ Taneri, Gökhan. “Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2016, s. 31.

¹⁷ Weigend, Thomas. “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, s. 918.

¹⁸ R.G. 12.10.2004, S. 25611.

¹⁹ TCK m.3 - Gereke.

²⁰ Zafer, s. 48; Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 108.

²¹ Doktrinde haklı olarak ifade edilen bir görüş uyarınca, suçlar ile soyut cezalar arasındaki orantılılık prensibi Anayasa’ya konulmalıdır. Zira; normlar hiyerarşisinde kanunlar, Anayasa’nın altında, birbirleri ile aynı konumda yer almaktadır. Gerçekleştirilen kanuni bir düzenlemede kusur ve ceza arasında orantısızlık bulunduğu zaman, bu kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığını ileri sürmek oldukça karmaşık bir süreci beraberinde getirmektedir. Mevcut yapıya göre, bu tarz bir hükmün Anayasa’ya aykırılığı, ancak hukuk devleti prensibine dayanılarak ileri sürülebilmektedir. Bkz. Özen, s. 80-81.

ki; AİHM, AİHS m.7²² çerçevesinde gerçekleştirdiği incelemelerde tatbik edilecek cezaların uygunluğunu denetlememektedir. Bir diğer ifadeyle, cezaların şekil veya uzunluk itibarıyla suçlara uygun bulunup bulunmadığı hususu İHAS m.7 kapsamında değerlendirilmemektedir. Bir suç için öngörülen cezanın söz konusu suçla orantılı olup olmadığının ancak AİHS madde 3 (işkence yasağı) kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür²³.

AİHS'nin "İşkence yasağı" başlıklı 3. maddesi "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." hükmünü ihtiva etmektedir. Görüldüğü üzere bu madde; "işkence"yi, "insanlık dışı muamele"yi, "aşağılayıcı muamele"yi, "insanlık dışı ceza"yı ve "aşağılayıcı ceza"yı yasaklamaktadır²⁴. Maddede yasaklanan bu kavramlar belirsizdir²⁵. Bu kavramların aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir.

AİHM, AİHS'nin 3. maddesinde "işkence" kavramı ile "insanlık dışı muamele" ve "aşağılayıcı muamele" kavramları arasında ayırım yapılmış olmasının altını çizmiştir. AİHM bu ayırımın, umumiyetle duyulan acının yoğunluğundaki farklılıktan kaynaklandığını ifade etmiştir²⁶. O hâlde burada üzerinde odaklanılması gereken husus, failin fiilinden ziyade, mağdurun gördüğü muamelenin yol açtığı acı ve ıstıraptır²⁷.

AİHS'nin 3. maddesi manasında ceza, klâsik hürriyeti bağlayıcı cezaların yanında müeyyide niteliği taşıyan diğer tedbirleri de ihtiva etmektedir. Buna mukabil "muamele" tabiri ise, diğer her türlü egemenlik yetkisine dayanılarak gerçekleştirilen işlemleri ifade etmektedir²⁸.

AİHM'ye göre; şayet bir ceza ya da muamele, mağdurda korku, acizlik veya değersizlik hissi uyandırıyor, onun izzet-i nefsinin zedeleyici ve onu küçük düşürücü mahiyet taşıyorsa söz konusu ceza ya da muamele aşağılayıcıdır. Şayet bir ceza ya da muamele, mağdurda bedensel veya ruhsal yönden şiddetli acı meydana getiriyorsa söz konusu ceza ya da muamele insanlık dışıdır. Buna mukabil bir ceza ya da muamele, mağdurda bedensel veya ruhsal yönden yukarıda belirtilenlerden çok daha nitelikli ve ağır acılar meydana getiriyorsa söz konusu ceza ya da muamele işkence olarak nitelendirilmelidir²⁹. Buradan da anlaşılacağı üzere, aşağılayıcı ceza ve muamele, AİHS m. 3'e yönelik en hafif; işkence ise en ağır ihlal hâlini oluşturmaktadır³⁰.

Cezanın veya muamelenin temelindeki acının yoğunluğu saptanırken cezanın veya muamelenin

²² AİHS'nin "Cezaların yasallığı" başlıklı 7. maddesine göre;

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

²³ Yavuz, Can. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç Ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145, 2019, s. 37.

²⁴ Doğru, Osman/Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 1, 2. Tıpkı Bası, Legal Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 125.

²⁵ Metin, Yüksel/Dinler, Veysel. "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılı Armağanı*, 2012, s. 32.

²⁶ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, T. 18.01.1978, Başvuru No. 5310/71, paragraf 167 (Doğru/Nalbant, s. 184 vd.)

²⁷ Doğru/Nalbant, s. 136.

²⁸ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 248.

²⁹ AİHM, Abdülaziz Ve Diğerleri Kararı/Birleşik Krallık, T. 28.05.1985, Başvuru No. 9214/80, paragraf 90 vd. (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 248 ve dn. 87).

³⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 248.

niteliği, süresi, neticeleri, mağdur üzerindeki fiziksel veya ruhsal tesirleri, mağdurun yaşı, mağdurun cinsiyeti, mağdurun sağlık durumu, mağdurun içinde bulunduğu ortam gibi kriterler göz önünde bulundurulur³¹. Bu kriterler değerlendirmeye tabi tutularak acının yoğunluğu ölçülür ve cezanın veya muamelenin anatomik yapısı aydınlığa kavuşturulur.

Yeri gelmişken tekrardan belirtmek gerekir ki, bir suç için öngörülen cezanın söz konusu suçla orantılı olup olmadığının ancak AİHS madde 3 kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür³². AİHM'nin Singh/Birleşik Krallık³³ ve Hussain/Birleşik Krallık³⁴ kararları da bu konudaki önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır.

AİHM, Singh/Birleşik Krallık ve Hussain/Birleşik Krallık kararlarında, İngiliz hukukunda kamu için tehlike oluşturdukları gerekçesiyle ('tehlikeli hâl') genç suçlulara tatbik edilen ve gerektiğinde ömür boyu devam edebilecek olan ('süresiz hüküm') hapis cezasının AİHS'nin 3. maddesi manasında problemler ortaya çıkarabileceğinin altını çizmiştir³⁵. Mahkeme'nin bu tespitinden yola çıkılmak suretiyle suçlar ile cezaların arasında aşırı orantısızlık bulunduğu durumlarda, bu cezaların "insanlık dışı ceza" olarak nitelendirilebileceği neticesine ulaşılmaktadır³⁶. Söz konusu kararlar suçlar ile soyut cezalar arasındaki orantılılığın önemini vurgulaması bakımından değerlidir.

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık prensibinin şekillenmesinde Anayasa Mahkemesi de, hatırı sayılır bir tesire sahiptir.

Anayasa Mahkemesi, cezaların fiillerin ağırlığıyla ve suçluların kusurlarıyla orantılı olacak şekilde belirlenmesi anlayışını prensip olarak benimsemesine rağmen, ilk senelerde anayasaya uygunluk denetiminde bunu tatbik etme istikametinde pek istekli davranmamıştır³⁷.

Anayasa Mahkemesi, 1965 tarihli bir kararında³⁸ "Suçlunun fiilinin ağırlığı ile orantılı bir cezaya çarptırılması lüzumu aşıkârdır" dediği hâlde, mevzubahis hadisede kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapanların öteki hırsızlık suçlarına oranla üç misli şiddette cezalandırılmalarını öngören mülga 22.03.1950 tarihli ve 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun'un³⁹ 13. maddesini⁴⁰ Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. İlk Derece Mahkemesi olan Mutki Sulh Ceza Mahkemesi

³¹ Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 6. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2005, s. 199.

³² Yavuz, s. 37.

³³ AİHM, Singh/Birleşik Krallık, T. 21.02.1996, Başvuru No. 23389/94.

³⁴ AİHM, Hussain/Birleşik Krallık, T. 21.02.1996, Başvuru No. 21928/93.

³⁵ AİHM, Singh/Birleşik Krallık ve Hussain/Birleşik Krallık, T. 21.02.1996, paragraf 61 ve 53 (Gözübüyük/Gölcüklü, s. 202).

³⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 202.

³⁷ Metin/Dinler, s. 45.

³⁸ AYM, E. 1965/30, K. 1965/58, T. 02.11.1965 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 3, s. 275-281). Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tayinde esas olamayacağı açık bir gerçektir. Yasama organı, gerekçelerinde açıklandığı üzere, yurttan ayrı bir kanun ile özel tedbir ve müeyyideler konulmasını zorunlu kılacak derecede bir huzursuzluk sebebi olarak görülen büyükbaş hayvan hırsızlığı suçlarını karşılamak üzere düşünülen tedbirler ve müeyyideler arasında itiraz konusu hükümleri de kabul etmiştir. Buna karşı, başka nitelikteki bir suç için umumi ceza kanununda tayin kılınmış bir ceza ile kıyaslayarak bu hükümlerde, fiil ile ceza arasında Anayasa ilkelerine uygunsuzluk ve hakkaniyete aykırılık vardır yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır". Bkz. aynı karar, s. 280.

³⁹ R.G. 27.03.1950, S. 7467.

⁴⁰ Mülga 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkındaki Kanun'un 13/1. maddesi "Büyükbaş hayvanları çalanlar, bu suçlara iştirak edenler veya bu suçun irtikâbına iştirak etmeksizin çalınan bu gibi hayvanları bilerek kabul edenler, saklıyanlar, satın alanlar veya her ne suretle olursa olsun kabul etmek, saklamak veya satmak

ise; mülga 5617 sayılı Kanun'un 13. maddesinin, fiil ile ceza arasında orantı bulunmadığı gerekçesiyle, Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatinden hareketle, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmişti⁴¹.

Anayasa Mahkemesi; bu hadisede mevzubahis düzenlemenin orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığını araştırmamış, suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığının o suçun toplum hayatında oluşturduğu tesire göre takdir edilmesi zaruretine değinerek konuyu kapatmıştır⁴². Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Suçlunun işlediği suçun toplum hayatındaki etkileri göz önünde tutularak gereken cezanın konulması da yasama organının yetkisi içinde bulunmaktadır"⁴³.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde bazı müelliflerce eleştirilmiştir. Örneğin; doktrinde Yüce, söz konusu mahkeme kararını ele alıp değerlendirdiği bir makalede ilk etapta, mukayeseli hukuktan da istifade ederek suç ile ceza arasındaki oran mevzusuna değinmiş, daha sonra da karar ile ilgili eleştirilerini ortaya koymuştur. Müellif, karara ilişkin eleştirilerini "Hukuk Devleti Prensibine Aykırılık" ve "Hukuka Ve Vicdani Kanaate Aykırılık" başlıkları altında toplamıştır⁴⁴. Müellifin kararlar ile ilgili olarak ortaya koyduğu eleştiriler de kararın ölçülülük ilkesine aykırı bir ruh taşıması hususuna dayanmaktadır. Yine; doktrinde Sağlam da, söz konusu kararlar ile ilgili dikkate değer eleştirilerde bulunmuştur. Müellif, Anayasa Mahkemesi'nin ceza sahasında kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisine saygı mevzusunda gösterdiği hassasiyetin çok değerli olduğunun altını çizmiştir. Ancak; Mahkeme'nin bunu, hukuk devleti prensibinin gerektirdiği ölçülülük denetiminden vazgeçerek yerine getirmesinin isabetli olmadığını vurgulamıştır. Müellif; Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesini göz ardı etmesinin, onun kanun koyucunun iradesine duyduğu saygının bir neticesi olarak yansıtılmasına karşı çıkmıştır⁴⁵.

Hangi fiillerin suç olarak tanzim edileceği ve suç olarak tanzim edilen fiiller için hangi müeyyidelerin gündeme geleceği, kanun koyucunun takdirindedir. Dolayısıyla benzer nitelikteki fiiller, bunların toplum üzerinde bıraktığı tesirler ve kamu düzenini ihlal ettiği düzeyi nazara alınarak, farklı müeyyidelere tabi tutulabilir. Anayasa Mahkemesi'nin de, kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisine saygı duyması gerekmektedir. Ancak; Anayasa Mahkemesi bunu, orantılılık denetiminden vazgeçerek yerine getirmemelidir. Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesini göz ardı etmesi, onun kanun koyucunun iradesine duyduğu saygının bir tezahürü olarak değerlendirilemez⁴⁶.

Mülga 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun, kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapanların öteki hırsızlık suçlarına oranla üç misli şiddette cezalandırılmalarını öngörüyordu. Ayrıca bu düzenleme, kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapanlar için sürgün cezası da getiriyordu. Kanun koyucuyu bu düzenlemeyi yapmaya sevk eden saik, kırsal alanlarda derin bir yara hâline gelen büyükbaş hayvan hırsızlıklarının önüne geçme saikiydi. Yukarıda da değişik vesilelerle ifade edildiği üzere; benzer nitelikteki fiiller, bunların toplum üzerinde bıraktığı tesirler nazara alınarak, farklı müeyyidelere tabi tutulabilir. Burada da kanun koyucu; büyükbaş hayvan hırsızlığını, diğer hırsızlık türlerine göre, daha ağır bir şekilde cezalandırmak istemiştir. Kanun

hususlarında tavassut eyliyenler haklarında Türk Ceza Kanununa göre tâyin edilecek cezalar üç kat olarak hükmolunur, bunlar hakkında ayrıca sürgün cezası da verilir" hükmünü ihtiva ediyordu.

⁴¹ Metin/Dinler, s. 46.

⁴² Metin/Dinler, s. 46.

⁴³ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 3, s. 280.

⁴⁴ Yüce, Turhan Tufan. "Suç ile Ceza Arasındaki Nisbetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 47, S. 3-4, 1973, s. 294 vd.

⁴⁵ Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 124.

⁴⁶ Bkz. benzer yönde Sağlam, s. 124.

koyucunun neredeyse toplumda infiale sebebiyet verecek bir düzeye erişmiş olan büyükbaş hayvan hırsızlıklarını engelleyebilmek adına böyle bir düzenleme yaptığı aşikârdır. Kanun koyucunun böyle düzenlemeler yapmasının önüne hukuki bariyerler çekilemez. Ancak; benzer nitelikteki fiiller -muhtelif gerekçelerle- farklı müeyyidelere tabi tutulacaksa, bu müeyyideler arasında da bir dengenin kurulması hususunda ihtimamlı davranılmalıdır. Söz konusu düzenlemede kırsal alanlarda büyükbaş hayvan hırsızlığı yapmanın öteki hırsızlık suçlarına oranla üç misli şiddette cezalandırılması öngörülmüştür. Bu itibarla, düzenlemedeki fiil ile ceza arasında keskin bir orantısızlık ortaya çıkmıştır. Büyükbaş hayvan hırsızlığı için getirilen fahiş cezalar ve bu cezalarla öteki hırsızlık suçları için öngörülen cezalar arasındaki derin uçurumlar, düzenlemeyi orantılılık ilkesi açısından problemli hâle getirmiştir. Düzenleme, orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, burada kanun koyucunun iradesine gölge düşürmemek adına orantılılık denetimi yapmaktan imtina etmiştir. Oysa ki; Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesini göz ardı etmesi, onun kanun koyucunun iradesine duyduğu saygının bir tezahürü olarak değerlendirilemez. Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesi açısından bu kadar problemli bir hükmü iptal etmemesi hiç de isabetli olmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 1966 tarihli bir kararında⁴⁷ da, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun⁴⁸ 31. maddesinin (A) bendinde yer alan "Tart cezası ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın hizmet esnasında kazanılmış olan sair hakların kaybedilmesini mucip olur" kuralının Anayasa'ya aykırı bulunup bulunmadığını incelemiştir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Elbetteki tart cezası da birtakım yoksunluklar getirecek ve bu yoksunlukların ağırlığı, askerlik şerefini lekelemek gibi bir eylemin ağırlığı ile orantılı olacaktır"⁵⁰. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kararda yer verdiği "Askerlik şerefli bir görevdir. Bu şerefın korunması kaygısı en ağır yaptırımları bile haklı kılar. Askerlik şerefine leke sürenlerin yerine göre hapis, ağır hapis, hatta idam cezası ile cezalandırılmaları yeterli değildir. Böylelerinin bir daha geri alınmaksızın asker topluluğundan dışarı atılmaları, askerlik hizmetinden doğan bütün ilişkilerinin kesilmesi gerekir"⁵¹ ibareleri orantılılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin bu ibarelerinden askerlik şerefi mevzubahis olduğunda orantılılık ilkesi göz önüne alınmasa da olur gibi bir mana çıkmaktadır⁵².

Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında verdiği bir kararda⁵³, meseleye yine aynı felsefeyle yaklaşmıştır. Söz konusu kararda, cezanın hesaplanmasının, birisi kanun koyucuya ve ötekisi de onun tatbik edecek mahkemelere ait olmak üzere iki ayrı safhayı ihtiva ettiğini belirttikten sonra, kanun koyucunun cezaları suçların ağırlığıyla ve suçların ortaya çıkardığı tehlikenin büyüklüğüyle orantılı olacak şekilde belirlemesi gereğinin önemini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi; kararın başında ceza müeyyidelerini "suçun ağırlığı ile orantılı olmak", "makul ve insani sayılacak sınırları aşmamak" gibi kayıtlara bağlamıştır⁵⁴. Buna mukabil, kararın devamında ise "... bir eylemi ya da davranışı belli bir zamanda suç sayan bir ceza hükmünün soyut olarak ceza siyaseti veya cezanın siyasiliği yönlerinden Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulabileceği gibi yersiz bir düşünceye varılamaz"⁵⁵ ibarelerine

⁴⁷ AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, T. 28.06.1966 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 4, s. 175-215).

⁴⁸ R.G. 15.06.1930, S. 1520.

⁴⁹ Metin/Dinler, s. 45.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 4, s. 193.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 4, s. 193.

⁵² Bkz. Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 200.

⁵³ AYM, E. 1970/22, K. 1971/20, T. 18.02.1971 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 10, s. 3-27).

⁵⁴ Metin/Dinler, s. 45.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 10, s. 19.

yer vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bu kararda -doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere-kendisine pusula olarak benimsediği temel prensiplerle çelişen bir neticeye ulaşmıştır⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında verdiği bir başka kararda⁵⁷ ise, suçlar ile cezaların orantılı olması gerektiğini daha sarıh bir şekilde ifade etmiştir⁵⁸. Nitekim Mahkeme, söz konusu kararda “Ancak cezalar, eylemin ağırlığı ve suçlunun sorum derecesi ile orantılı olarak tertip edilir ve uygulanır”⁵⁹ ibarelerine yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1973 yılında verdiği bir kararda⁶⁰ ise, suçlar ile cezalar arasında bulunması gereken oran mevzusunda oldukça net bir tavır takınmıştır⁶¹. Kararda yer alan “... 63. maddede derneğin kapatılmasına neden olanların eylemlerine biçilmiş olan bin liraya kadar ağır para cezası ile bu yüzden tüzel kişiliğe ve dolayısıyla dernek üyelerine yöneltilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına burada ayrıca işaret edilmesi yerinde olacaktır”⁶² ibareleri dikkate değerdir.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda⁶³, suçlar ile cezalar arasında bulunması gereken orantı mevzusundaki temel yaklaşımını ortaya koymuştur. Bu karar aynı zamanda kanun koyucunun cezalar koyma sahasında sahip bulunduğu takdir yetkisinin kapsamını ve hudutlarını da vuzuha kavuşturmuştur⁶⁴. Karardaki “Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasa koyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki yasa koyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur... Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde tutulması, ceza hukukunun temel ilkelerindedir”⁶⁵ ibareleri oldukça çarpıcıdır.

Belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi, daha sonra verdiği kararlarda bu içtihadını devam ettirmiştir. Örneğin; Mahkeme’nin 1992 tarihli bir kararında⁶⁶ yer verdiği “Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu oransallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasa koyucu, cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır. Ceza kendiliğinden haklı olmalıdır. Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun temel esaslarındandır”⁶⁷ ibareleri, onun bu içtihadını sürdürdüğünü ortaya koymaktadır.

⁵⁶ Bkz. Sağlam, s. 123; Metin/Dinler, s. 45.

⁵⁷ AYM, E. 1970/42, K. 1971/30, T. 09.03.1971 (R.G. 23.11.1971, S. 14021).

⁵⁸ Metin/Dinler, s. 47.

⁵⁹ Bkz. 23.11.1971 tarihli ve 14021 sayılı R.G.

⁶⁰ AYM, E. 1973/3, K. 1973/37, T. 18, 19 ve 20.12.1973 (R.G. 18.06.1974, S. 14919).

⁶¹ Metin/Dinler, s. 47.

⁶² Bkz. 18.06.1974 tarihli ve 14919 sayılı R.G.

⁶³ AYM, E. 1990/35, K. 1991/13, T. 06.06.1991 (R.G. 27.10.1994, S. 22094).

⁶⁴ Metin/Dinler, s. 47.

⁶⁵ Bkz. 27.10.1994 tarihli ve 22094 sayılı R.G.

⁶⁶ AYM, E. 1992/45, K. 1992/51, T. 03.12.1992 (R.G. 17.09.1995, S. 22407).

⁶⁷ Bkz. 17.09.1995 tarihli ve 22407 sayılı R.G.

Anayasa Mahkemesi'nin yeni tarihli kararlarında da aynı felsefenin izlerine rastlanmaktadır⁶⁸. Mahkeme'nin 26.02.2009 tarihli, 2007/96 esas, 2009/34 karar sayılı kararı⁶⁹; 05.03.2009 tarihli, 2008/93 esas, 2009/41 karar sayılı kararı⁷⁰; 05.03.2009 tarihli, 2006/123 esas, 2009/43 karar sayılı kararı⁷¹; 30.06.2011 tarihli, 2010/68 esas, 2011/114 karar sayılı kararı⁷²; 17.11.2011 tarihli, 2010/115 esas, 2011/154 karar sayılı kararı⁷³; 12.09.2012 tarihli, 2012/78 esas, 2012/111 karar sayılı kararı⁷⁴; 10.04.2013 tarihli, 2013/36 esas, 2013/53 karar sayılı kararı⁷⁵; 10.04.2013 tarihli, 2013/14 esas, 2013/56 karar sayılı kararı⁷⁶; 12.11.2015 tarihli, 2015/26 esas, 2015/100 karar sayılı kararı⁷⁷ ve 26.05.2016 tarihli, 2015/108 esas, 2016/46 karar sayılı kararı⁷⁸ söz konusu felsefeyle doğrulmuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ceza tehdidinin, fiilin ağırlığıyla ve failin kusuruyla orantılı olması gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁹. Bu içtihat; kanunların, yaşanan somut olaylarda hâkimlere kusurla orantılı cezalara hükmetme imkânı verecek şekilde düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁸⁰.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası da aşırı, orantısız cezalar verilmesini yasaklamaktadır⁸¹. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, ırza geçme (nitelikli cinsel saldırı) suçu karşılığında ölüm cezası öngörülmesini masaya yatırmış ve ABD Anayasası'na aykırı bulmuştur⁸². Benzer şekilde; Yüksek Mahkeme, bu kez bazı eyaletlerin çocukların ırzlarına geçilmesi hâlinde ölüm cezası öngörmesini de - orantılılık ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle- ABD Anayasası'na aykırı bulmuştur⁸³. Buna mukabil; şartla salıverilme imkânının bulunması kaydıyla, toplam üç suç (suçlar şiddet suçu, ağır suçlar vb. olmasa da) işleyen şahsın müebbet hapis cezasına veya yirmi beş yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi, Yüksek Mahkeme'nin aynı istikamette verdiği birçok kararında ABD Anayasası'na uygun bulunmuştur⁸⁴.

AIHM'nin ve AYM'nin kararları mercek altına alındığında, suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığın sağlanabilmesi için dört ölçütün dikkate alınması gerektiği neticesine ulaşılır. Bu ölçütler; a) suç teşkil eden fiilin ağırlığı, b) failin fiili gerçekleştiriliş şekli, c) fiilin cezalandırılmasıyla güdülen 'genel önleme' ve 'özel önleme' amaçları, d) benzer hukuki değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar olarak sıralanabilir.

⁶⁸ Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 48.

⁶⁹ Bkz. R.G. 05.06.2009, S. 27249.

⁷⁰ Bkz. R.G. 10.06.2009, S. 27254.

⁷¹ Bkz. R.G. 02.06.2009, S. 27246.

⁷² Bkz. R.G. 23.07.2011, S. 28003.

⁷³ Bkz. R.G. 17.03.2012, S. 28236.

⁷⁴ Bkz. R.G. 01.12.2012, S. 28484.

⁷⁵ Bkz. R.G. 25.05.2013, S. 28657.

⁷⁶ Bkz. R.G. 10.12.2013, S. 28847.

⁷⁷ Bkz. R.G. 11.12.2015, S. 29559.

⁷⁸ Bkz. R.G. 13.07.2016, S. 29769.

⁷⁹ BVerfGE 45, 187, 259 (Weigend, s. 920).

⁸⁰ BVerfGE 45, 187, 261 (Weigend, s. 920).

⁸¹ Hakeri, s. 52.

⁸² Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Coker v. Georgia, 433 U.S. 584, T. 29.06.1977 (Hakeri, s. 52)

⁸³ Houston Chronicle, T. 26.06.2008 (Nakleden: Hakeri, s. 52 ve dn. 2).

⁸⁴ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Ewing v. California, 538 U.S. 11, T. 05.03.2003 (Hakeri, s. 52 ve dn. 3).

B. Orantılılığın Sağlanması İçin Dikkate Alınacak Ölçütler

1. Suç Teşkil Eden Fiilin Ağırlığı

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığın sağlanabilmesi için nazar-ı itibara alınması gereken en temel ölçüt, suç teşkil eden fiilin ağırlığı ölçütüdür.

Fiilin işlendiği mekan, fiilin işlendiği zaman, fiilin işlenmesi esnasında kullanılan vasıta, fiilin işleniş biçimi, fiilin yol açtığı ihlalin boyutları ve failin fiili işlediği esnada taşıdığı saik; fiilin ağırlığına (haksızlık muhteviyatına) tesir eder. Ceza, fiilin bu nitelikleri nazar-ı itibara alınarak tayin edilmelidir (Bkz. TCK m.61/1)⁸⁵. Suç teşkil eden fiilin hakiki ağırlığının tespit edilmesinde o suçun toplumda sebebiyet verdiği infial ve bıraktığı tesir, o suçun şahısları içine düşürdüğü tehlike hâli, suçtan zarar görenin şahsiyeti ile ona verilen tahribatin azlığı veya çokluğu gibi etkenlerin de nazar-ı itibara alınması gerekir⁸⁶. Kanun koyucu, bu etkenleri titizlikle değerlendirmede fiilin hakiki ağırlığını saptayamayacaktır. Kanun koyucunun hakiki ağırlığını saptayamadığı bir fiil için de adil bir ceza getirebilmesi mümkün değildir⁸⁷.

Suç mefhumunun temelinde bir haksızlık mevcuttur. Suç, yoğun oranda haksızlık içeren bir fiildir. Dolayısıyla suç mefhumu, kamu düzenini bozarak toplumda infiale neden olur⁸⁸. Toplum üzerinde silinmesi mümkün olmayan izler bırakır. Haksızlık muhteviyatı daha yoğun olan suçlara, toplum daha sert tepkiler gösterir. Öyleyse suç teşkil eden fiilin hakiki ağırlığının saptanmasında, toplumun ona gösterdiği tepki derecesi göz ardı edilemez⁸⁹.

⁸⁵ Zafer, s. 47, dn. 19.

⁸⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17.11.2011 tarihli, 2010/115 esas, 2011/154 karar sayılı kararı (R.G. 17.03.2012, S. 28236).

⁸⁷ 25.04.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (R.G. 29.04.2006, S. 26153) 67/1. maddesi uyarınca, gerçeğe aykırı yerleşim yeri belgesi veren köy veya mahalle muhtarı altı aydan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçeğe aykırı yoksulluk belgesi veren aynı muhtar ise, TCK'nın 204/2. maddesi mucibince üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (Yücel, Mustafa Tören. *Yeni Türk Ceza Siyaseti*, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 108). Kanun koyucu buradaki fiillerin hakiki ağırlıklarını saptayamadığı için onlara adil cezalar da getirememiştir. Gerçeğe aykırı yerleşim yeri belgesi verme fiili, gerçeğe aykırı yoksulluk belgesi verme fiiline göre kamu güvenliği açısından çok daha tehlikelidir. Bu bağlamda; gerçeğe aykırı yerleşim yeri belgesi verme fiilinin gerçeğe aykırı yoksulluk belgesi verme fiiline göre daha hafif bir müeyyideye bağlanması, tutarsız ve gayriadil bir yaklaşımdır. Kanun koyucunun, suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığı aşındıran bu tarz düzenlemeleri yeniden gözden geçirmesi elzemdir.

⁸⁸ Cezaya tabi tutulmayan suç faillerinden mağdurların veya mağdurların yakınlarının ve halkın intikam almaya çalıştığı müşahade edilmektedir. Yine halkın, cezaya tabi tutulmayan suç faillerine linç girişiminde bulunduğu olaylar bile yaşanmaktadır (Tören, Mustafa Yücel. *Kriminoloji*, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014, s. 49). Hatta halk, ağır mahiyette suçlar işleyip de cezalarını çeken suç faillerine bile yoğun bir tepkiyle yaklaşabilmektedir. Zikredilen durumlar, toplumun suç teşkil eden fiillere karşı gösterdiği kuvvetli reaksiyonu gözler önüne sermektedir.

⁸⁹ Yerel mahkeme; TCK'nın 245/1. maddesinde düzenlenen başkasının banka veya kredi kartının kullanılması suçu için öngörülen cezanın (3-6 yıl) benzer mahiyetteki suçların cezalarıyla karşılaştırıldığında yüksek olduğunu, bahsedilen suçlar için uygulanabilecek etkin pişmanlık hükümlerinin burada uygulanmamasının da cezayı suçla orantısız hâle getirdiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur (Özar, s. 431). Anayasa Mahkemesi; bu itirazın, oy birliğiyle reddine karar vermiştir (Any. Mah. E. 2006/123, K. 2009/43, T. 05.03.2009; R.G. 02.06.2009, S. 27246). Kararda yer verilen "Suç sayılan eylemler arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da bulunabilir. Kimi benzerliklere rağmen eylemin toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işleme oranındaki artış ve azalma gibi faktörlere bağlı olarak daha ağır cezayla yaptırma bağlanması veya bu sonucu doğuracak biçimde indirim nedenlerine yer verilmemesi yasa koyucunun takdirindedir" ibareleri son derece çarpıcıdır. Zira mahkeme bu kararda; kamu düzenini bozarak toplumda aşırı derecede infiale neden olan bir fiilin, kendisine çok benzeyen ancak kamu düzenini kendisi kadar ihlal etmeyerek toplumda kuvvetli tepkiye yol açmayan fiillere nazaran daha ağır cezalandırılması gerektiği hususunun altını çizmiştir.

Suç teşkil eden fiilin hakiki ağırlığının tespit edilmesinde fiilin toplumsal barışı tehdit derecesi, fiilin dezavantajlı gruplar üzerindeki tesirleri, fiilin temel hakları ve hürriyetleri ihlal derecesi, fiilin toplumsal değerlere gerçekleştirdiği saldırının mahiyeti, fiilin şahısları içine düşürdüğü tehlike hâlinin mahiyeti, fiilden zarar görenin şahsiyeti, fiilin zarar görende oluşturduğu tahribat derecesi gibi unsurlar da göz önünde bulundurulur.

Bilhassa da ‘fiilin zarar görende oluşturduğu tahribat derecesi’ unsuru göz önünde bulundurulmadan fiilin hakiki ağırlığı tespit edilemez. Bazı suçlar fiziki, bazı suçlar hissi, bazı suçlar ise mali tahribata yol açmaktadır. Kanun koyucu, suç teşkil eden fiillerin ağırlığını belirlerken yukarıda zikredilen zarar çeşitleri arasında bir derecelendirme yapmaktadır. Burada kanun koyucunun, suçtan zarar gören şahsın suça karşı gösterebileceği tepkiye tercüman olduğu da ifade edilebilir⁹⁰.

Orantılılığın sağlanmasında ‘suç teşkil eden fiilin ağırlığı’ nı mihenk taşı hâline getiren anlayış, kefare⁹¹ anlayışıdır. TCK.m.3/1’de yer alan “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir” hükmü de kefare⁹¹ anlayışının bir yansımasıdır⁹².

Burada yeri gelmişken Anayasa Mahkemesi’nin 17.11.2011 tarihli, 2010/115 esas, 2011/154 karar sayılı kararına⁹³ da değinmek gerekmektedir. Zira bu kararda Mahkeme; ‘suç teşkil eden fiilin ağırlığı’ ölçütü ile ilgili önemli saptamalarda bulunmuş, suçlar ile soyut cezalar arasında bulunması gereken oran mevzusunda geniş değerlendirmeler yaparak önüne getirilen ceza kanunu düzenlemesini Anayasa’ya aykırı bulmuştur.

Burhaniye Asliye Ceza Mahkemesi’nin itiraz başvurusu üzerine görülen dava neticesinde, TCK’nın “İftira” başlıklı 267. maddesinin yedinci fıkrası, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı bulunarak

⁹⁰ Tören, s. 50.

⁹¹ Kefaret, cezanın bir bedel ödetme olduğunu savunan anlayıştır. Bu anlayışın temelinde; göze göz, dişe diş felsefesi yatmaktadır. Kötülük yapan bunun karşılığını görmelidir. Bu bağlamda ceza, geçmişe yöneliktir. Failin kusurlu hareketi ancak ona bir ceza uygulanması yoluyla telafi edilebilir (Centel, Nur. “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, s. 338. İslam ceza hukukunda kefare⁹¹ anlayışı için bkz. Üçok, Coşkun. Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1957, s. 66-74.

⁹² Tören, s. 52; Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 439. Suçlar ile soyut cezalar arasındaki orantılılık prensibini hüküm altına alan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ruhunu yansıtan önemli maddelerden biri olarak nitelendirilen TCK’nın 3/1. maddesinin itinalı bir şekilde tahlil edilmesi gerekmektedir. Söz konusu hükümde cezalara ve güvenlik tedbirlerine hükmedilirken fiilin ağırlığının nazar-ı itibara alınacağı hususuna yer verilmiştir. Oysaki güvenlik tedbirleri bakımından belirleyici olan faktör, failin tehlikelilik durumudur. Tehlikelilik, failin istikbalde ceza hukuku normlarını tekrardan ihlal etme ihtimalinin mevcut olduğunu ortaya koyan bir kavramdır (Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 89). Bu zaviyeden bakıldığında; TCK’nın 3/1. maddesi hükmü, güvenlik tedbirlerinin bahsedilen mahiyetini nazar-ı itibara almadığı için isabetli değildir. Güvenlik tedbirleri, işlenen fiilin ağırlığı ile değil, failin tehlikelilik durumu ile orantılı olmalıdır (Öztürk/Erdem, s. 55; Bayraktar, Köksal. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2003, s. 7-8; Roxin, Claus/İsfen Osman. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri” (Çeviren: Osman İsfen), *Suç Politikası*, 2006, s. 281; Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 87, dn. 234; Koca/Üzülmez, s. 642; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 11; Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 60; Centel/Zafer/Çakmut, s. 709, dn. 9; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 627; Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 877; İçel, s. 64; Yalçın, Türkan/Köprülü, Timuçin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 632; Turhan, Faruk. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, 2007, s. 173 vd.; Artuk, Mehmet Emin/Yılmaz, Erkam. “Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2020, s. 30).

⁹³ Bkz. R.G. 17.03.2012, S. 28236.

iptal edilmiştir⁹⁴. TCK'nın iptal edilen 267/7. maddesi “(7) İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü ihtiva ediyordu. Anayasa Mahkemesi, mevzu bahis düzenlemeyi ilk etapta TCK'nın 267. maddesinin beşinci fıkrası ile karşılaştırarak denetime tabi tutmuştur. TCK'nın 267/5. maddesi o dönemde “Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur” hükmünü ihtiva ediyordu. Anayasa Mahkemesi kararında 267. maddenin beşinci fıkrasının o dönemde yürürlükte bulunan hâli ile itiraza konu 267. maddenin yedinci fıkrası arasındaki ceza dengesizliğine işaret edilmiştir. Örneğin; iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına yol açan şahsın TCK'nın 267/5. maddesi uyarınca asgari yirmi gün hapis cezasıyla cezalandırılacakken, mahkemece mağdur hakkında tatbik edilen bu hapis cezasının seçenek müeyyidelere çevrilmesi hâlinde ise iftira eden şahsın TCK'nın 267/7. maddesi uyarınca asgari üç yıl hapis cezası ile cezalandırılmasının gerekeceği vurgulanmıştır. Ayrıca; kararda, adli müeyyidelerin ve idari müeyyidelerin aynı kefeye konularak, her iki durum için de aynı miktarda cezaların öngörülmesi “adalet duygularını zedeleyen bir durum” olarak nitelendirilmiştir. Oy birliğiyle verilen bu karar, Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. İptal edilen hükmün yerine ceza adaletine uygun şekilde yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla fail bir başkasına iftira atarak onun hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir müeyyide uygulanmasına neden olsa bile, TCK m.267/1 gereğince cezalandırılacaktır⁹⁵.

2. Failin Fiili Gerçekleştirilme Şekli

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığın sağlanabilmesi için nazar-ı itibara alınması gereken ölçütlerden biri de, failin fiili gerçekleştirilme şeklidir.

Kast ve taksir, suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilme şekilleridir. Fiilin kasten gerçekleştirilmesi demek, onun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi demektir. Fiilin taksirle gerçekleştirilmesi demek ise, onun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle gerçekleştirilmesi demektir.

Ceza hukukunda kastın haksızlık muhteviyatıyla taksirin haksızlık muhteviyatı farklıdır. Kastten işlenen suçlara taksirle işlenen suçlara nazaran daha fazla ceza getirilmiştir. Kast ve taksir biçimleri arasında da haksızlık muhteviyatı bakımından farklılık mevcuttur. TCK; olası kastta ceza indiriminin, bilinçli taksirde ise ceza arttırımının tatbikini zaruri kılmıştır⁹⁶.

Örneğin; TCK'nın 81. maddesinde kasten öldürme suçu için müebbet hapis cezası öngörülmüştür. TCK'nın 85. maddesinde ise taksirle öldürme suçu için iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Altını çizmek gerekir ki, kasten öldürme fiili için öngörülen ceza taksirli öldürme fiili

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işleme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir”. Any. Mah., E. 2010/115, K. 2011/154 T. 17.11.2011 (R.G. 17.03.2012, S. 28236). Anayasa Mahkemesi yukarıda ifade edilen gerekçelere de dayanarak TCK'nın 267. maddesinin yedinci fıkrasını iptal etmiştir (Zafer, s. 533, dn. 9).

⁹⁵ Özar, Süleyman. “Anayasa Mahkemesi’nin Esastan İncelediği Normlar Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nun On Altı Yılı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2021, s. 415.

⁹⁶ Akbulut, s. 393.

için öngörülen cezaya nazaran oldukça yüksektir. Burada iki ceza arasındaki farklılığın fiillerin toplumda oluşturduğu infiale izah edilebilmesi mümkün değildir. Zira kasten öldürme fiili de, taksirle öldürme fiili de toplumda aynı derecede infiale neden olmaktadır. Yine, iki ceza arasındaki farklılığın fiillerin oluşturduğu tahribatla izah edilebilmesi de mümkün değildir. Zira kasten öldürme fiili de, taksirle öldürme fiili de aynı derecede tahribata yol açmaktadır. Burada iki ceza arasındaki uçurum, fiillerin gerçekleştiriliş şekillerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Kastan öldürme fiilinin içerdiği haksızlık muhteviyatı, taksirle öldürme fiilinin içerdiği haksızlık muhteviyatına nazaran oldukça yüksektir⁹⁷.

Özetle, suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığın sağlanabilmesi için failin fiili gerçekleştiriliş şekli muhakkak dikkate alınmalıdır. Bir fiilin kasten işlenmiş hâli ile taksirle işlenmiş hâlinin aynı cezaya tabi tutulması, adaleti zedeler.

3. Fiilin Cezalandırılmasıyla Güdülen ‘Genel Önleme’ ve ‘Özel Önleme’ Amaçları

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığın sağlanabilmesi için nazar-ı itibara alınması gereken bir diğer ölçüt de, cezanın ‘genel önleme’ ve ‘özel önleme’ amaçlarıdır. Suça konulan soyut ceza, ‘genel önleme’ ve ‘özel önleme’ maksatlarını yerine getirmek için elverişli olmalıdır. Şayet ceza; bu maksatları yerine getiremiyorsa, orantılılık vasfını haiz değildir.

Genel önlemede; insanların suç işleyen şahısların cezalandırılmalarını müşahade ederek, suçların bedelinin faydalarından daha fazla olduğu neticesine ulaşmaları ve suç işlemekten vazgeçmeleri mevzubahistir⁹⁸. Genel önleme, negatif genel önleme ve pozitif genel önleme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Negatif genel önleme; korkutma mekanizmasını kullanarak benzer mahiyette fiiller işleyeceklerin, yani potansiyel failerin cezalandırılma tehlikesi altında bulduklarını vurgular. Negatif genel önlemedeki korkutucu tesiri yapan, cezanın yüksekliği değil, ceza riskinin büyüklüğüdür. Pozitif genel önleme de, hukuk nizamının mevcudiyetine ve icrasının kuvvetine yönelik güvenin muhafazasını ve güçlendirilmesini anlatır. Böylelikle suç işleme temayülü olmayan, sıradan şahıslarda hukuk şuurunun güçlendirilmesi hedeflenir⁹⁹.

Özel önlemenin ise, üç şekilde hayata geçirilmesi mümkündür. Birincisi; suçluyu cezanın şiddetiyle korkutarak, tekrardan suç işlemekten alıkoymaktır. İkincisi, suçluyu tecrit etmek suretiyle toplumu ondan korumaktır. Üçüncüsü de; suçluyu muayyen bir rehabilitasyona tabi tutarak ıslah etmek, yeniden topluma kazandırmaktır¹⁰⁰. Modern ceza hukuku, özel önlemenin temeline suçlunun rehabilite edilerek topluma yeniden kazandırılması felsefesini yerleştirmiştir.

Cezanın orantılılığı ile cezanın ‘genel önleme’ ve ‘özel önleme’ amaçları arasındaki hassas ilişkiden bahsedilirken muhakkak değinilmesi gereken şahsiyetlerden biri, İtalyan düşünür Cesare Beccaria’dır. Beccaria suç ile ceza arasındaki orantılılık prensibinin gelişmesine en çok katkıda bulunan düşünürlerden biridir. Beccaria’ya göre; suç işlenmemesi nasıl toplumun menfaatineyse, suçların işlendikleri zaman topluma verdiği zararın çok az olması da aynı şekilde toplumun menfaatinedir. Öyleyse; insanları suç işlemekten vazgeçiren müeyyidelerin/cezaların, suçun kamu esenliğine verdiği zararlar ve şahısları suç işlemeye sevk eden saiklerle orantılı ve bu suretle çok daha etkili olması zaruridir. Dolayısıyla suçlarla cezalar arasında bir oran bulunması gerekmektedir¹⁰¹.

⁹⁷ Bkz. benzer yönde Tören, s. 50.

⁹⁸ Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 687; Centel, s. 345.

⁹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 586.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 736.

¹⁰¹ Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çeviren: Sami Selçuk), 6. Baskı, İmge Yayınları, Ankara, 2016, s. 45. Beccaria; suçlar ile cezalar arasındaki oranı, hassas dengeyi izah edebilmek için kanun koyucunun rolü ile

Beccaria, ‘Suçlar ve Cezalar Hakkında’ adlı eserinde suçları tasnif etmektedir. Ünlü düşünürü göre en ağır suçlar topluma karşı işlenen suçlardır; bu suçları kişilere karşı işlenen suçlar izler; son sırada ise toplumun huzuruna karşı işlenen suçlar yer almaktadır. Ancak ünlü düşünür, suçlar için gerçekleştirdiği bu şekildeki bir sınıflandırmayı cezalar için gerçekleştirmemiştir. ‘Suçlar ve Cezalar Hakkında’ adlı eserin bölümleri bir incelemeye tabi tutulduğunda Beccaria’nın hapsi, zorla çalıştırmayı ve gönüllü sürgünlüğü ceza olarak benimsediği görülür. Buna mukabil, cezaların çeşitlerine veya para cezasının miktarına ilişkin esaslara söz konusu eserinde değinmemiştir¹⁰².

Beccaria’nın ceza hukuku felsefesi ‘önleme’ üzerine kurulmuştur. Ünlü düşünür için cezanın amacı istikbalde işlenmesi muhtemel bulunan bir suçun engellenmesidir. Dolayısıyla Beccaria cezadan istikbale yönelik bir fayda bekler. Ceza, suç işlendiği için değil, istikbalde suç işlenmesinin engellenebilmesi için verilmelidir. Düşünürü göre, cezanın genel önleme amacı ve özel önleme amacı olmak üzere iki temel amacı mevcuttur¹⁰³.

Belirtmek gerekir ki; Beccaria’nın sisteminde cezaların amacı, suçluların toplumu oluşturan fertlere zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka birşey değildir. Bunun için de ünlü düşünürü göre cezalar, insanların ruhları ve zihinleri üzerinde pek çok kalıcı ama suçluların bedenleri üzerinde en az üzücü iz bırakacak şekilde belirlenmelidir. Cezaların çeşidi, miktarı ve tatbikat şekli bahsedilen kriterlere riayet edilerek belirlenmelidir¹⁰⁴.

Ceza; işlenen suçun topluma verdiği zarar ve işlenen suçun mahiyeti esas alınmak suretiyle belirlenmeli, sabit bir suç ve ceza dengesi tesis edilmelidir¹⁰⁵. Bir diğer ifadeyle, ceza işlenen suçla orantılı olacak şekilde saptanmalı ve hümanist bir karakter taşımalıdır. Bu sebeple Beccaria, insanlık dışı muamele ihtiva eden her türlü cezalandırma metodunu tamamıyla reddeder¹⁰⁶.

Beccaria’nın ceza hukuku felsefesinin şekillenmesinde derin tesirleri bulunan ünlü düşünür Montesquieu da, ‘Kanunların Ruhı’ adlı eserinde, cezanın suçla orantılı olması gerektiği düşüncesine üstünlük tanımaktadır. Ünlü düşünürü göre, ceza hürriyetin zıddıdır; acımasız ve keyfi cezalar yerine belirli ve ılımlı cezalar getirilmelidir¹⁰⁷.

Beccaria, ‘ceza’nın genel önleme amacına daha fazla önem vermekte ve ceza teorisini de

maharetli bir mimarın rolünü mukayese eder. Ona göre, insanoğlunun tutkularının mahsûlü olan düzensizlikleri tamamen ortadan kaldırmak imkânsızdır. İnsanlar arasındaki menfaat çatışmalarının artmasına paralel olarak bu düzensizlikler de artacaktır. Ünlü düşünür; insanı hususi menfaatlere iten kuvveti, sürekli işleyen yer çekimi kanununa benzetir. Şayet karşıt bir kuvvet yoksa, yer çekimi kanunu gibi hususi menfaatleri teşvik eden bu kuvvet de sürekli olarak mevcudiyetini devam ettirir. Hususi menfaatlerin öldürücü tesirini ortadan kaldıracak kuvvet de politik engellerdir. Dolayısıyla Beccaria; ceza kavramını, suçları önleyici politik bir engel olarak görür. Ancak ünlü düşünür; özel menfaat çatışmalarının öldürücü tesirinin (suçların), kanun koyucunun politik engelleriyle (cezalarla) önlenmeye gayret edilmesi sırasında hususi menfaat hissini yok edilmemesi gerektiğini de belirtir (Aktaş, Sururi. “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 6). İşte sadece bu ifadesi bile, ünlü düşünürün suçlar ile cezalar arasında denge kurulması mevzuunda ne kadar hassas bir yaklaşım geliştirdiğini gözler önüne sermektedir.

¹⁰² Aksoy Retornaz, Emine Eylem. “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 112, 2014, s. 97.

¹⁰³ Aksoy Retornaz, s. 97.

¹⁰⁴ Beccaria, s. 69-70.

¹⁰⁵ Dolu, Osman. “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama Ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 11, S. 4, 2009, s. 99.

¹⁰⁶ Aksoy Retornaz, s. 98.

¹⁰⁷ Gürkan, Ülker. “Montesquieu ve Kanunların Ruhı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1, 1988, s. 25.

caydırıcılık ekseninde temellendirmektedir¹⁰⁸. Ünlü düşünür; cezaların caydırıcı hâle gelebilmesi için kesin, hızlı ve şiddetli olması gerektiği kanaatini taşımaktadır¹⁰⁹.

Cezanın kesin olması demek, onun mutlak bir şekilde tatbik edileceği kanaatinin toplumda egemen olması demektir. Bu durum, şahısların suç işlemeden önce düşünmelerini ve suç işlemekten caymalarını sağlayacaktır¹¹⁰. Beccaria da bu durumu “suçu önleyen en önemli frenlerden biri cezaların ağırlığı değil, cezaların kaçınılmaz olmalarıdır” vecizesiyle dile getirmektedir¹¹¹.

Cezanın hızlı olması demek, onun suçun işlenmesinden itibaren makul bir süre içerisinde verilmesi demektir¹¹². Cezaların suçların işlenmesinden hemen sonra, süratli bir şekilde verilmesi; toplumda cezadan kaçma ihtimalinin bulunmadığı fikrinin uyanmasına ve cezaların daha da caydırıcı hâle gelmesine zemin hazırlayacaktır¹¹³.

Cezanın şiddetli olması demek ise, onun tesirli olması demektir. Cezanın şiddetli olması, fiziksel şiddet ihtiva eden cezaların ceza hukuku dairesine sokulması manasına gelmez¹¹⁴. Beccaria “cezalar şiddetli olmalı” ibaresini kullanarak; suçlulara ceza verilmesiyle elde edilecek faydanın, suçluların suç işlemeleri neticesinde elde edecekleri faydadan daha fazla olması gerektiği hususunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla cezaların işlenen suçlarla orantılı bulunması gerekir. Zira orantısız cezalar suç-ceza dengesini bozacaktır. Cezanın işlenen suça nazaran çok ağır olması durumunda hem bireyde hem de toplumda hakkaniyete uygun davranılmadığı kanaati oluşacaktır. Cezanın işlenen suça nazaran çok hafif olması durumundaysa, caydırıcılık tesiri uyandırılmayacağından suç rasyonel bir tercih hâline gelecektir¹¹⁵.

Cezanın orantılılığı ile cezanın ‘genel önleme’ ve ‘özel önleme’ amaçları arasındaki hassas ilişkiden bahsedilirken muhakkak değinilmesi gereken şahsiyetlerden bir diğeri de, İngiliz düşünür Jeremy Bentham’dır. Jeremy Bentham da suçlar ile cezalar arasındaki oran mevzusunu ele almış ve bu mevzuyu izah edebilmek amacıyla bazı kurallar belirlemiştir¹¹⁶. Bu kuralların; a) “Cezalandırmanın ortaya koyduğu kötülük (zarar), suçun suçluya sağladığı avantajı geçmelidir.”¹¹⁷, b) “Cezalandırmadaki kesinlik ne kadar yetersiz ise, ceza o kadar şiddetli olmalıdır.”¹¹⁸, c) “İki suçun birleşmesi durumunda,

¹⁰⁸ Aksoy Retornaz, s. 98.

¹⁰⁹ Dolu, s. 99.

¹¹⁰ Aksoy Retornaz, s. 98.

¹¹¹ Beccaria, s. 129.

¹¹² Eskici, s. 74.

¹¹³ Aksoy Retornaz, s. 98.

¹¹⁴ Eskici, s. 74.

¹¹⁵ Aksoy Retornaz, s. 99.

¹¹⁶ Jeremy Bentham suç ile ceza arasındaki oran mevzusuna, hem “An Introduction to The Principles of Morals and Legislation” adlı eserinde hem de “The Theory of Legislation” adlı eserinde yer ayırmıştır (Aktaş, s. 14). Bentham’ın bu mevzudaki görüşleri hakkında teferruatlı bilgi için bkz. Yücel, Mustafa Tören. “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105, 2013, s. 20-21.

¹¹⁷ Bentham, Jeremy. *The Theory of Legislation*, (Edited C. K. Ogden), Routledge Kegan Paul, London, 1931, s. 325. Ayrıca Jeremy Bentham, “The Rationale of Punishment” adlı eserinde suç ile ceza arasındaki oran mevzusunda şu ifadeler yer vermiştir: “Elem ve haz insan eylemlerinin iki büyük ürünüdür. Eğer kişi, bir eylemin sonucu olarak elem duyacağını algılar veya öngörürse, daha önce görüldüğü gibi, kesin bir biçimde bu eylemi yapmaktan kaçınacaktır. Elemin görünen büyüklüğü veya değeri, eylemin beklenen sonucu olarak hazın görünen değerinden daha büyük olursa kişi bu eylemi yapmaktan mutlaka kaçınacaktır”. Bentham, Jeremy. *The Rationale of Punishment*, Published by Robert Heward, London, 1830, s. 19-20 (Nakleden: Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 242).

¹¹⁸ Bentham, s. 325. Cezanın miktarı az olsa bile, şayet cezalandırma kesin ise bir şahıs, o suçu işlemeyi göze almaz (Aktaş, s. 14).

suç işleyenin daha hafif suçu işledikten sonra daha büyüğünü işlememesi için, daha büyük suç daha şiddetli cezaya bağlanmalıdır.”¹¹⁹, d) “Suçun neden olduğu zararın büyüklüğü oranında ceza bağlamındaki bedel de büyük olmalıdır.”¹²⁰ ve e) “Bütün suçlular için aynı suçtan dolayı aynı ceza verilmemelidir; esnekliği gerektiren bazı şartları göz önünde tutmak gerekir.”¹²¹ biçiminde bir sıralamaya tabi tutulması mümkündür. Bentham’a göre, cezalar ‘toplumsal yarar’ düşüncesiyle belirlenmediği takdirde suçlar ile cezalar arasında denge kurulması söz konusu olmaz¹²².

Tekrardan belirtmek gerekir ki; soyut ceza ‘genel önleme’ ve ‘özel önleme’ amaçlarını yerine getirmek için elverişli değilse, suç ile soyut ceza arasında orantılılık sağlanamaz. Bu bağlamda, soyut cezanın tamamen ‘genel önleme amacı’ baz alınarak şekillendirildiği veya tamamen ‘özel önleme amacı’ baz alınarak şekillendirildiği bir sistemde de orantılılıktan bahsedilemez. Soyut cezanın orantılılık vasfını kazanabilmesi, ‘genel önleme ruhu’yla ‘özel önleme ruhu’na uzlaştırılabilmesine bağlıdır.

Örneğin; hürriyete kavuşma ihtimali olmaksızın hükmedilen müebbet hapis cezaları, orantılılık prensibini zedelediği gerekçesiyle, son yıllarda doktrinde hararetli tartışmaların yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim AİHM Büyük Dairesi, hürriyete kavuşma ihtimali olmaksızın hükmedilen müebbet hapis cezasını insanlık dışı bir ceza olarak nitelendirmiştir¹²³. AİHM’ye göre, müebbet hapis cezalarında da hükümlülere bir gün serbest kalabilme umudu sunulmalı ve infazın herhangi bir safhasında cezanın yeniden gözden geçirilmesine imkân sağlayan bir mekanizma oluşturulmalıdır. Burada önemli olan, hükümlünün fiilen serbest kalması değil, bir gün serbest kalabileceği umuduyla cezasını çekmesidir¹²⁴.

AİHM; suç teşkil eden fiil ne kadar ağır ve can yakıcı olursa olsun, o suç için hürriyete kavuşma ihtimali olmayan müebbet hapis cezası öngörülmesini orantılılık prensibine aykırı bulmaktadır. AİHM, hürriyete kavuşma ihtimali olmaksızın hükmedilen müebbet hapis cezasını ‘faili rehabilite ederek topluma kazandırma’ misyonu taşımadığı için orantılılık prensibine aykırı bulmakta ve “insanlık dışı ceza” olarak nitelendirmektedir. Hakikaten de söz konusu ceza; ‘kefare’ ve ‘genel önleme’ anlayışlarıyla şekillendirilmiş, ‘özel önleme’ anlayışını ise dışlamıştır. ‘Genel önleme ruhu’yla ‘özel önleme ruhu’nu uzlaştıramadığı için orantılılık vasfını haiz değildir¹²⁵.

¹¹⁹ Bentham, s. 326. Örneğin; soygun yapmak için cinayet işleyecek bir şahıs, şayet cinayetin cezası soygunun cezasından fazla ise cinayeti gerçekleştirmeyip sadece soygunla yetinecektir (Aktaş, s. 15).

¹²⁰ Bentham, s. 326.

¹²¹ Bentham, s. 327. Örneğin; aynı miktardaki bir para cezası zengin bir şahıs için ehemmiyet teşkil etmezken, fakir bir şahıs için yıkım sebebi olabilir (Aktaş, s. 15).

¹²² Bentham, ceza hukukunda da toplumsal yarara ehemmiyet verir. Ancak ünlü düşünürüne göre, cezalar çok sert ve derin üzüntü verici olmamalıdır. Cezalar belirlenirken bireysel yararlarla toplumsal yarar uzlaştırılmalıdır (Öktem, Niyazi/Türkbağ, Ahmet Ulvi. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 3. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2003, s. 321).

¹²³ AİHM Büyük Dairesi, Kafkaris/Kıbrıs, T. 12.02.2008, Başvuru No. 21906/04. Bkz. benzer yönde Lorgov (II)/Bulgaristan, T. 02.09.2010, Başvuru No 36295/02 (Akbulut, Berrin/Demirkol, Neslihan/Turan, Taha Yasin. İnfaz Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 39, dn. 79).

¹²⁴ AİHM Büyük Dairesi, Vinter ve Diğerleri/Birleşik Krallık, T. 09.07.2013, Başvuru No 66069/09, 130/10 ve 3896/10. Bkz. benzer yönde Öcalan/Türkiye (No 2), T. 18.03.2014, Başvuru No 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07 (Akbulut/Demirkol/Turan, s. 39, dn. 79).

¹²⁵ 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (R.G. 29.12.2004, s. 25685) 107/16 ncı maddesinde ve 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun (R.G. 12.04.1991, S. 20843 Mükerrer) 17/4 üncü maddesinde bazı müebbet hapis cezası hükümlülerine şartla salıverilme yolu kapatılmıştır. Dolayısıyla hürriyete kavuşma ihtimali olmayan müebbet hapis cezası, hukuk sistemimizde etkin bir konuma sahiptir. Hukuk sistemimizin daha adil ve tutarlı bir yapıya kavuşabilmesi için bazı müebbet hapis cezası hükümlülerine şartla salıverilme yolunu kapatan kanuni düzenlemeleri kaldırmak; fakat şartla salıverilme kararının verilmesi sırasında ‘iyi hâllilik’ koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek için

Burada yeri gelmişken Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2015 tarihli, 2015/26 esas, 2015/100 karar sayılı kararına¹²⁶ da değinmek gerekmektedir. Zira bu kararda Mahkeme, 'özel önleme' ruhunu taşımayan bir cezanın orantılı olarak nitelendirilemeyeceğinin altını çizmiştir.

Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nde görülen dava neticesinde, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Tük Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹²⁷ ile cezasının alt sınırı sekiz yıldan on altı yıla çıkarılan cinsel istismara ilişkin hüküm, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. TCK'nın iptal edilen 103/2. maddesi "(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur" hükmünü ihtiva ediyordu. Anayasa Mahkemesi; iptal gerekçesinde, suç tipine göre fiil ile müeyyide arasında makûl ve hakkaniyete uygun bir denge bulunması gerektiğine ve suç tipinde cezalandırmada güdülen maksatla ölçülü bir müeyyideye yer verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yine; iptal gerekçesinde hâkime olaya mahsus takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk müesseseleri öngörmeyen bu müeyyidenin, her somut olayın kendine has özelliklerinin nazar-ı itibara alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet programları uygulanması imkânını ortadan kaldırdığı vurgulanmıştır. Kararda suç tipindeki müeyyidenin, akrantar arasındaki cinsel münasebet vakaları ve mağdurların evlenme yaşına ulaştıklarında faillele yaşadıkları birliktelikleri evliliğe dönüştürdükleri vakalar için adaleti sağlamaktan uzak olduğu ifade edilmiştir. Oy çokluğuyla (9/8) verilen bu karar, Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir.¹²⁸ Kararda müeyyidenin; faili rehabilite ederek topluma kazandırma amacını, yani özel önleme amacını yerine getirmeye elverişli olmadığından ötürü orantısız bulunması da son derece çarpıcıdır. Kanun koyucunun 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la¹²⁹ yeniden düzenlediği TCK'nın 103/2. maddesi bugün "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz" şeklindedir. Görüldüğü üzere; kanun koyucu, iptal kararındaki gerekçeleri tam manasıyla karşılayacak bir düzenlemeyi ortaya koymamıştır.¹³⁰

4. Benzer Hukuki Değerleri Koruyan Suçlar İçin Öngörülen Cezalar

Suçla soyut ceza arasında bulunması gereken orantılılık aynı zamanda kanunda benzer hukuki değerleri¹³¹ koruyan farklı suçlar için öngörölmüş soyut cezalar arasında da mevcut olmalıdır. Bu durum, toplumsal tercihlerle olduğu kadar hukukun genel prensipleriyle de ilgili bir meseledir¹³².

Belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi bilhassa aynı hukuki değeri koruyan suçlardan birinin farklı bir hukuki değeri daha korumasının, bu suçta daha fazla ceza verilmesini haklı kıldığını kabul

uygulanacak prosedürü de daha objektif kurallara bağlamak gerekmektedir (Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 180).

¹²⁶ Bkz. R.G. 11.12.2015, S. 29559.

¹²⁷ R.G. 28.06.2014, S. 29044.

¹²⁸ Özar, s. 413-414.

¹²⁹ R.G. 02.12.2016, S. 29906.

¹³⁰ Özar, s. 414.

¹³¹ Hukuki değer, ceza hukuku bakımından ehemmiyet taşıyan her davranış normunun ve ceza normunda yer alan kanuni tipin çekirdeğidir (Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 445). Hukuki değer, umumi olarak ceza normunun manasını ve maksadını ifade eden bir kavramdır; suç tipinin konuluş amacıdır (Düzenli, Hilal. "Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2020, s. 1207). Hukuki değer, maddi olmayıp, soyut ve düşünsel olarak kavranabilir mahiyettedir (Ünver, s. 534).

¹³² İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 27.

etmektedir¹³³.

Örneğin; 29.04.1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol Ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis Ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un¹³⁴ 5/1-b maddesinde "yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma" suçunun cezasının alt sınırı dört yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. Buna mukabil; benzer mahiyette bir suç olan ve TCK'nın 228/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun cezasının alt sınırı ise genel hükümlere göre bir ay hapis cezası olarak belirlenmiştir. Yine, TCK'nın 228/2. maddesinde düzenlenmiş bulunan çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlama hâlinde ise cezanın alt sınırı iki ay hapis cezası olarak belirlenmiştir. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarında seçenek yaptırımlara çevirme, cezanın ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi müesseselerin uygulanabilmesi mümkün iken, yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma suçlarında bahsedilen müesseselerin uygulanabilmesi mümkün değildir. Görüldüğü üzere, birbirine benzer mahiyette bulunan "yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma" suçu ile "kumar oynanması için yer ve imkân sağlama" suçu için öngörülen cezalar birbirinden oldukça farklıdır. Yerel mahkeme; "yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma" suçunun, bütün bir toplumu ilgilendiren "kumar oynanması için yer ve imkân sağlama" suçuna göre daha ağır bir müeyyide içermesinin onu ölçüsüz bir hâl getirdiği ve "yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma" suçunda fiil ile müeyyide arasında makûl ve adalete uygun bir denge bulunmadığı gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise¹³⁵, her iki kuralın benzer şekilde düzenlenmiş olmasına karşılık farklı hukuki değerleri koruduğunu ifade etmiştir. Hakikaten de itiraz konusu kuralla, TCK'nın 228. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, devletin verdiği izinle ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali menfaatleri de korunmaktadır. Ayrıca kararda; bahis ve şans oyunu oynatmanın kara para aklama vasıtası olması, internetin rahat ulaşılabilir olmasının gençlerin istismarını kolaylaştırması ve mevcut müeyyidenin yetersiz kalması sebeplerinden ötürü anılan suçun cezasında arttırıma gidildiği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, "yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma" suçu ile "kumar oynanması için yer ve imkân sağlama" suçu için farklı cezalar öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı neticesine ulaşmıştır¹³⁶. Bütün bunlara ilave olarak vurgulamak gerekir ki, cumhurbaşkanına hakaret suçunu tanzim eden TCK m.299 yönünden de Anayasa Mahkemesi¹³⁷ aynı gerekçeye müracaat etmiştir¹³⁸.

III. Suç ile Soyut Ceza Arasındaki Orantılılık Prensibinin İstisnaları

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık prensibinin son yıllardaki değişimi neticesinde bu prensibin bazı istisnaları ortaya çıkmıştır. Söz konusu prensibin en önemli istisnalarından birini failin şahsiyetinin cezanın belirlenmesinde tesirli olması hususu oluşturmaktadır. TCK'nın 61/10. maddesi gereği, ceza belirlenirken en son safhada TCK'nın 62. maddesinde sayılan¹³⁹ veya bunlar gibi failin şahsiyetine ilişkin hususlar takdirli indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir. Böyle bir vaziyette fiil

¹³³ Düzenli, s. 1215.

¹³⁴ R.G. 09.05.1959, S. 10201.

¹³⁵ AYM, E. 2016/51, K. 2016/179, T. 23.11.2016 (R.G. 13.12.2016, S. 29917).

¹³⁶ Düzenli, s. 1215, dn. 141.

¹³⁷ AYM, E. 2016/25, K. 20016/186, T. 14.12.2016 (R.G. 03.01.2017, S. 29937).

¹³⁸ Düzenli, s. 1215, dn. 141; Özar, s. 426-427.

¹³⁹ TCK'nın 62. maddesine göre; takdiri indirim nedeni olarak, failin mazisi, failin içtimai münasebetleri, failin fiilden sonraki ve yargılama safhasındaki davranışları, cezanın failin istikbali üzerindeki muhtemel tesirleri gibi unsurlar dikkate alınabilir.

ile ceza arasındaki orana failin şahsiyeti sınırlı bir şekilde de olsa müdahalede bulunmaktadır. Failin şahsi özellikleri cezayı etkilemektedir¹⁴⁰.

Söz konusu prensibin diğer bir istisnasını ise cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanması suretiyle infazı (Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 105/A) ve şartla salıverilme (Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 107) müesseseleri oluşturmaktadır. Cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanması suretiyle infazı ve şartla salıverilme müesseselerinin istismar edilerek hapisaneleri boşaltmak için kullanılması, suç ile soyut ceza arasındaki dengeyi bozmaktadır.

SONUÇ

Suç işlemek suretiyle toplumsal düzeni bozmuş olan şahısların cezalandırılmaları adaletin tesis edilebilmesi için yeterli değildir. Zira adalet, ancak verilen cezaların işlenen fiiller ile orantılı bulunması hâlinde tesis edilebilir¹⁴¹.

Suçlar ile cezalar arasında orantılılığın sağlanmasında hem kanun koyucuya hem de hâkime önemli görevler düşmektedir: Suç ile soyut ceza arasında orantılılığı temin etme görevi kanun koyucuya düşmektedir. Suç ile somut ceza arasında orantılılığı temin etme görevi ise hâkime düşmektedir.

Suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık prensibinin şekillenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin bu mevzuda verdiği kararlar ziyadesiyle tesirli olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, suçlar ile onlara uygulanacak olan müeyyidelerin saptanması hususunda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Mahkeme, bir suç için öngörülen cezanın söz konusu suçla orantılı olup olmadığını ancak AİHS m. 3 (işkence yasağı) kapsamında değerlendirmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu konuda keskin bir tavır sergilediğini ifade etmek mümkün değildir. Aynı şekilde; Anayasa Mahkemesi de, önüne gelen olaylarda suç ile soyut ceza arasındaki orantılılık meselesini incelerken-kanun koyucunun iradesine duyduğu saygıdan ötürü-çekingen ve mesafeli bir tavır sergilemektedir. Elbette Anayasa Mahkemesi'nin de, kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisine saygı duyması gerekmektedir. Ancak; Anayasa Mahkemesi bunu, orantılılık denetiminden vazgeçerek yerine getirmemelidir. Anayasa Mahkemesi'nin orantılılık ilkesini göz ardı etmesi, onun kanun koyucunun iradesine duyduğu saygının bir tezahürü olarak değerlendirilemez¹⁴².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları mercek altına alındığında, suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığın sağlanabilmesi için dört ölçütün dikkate alınması gerektiği neticesine ulaşılır. Bu ölçütler; a) Suç teşkil eden fiilin ağırlığı, b) failin fiili gerçekleştiriş şekli, c) fiilin cezalandırılmasıyla güdülen 'genel önleme' ve 'özel önleme' amaçları, d) benzer hukuki değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar olarak sıralanabilir.

Hangi fiillerin suç olarak tanzim edileceği ve suç olarak tanzim edilen fiiller için hangi müeyyidelerin gündeme geleceği kanun koyucunun takdirindedir. Ancak; kanun koyucunun, bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması hususunu da göz ardı etmemesi gerekmektedir. Kanun koyucunun dengeyi sağlayabilmek amacıyla fiilin kamu düzenini ihlal ediş şekli, fiilin toplumda sebebiyet verdiği infial, fiilin toplum üzerinde bıraktığı tesirler, fiilin şahısları içine düşürdüğü tehlike hâli, fiilden zarar görenlerin şahsiyetleri, fiilin -kendisinden zarar görenler üzerinde oluşturduğu- tahribatın azlığı veya çokluğu, fiilin işlenme oranındaki azalma veya artış, cezanın

¹⁴⁰ Toroslu, s. 72-73.

¹⁴¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 81.

¹⁴² Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı hakkında benzer görüş için bkz. Sağlam, s. 124.

caydırıcılık misyonu, cezanın faili topluma yeniden kazandırma misyonu, cezanın faile bedel ödetme misyonu, cezanın insan onuruna aykırı ve zalimane olmaması prensibi vb. etkenleri nazar-ı itibara alarak düzenleme ihdas etmesi şarttır.

Kanun koyucu; benzer nitelikteki fiilleri de, bunların toplum üzerinde bıraktığı tesirleri ve kamu düzenini ihlal ediş düzeyini dikkate alarak, farklı müeyyidelere tabi tutabilir. Kanun koyucunun böyle düzenlemeler yapmasının önüne hukuki bariyerler çekilemez. Ancak; benzer nitelikteki fiiller -muhtelif gerekçelerle- farklı müeyyidelere tabi tutulacaksa, bu müeyyideler arasında da bir dengenin kurulması hususunda ihtimamlı davranılmalıdır.

Kanun koyucu, çıkardığı düzenlemelerde ceza hâkimine onun somut olayın kendine has şartlarını göz önünde bulundurabilmesi, somut olayda kamu yararı ile failin yol açtığı zarar arasında denge kurabilmesi için esneklik tanımak mecburiyetindedir¹⁴³.

Bilhassa son yıllarda ülkemizde kanun koyucuda muhtelif suçlar için öngörülen cezaları her fırsatta arttırma şeklinde bir temayül ortaya çıkmıştır. Kanun koyucunun böyle bir temayül göstermesinin temelinde suç oranlarının artması, ekonomik ve sosyal problemler, toplumda suça karşı oluşan post modern öfke, popülist cezalandırıcılık anlayışı gibi sebepler¹⁴⁴ yatmaktadır. Gündelik tepkilerin dindirilebilmesi adına suçlar ile soyut cezalar arasındaki dengenin bozulması ceza hukukunun içinin boşaltılması manasına gelir¹⁴⁵. Çok şiddetli ve ağır cezaların suç işlenmesini engellemesi pek kabil değildir. Hatta bahsedilen türdeki cezalar suç işleyenlerin kalplerindeki merhamet hissini de yok ederek suç ve suçlu sayısının artmasına sebebiyet verebilir¹⁴⁶.

Ülkemizde kanun koyucu, yukarıda zikredilen sebeplerden ötürü, muhtelif suçlar (bilhassa da cinsel suçlar ve uyuşturucu suçları) için öngörülen cezaları her fırsatta arttırmaktadır. Buna mukabil; kanun koyucu, cezanın denetimli serbestlik tedbiri uygulanması suretiyle infazı ve şartla salıverilme müesseselerinde her fırsatta değişiklik gerçekleştirerek hükümlülerin cezaevlerinde kalma sürelerini kısaltmaktan da imtina etmemektedir. Kanun koyucunun bu çelişkili suç politikası, ceza hukukunun itibarını zedelemektedir; suç ile soyut ceza arasındaki orantılılığı bozmaktadır. Cezanın tesirli olması, ağırlığına değil, mutlak ve kaçınılmaz olmasına bağlıdır. Her ne olursa olsun; çekilmeyeceği bilinen, kağıt üstünde kalmış ağır bir cezanın topluma fayda sağlayamayacağı aşikârdır.

Suç için öngörülen soyut ceza, suçun haksızlık muhteviyatıyla örtüşmeyecek şekilde ağır olmamalıdır. Soyut cezalar suçlara göre çok ağır olduğunda hâkimlerin vicdanında yer bulamamakta ve bu kez hâkimler, kabil olduğunca ceza tayini yoluna gitmemekte ve böylece sanıklar cezasız kalabilmektedir¹⁴⁷. Ayrıca, soyut cezalar suçlara göre çok ağır olduğunda caydırıcılık ve rehabilite etme özelliklerini de kaybetmektedir. Suçlara göre çok hafif kalan soyut cezalar ise ihkak-ı hakkı toplumda meşru zemine oturtmakta, suç oranlarını ciddi şekilde arttırmakta, kollukta işkence olaylarının yaşanmasına yol açmakta ve hâkimlerin cezaları her olayda üst sınırdan hükmetmelerine zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla modern ceza hukukunun maşeri vicdanda meşruiyetini ilan etmesinin yolu suçlar ile soyut cezalar arasında makûl bir denge kurmasından geçmektedir.

¹⁴³ Weigend, s. 918

¹⁴⁴ Bahsedilen sebepler hakkında teferruatlı bilgi için bkz. Yücel, Yeni Türk Ceza Siyaseti, s. 27-28.

¹⁴⁵ Haksızlık muhteviyatı az olan suçlara çok şiddetli ve ağır cezaların verilmesi, halkın sempatisini bahsedilen suçları işleyen şahısların üzerine çekecektir. Luski, Harold. *Düşünce Özgürlüğü* (Çeviren: Yücel Sayman), Fol Kitap, İstanbul, 1966, s. 59 (Nakleden: Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 33).

¹⁴⁶ Yanyalı Ali Rıza/Orfanidis, Vasilaki. *Ceza Hukuku Felsefesi* (Mizan-ı Ceza'nın İlk Kısmı: Hikmet-i Ceza), Prof. Dr. Fethi Gedikli'nin Takdimiyle Yayına Hazırlayan: Yasin Yılmaz, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2021, s. 124).

¹⁴⁷ Hakeri, s. 52.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Akbulut, Berrin/Demirkol, Neslihan/Turan, Taha Yasin. *İnfaz Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Aksoy Retornaz, Emine Eylem. “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 112, 2014, s. 93-106.
- Aktaş, Sururi. “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 1-25.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 10, s. 3-27.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 3, s. 275-281.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 4, s. 175-215.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 2016.
- Artuk, Mehmet Emin/Yılmaz, Erkam. “Teorik Açından Güvenlik Tedbirleri”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, İstanbul, 2020, s. 7-44.
- Bayraktar, Köksal. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2003, s. 3-19.
- Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çeviren: Sami Selçuk), 6. Baskı, İmge Yayınları, Ankara, 2016.
- Bentham, Jeremy. *The Theory Of Legislation* (Edited C. K. Ogden), Routledge Kegan Paul, London, 1931.
- Centel, Nur. “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, İzmir, 2001, s. 337-372.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Dinler, Veysel. “Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine”, *Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 128, 2019, s. 153-167.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 1, 2. Tıpkı Bası, Legal Kitabevi, İstanbul, 2016.

- Dolu, Osman. “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama Ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 11, S. 4, 2009, s. 89-120.
- Düzenli, Hilal. “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2020, s. 1191-1229.
- Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Eskici, Beyza. *Cesare Beccaria'nın Suç ve Ceza Felsefesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Projesi, Kayseri, 2016.
- Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 6. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2005.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Gürkan, Ülker. “Montesquieu ve Kanunların Ruhu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1, 1988, s. 9-31.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener. *İçel Yaptırım Teorisi*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Metin, Yüksel/Dinler, Veysel. “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılı Armağanı*, 2012, s. 3-54.
- Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.
- Öktem, Niyazi/Türkbağ, Ahmet Ulvi. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 3. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2003.
- Özar, Süleyman. “Anayasa Mahkemesi'nin Esastan İncelediği Normlar Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun On Altı Yılı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2021, s. 409-438.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

- Roxin, Claus/İsfen, Osman. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri” (Çeviren: Osman İsfen), Suç Politikası, 2006, s. 277-294.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Taneri, Gökhan. “Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2016, s. 127-162.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Toroslu, Halûk. *Ceza Müeyyidesi*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Töngür, Ali Rıza/Çetintürk, Ekrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Tören, Mustafa Yücel. *Kriminoloji*, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.
- Turhan, Faruk. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, 2007, s. 171-196.
- Üçok, Coşkun. *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 1957.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Üzülmez, İlhan. “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 203-235.
- Weigend, Thomas. “Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt”, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999.
- Yalçın, Türkan/Köprülü, Timuçin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Yanyalı Ali Rıza/Orfanidis, Vasilaki. *Ceza Hukuku Felsefesi (Mizan-ı Ceza’nın İlk Kısmı: Hikmet-i Ceza)*, Prof. Dr. Fethi Gedikli’nin Takdimiyle Yayıma Hazırlayan: Yasin Yılmaz, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2021.
- Yavuz, Can. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 145, 2019, s. 13-52.
- Yüce, Turhan Tufan. “Suç ile Ceza Arasındaki Nisbetsizliğin Anayasaya Aykırılığı Problemi ve Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 47, S. 3-4, 1973.
- Yücel, Mustafa Tören. “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105, 2013, s. 11-34.
- Yücel, Mustafa Tören. *Yeni Türk Ceza Siyaseti*, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011. (Yeni Türk Ceza Siyaseti)
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Asgari Eşik Ölçütü

Sümeyye ULUSOY *

¹ KTO Karatay Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 26.12.2023

Kabul Tarihi: 22.05.2024

Yayın Tarihi: 26.06.2024

Anahtar Kelimeler:

İşkence,

İnsanlık Dışı Muamele, Eziyet,

Kötü Muamele, Asgari Eşik

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde koruma altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı, doğrudan doğruya kişinin vücut bütünlüğü ve insanlık haysiyetini korumaya yönelik, en temel hakları koruma altına alan bir haktır. Bu hakkın ihlali olarak kabul edilen işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleler, birbirinden ayırt edilmesi oldukça zor ve muğlak ölçütlere bağlanmıştır. Buna göre bireyi aşağılayan, haysiyetini yaralayan, maddi ve manevi acı ve ıstırap çekmesine sebep olan bu tür bilinçli ve kasti uygulamaların en ağır işkence olarak kabul edilmiştir. Orta ağırlıkta olan ise Sözleşmedeki ifadesiyle insanlık dışı muamele, Anayasa'daki ifadesiyle eziyet, en hafifi ise Sözleşmedeki ifadesiyle aşağılayıcı muamele, Anayasa'daki ifadesiyle insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameledir. Söz konusu muamelelerin belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin en temel ölçütü asgari eşik ölçütüdür. Buna göre asgari eşik ölçütü, mağdurun hem subjektif unsurlarını hem de objektif unsurlarını dikkate alarak muamelelerin hangi kötü muamele türü arasında değerlendirileceğini belirlemeye yarayan ölçüttür. Söz konusu çalışmanın amacı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında, muğlak bir ölçüt olan asgari eşiği olabildiğince belirginleştirmektir.

The Criterion of Minimum Threshold Range for the Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Light of the European Court of Human Rights and Constitutional Court Decisions

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 26.12.2023

Accepted: 22.05.2024

Published: 26.06.2024

Keywords:

Torture,

Inhuman Treatment,

Torment,

Minimum Threshold Range.

The prohibition of torture and ill-treatment, protected in Article 3 of the European Convention on Human Rights and Article 17 of the 1982 Constitution, is a right that directly safeguards the most fundamental rights to protect the physical integrity and human dignity of the person. Torture and inhuman and degrading treatment, which are considered a violation of this right, are subject to highly indistinguishable and ambiguous criteria. Accordingly, the severest one of such conscious and deliberate practices that humiliate people, injure their dignity, and cause them material and moral pain and suffering, is considered torture. The moderate one is inhuman treatment as expressed in the Convention and torment as expressed in the Constitution, and the mildest one is degrading treatment as expressed in the Convention and treatment incompatible with human dignity as expressed in the Constitution. The most basic criterion of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court in determining the said treatments is the minimum threshold range. Accordingly, the minimum threshold range is the criterion that serves to determine which type of ill-treatment will be evaluated by considering both the subjective and objective elements of the victim. The present study aims to make the minimum threshold range, an ambiguous criterion, as clear as possible in the context of the decisions of the



To cite this article:

Ulusoy, S. (2024). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Asgari Eşik Ölçütü, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 197-223. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.115>

* sumeyye.ulusoy@karatay.edu.tr

GİRİŞ

İşkence ve diğer kötü muamele türlerine maruz kalmama, her insan için dokunulamaz ve istisnası olmayan bir haktır. İnsanın maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki hakları, doğuştan var olan haklarıdır ve kullanılması için herhangi biri tarafından ya da devlet tarafından tanınmasına gerek yoktur. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ve Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen bu hak, mutlak niteliklidir; dolayısıyla devletler herhangi bir sebeple bu hakkın ihlalinin haklı gösteremezler.

İşkence yasağı, kendi içinde mağdurların, muameleler karşısında çektiği acı ve ıstırapın yoğunluğuna göre farklı kategorilere ayrılmaktadır. Bu kategorilendirmede en ağır muamele olarak kabul edilen tür işkencedir. Orta ağırlıkta olduğu kabul edilen muamele türü insanlık dışı muamele, en hafif muamele ise aşağılayıcı ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muameledir. Bir muamelenin hangi tür muamele olarak değerlendirildiği, uluslararası alanda devletler açısından büyük öneme sahiptir. Çünkü hiçbir devlet, sebep olduğu bir muameleden dolayı işkence uygulayan devlet olarak anılmak istemeyecektir.

Kötü muamele türleri arasında belirleyici ayrımların yapılmasında birçok ölçüt bulunmakla birlikte asgari eşik ölçütü temel ölçüt olma değerini taşımaktadır. Bu çalışmanın amacı da bu temel değer belirlenmesini kısmen de olsa sağlamaktır. Önemle belirtmek gerekir ki çalışmanın amacı her ne kadar işkence yasağı açısından asgari eşik belirlenmesi şeklinde belirtilmiş olsa da asgari eşik, her somut olay açısından ayrı olarak değerlendirilmesi gereken, oldukça kaygan bir zeminde yer alan önemli bir ölçüdür. Ancak ölçünün, belirli bir standarda bağlanması zordur. Bu sebeple çalışmanın amacı tam bir standart belirleme yapmak değil; standarda en yakın ilkeleri belirlemektir. Belirtilen amaca ulaşmak için çalışmada, kötü muamele yasağı ve asgari eşik ölçütü, AİHS ve 1982 Anayasası bağlamında değerlendirilmiştir. Her iki başlık altında işkence ve kötü muamele türleri ayrıca açıklanmış ve bu türlerin asgari eşiklerinin belirlenmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları içinde öne çıkmış, konu ile ilgili kararlara yer verilmiştir.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ve Asgari Eşik Ölçütü

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi, bireyin maddi ve manevi bütünlüğünün önemli bir parçasıdır ve uluslararası hukukta mutlak olarak yasaklanmış olan¹, savaş halleri de dahil olmak üzere sınırlandırılmasında hiçbir istisna kabul etmeyen işkence ve kötü muamele yasağını koruma altına almaktadır². AİHS'in 3. maddesine göre “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı

¹İşkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği genel nitelikli bildiri ve sözleşmeler:

“10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesinde, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin 3. maddesinde, 20 Kasım 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi'nin 37. maddesinde, 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, 26 Haziran 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 19 Eylül 1981 tarihli İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi'nin 7. maddesinde, 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 ve 39. maddelerinde, 20 Aralık 1993 tarihli BM Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi'nin 3. maddesinin h bendinde, 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (Roma Statüsü)'nün 8. ve 55. maddelerinde, 9 Haziran 1994 tarihli Amerikalulararası Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Sözleşme'nin 2. ve 4. maddelerinde, 14 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 4. maddesinde, 11 Temmuz 2003 tarihli Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü'nün 4. maddesinde, 11 Mayıs 2011 tarihli Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi'nin 61. maddesinde.”

İşkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği özel nitelikli bildiri ve sözleşmeler:

“9 Aralık 1975 tarihli BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, 10 Şubat 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 9 Aralık 1985 tarihli Amerikalulararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi, 9 Ağustos 1999 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), 4 Aralık 2000 tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezalandırmanın Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesi İlkeler”. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yılmaz, Enes/Acar, Eray. “Uluslararası Belgelerde Eziyet Yasağı ve Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Özel Sayı/ C. 21, 2019, s. 1378-1379; İşkencenin mutlak niteliğine yönelik yapılan itirazlara ilişkin çalışma için ayrıca Bkz. Nowak, Manfred. “Challenges To The Absolute Nature Of The Prohibition Of Torture And Ill-Treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23, no: 4, 2005; Greer, Steven, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2018; İşkence ve kötü muamelenin mutlaklığına ilişkin yapılan itirazlara karşı itiraz niteliğindeki çalışma için Bkz. Mavronicola, Natasa. “Is the Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Absolute in International Human Rights Law? A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Vol. 17, No. 3, 2017.

²Dinç, Güney. *Sorularla İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 72; Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz Gölcüklü/ Saygılı, Abdurrahman. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi)*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s. 201; Özbey, Özcan. *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s. 300; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 191; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 142; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 160; Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayınları, İstanbul, 2006, s. 1; Harris, David J. Harris/ O'Boyle, Michael. Ed P. Bates ve Carla M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehves Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 71; Önok, R. Murat. *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 160-161; Çağırın, Mehmet Emin. *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 334; Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar I. Cilt*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012, s. 125; Altıparmak, Kerem. “Anayasa

muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz.” Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu hüküm, Sözleşmeciler devletlere, yetki alanında bulunan bireylere karşı işkence ve kötü muamelede bulunmama yükümlülüğünü getirmektedir³. Bu düzenleme bireylerin hem devlete hem de birbirlerine karşı ileri sürebileceği, bireyin maddi ve manevi varlığının en sert çekirdeğini yani en dokunulamaz parçasını koruma altına almaktadır⁴. Çünkü işkence ve kötü muamele yasağı, bireyin insan olarak doğmasıyla kazandığı ve insanlık onurunun ortaya çıkardığı en temel iç değerleri koruma altına almaktadır. Bu sebeple bu hak, insanı yalnızca fiziki bir varlık olarak kabul eden ve onu bir vücuda indirgeyen düşünce yapısını reddetmektedir. Bunlarla birlikte hak, bireyin iç değerlerine yönelik saldırıları ve değerleri yok sayan, inciten muameleleri de yasak kapsamında değerlendirmektedir⁵.

İşkence ve kötü muamele yasağı, insanlık onurundan kaynaklanan tüm haklar için bir temel teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak diğer temel hak ve hürriyetlerle yoğun ilişki içindedir. Örneğin ceza yasağı, kişisel özerklik, kişi hürriyeti ve güvenliği, eşitlik gibi hak ve ilkelerle yakından ilgilidir. Bu durum ise işkence ve kötü muamele yasağı açısından farklı bazı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır⁶.

Sonuçlardan ilki, işkence ve kötü muamele yasağına iki yönlü bir koruma sağlanmasının gerekliliğidir⁷. Yani hak bağlamında devletlere, hâkimiyeti altında bulunan bireylere kötü muamelede bulunmama yükümlülüğü yüklenmesi gerektiği gibi bireyleri kötü muameleden koruma yükümlülüğünün de yüklenmesi gerekmektedir⁸. Böylelikle devlete hem pozitif hem negatif yükümlülükler getirilmektedir⁹. Devletin bu bağlamda negatif yükümlülükleri ya da yasak filleri, bireylere işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele ve cezada bulunmamasıdır¹⁰. Pozitif yükümlülükleri ise devletin bireyleri, özel kişilerin kötü muamelelerine karşı koruma yükümlülüğü, işkence ve kötü muamele yasağı hakkının kullanılması için gerekli koşulları sağlama diğer adıyla gerçekleştirme yükümlülüğü ve etkili soruşturma yapma yükümlülüğü olarak sayılmaktadır¹¹. Bu

Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 1/ C: 31, Yıl: 2015, s. 145; Yıldız, Abdulkadir. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019, s. 15; Köksal, Tuğçe Duygu. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019, s. 10; Forowicz, Magdalena. *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 190; Nowak, s. 674.

³Mutaf, Hasan. “Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, S. 1, Y.2020, s. 241; Doğru, 2006, s. 21-22; Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 162.

⁴Boyar, Oya. “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2013, s. 137; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, 2004, s. 142; Önok, s. 161.

⁵Boyar, s. 137.

⁶Boyar, s. 137-138.

⁷Boyar, s. 137-138.

⁸Mutaf, s. 241; Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 20; Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, s. 335; Yıldız, Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası, s. 22-23.

⁹Boyar, s. 138; Doğru, 2006, s. 21-22; Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 162; Harris/ O’Boyle/Bates/ Buckley, 2013, s. 109; Önok, s. 163; Çağırın, s. 335; Yıldız, s. 22-23.

¹⁰Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2004, s. 141; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 162; Doğru, 1994 s. 2; Doğru, 2006, s. 21-22, Çağırın, s. 335; Bozbayındır, Ali Emrah. “İşkence ve Muamele Yasağının Yatay Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 145, C. 13, Y. 2018, s. 49.

¹¹Özbey, s. 308-309; Tezcan/ Erdem/Sancakdar, 2004, s. 141-143; Tezcan/ Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 162; Doğru, 2006, s. 2; Harris/ O’Boyle/Bates/ Buckley, 2013, s. 109-113; Önok, s. 163-164; Çağırın, s. 335; Yıldız, s. 23; Bozbayındır, s. 50; Özel şahıslar tarafından gerçekleştirilen kötü muamelelerin işkence kavramına dahil edilmesine yönelik çalışma için Bkz. Grans, Lisa, “.The State Obligation to Prevent Torture and Other Cruel,

yükümlülüklerin ifa edilmemesi, AİHS kapsamında 3. maddenin ihlali olarak kabul edilmektedir.

İşkence ve kötü muamele yasağının diğer haklara temel teşkil etmesinin farklı bir sonucu ise bu hak ve onun temelini teşkil eden diğer hakların ihlal edildiğine ilişkin bir varsayımının ortaya çıkması halinde, haklar arasında çakışmanın meydana gelmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu soruna, yapılan bir muamelenin ya da uygulanan cezanın AİHS'in 3. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir ağırlık eşiğine sahip olması gerektiği anlamına gelen "asgari eşik ağırlığı"¹² ölçütü ile çözüm bulmuştur¹³. Buna göre her somut olayda uygulanan muamelelerin asgari eşiği geçip geçmediği belirlenecektir. O halde asgari eşiği geçen muameleler, 3. madde kapsamında; asgari eşiği geçemeyen muameleler, 3. madde ile çakışma hali içinde olan diğer haklar kapsamında değerlendirilecektir¹⁴.

AİHM, işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine yönelik başvuruları belirli aşamalara ayırarak incelemektedir. Buna göre AİHM, 3. maddenin ihlal edildiğine dair iddianın savunulabilir olduğuna kanaat getirirse ikinci aşama olan iddia sahibinin maddi ve manevi bütünlüğü ile ilgili olarak 3. madde kapsamında asgari eşiğin aşılmadığının incelemesini yapmaktadır. Asgari eşik, hem bir muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesinin yapılmasında hem de bu muamele 3. madde kapsamında değerlendirilse bile bunun işkence mi, insanlık dışı muamele mi yoksa aşağılayıcı muamele mi olduğunun belirlenmesi noktasında önem arz eden bir ölçüttür¹⁵. Kısacası işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında asgari eşiğin belirlenmesi, AİHS'in 3. maddesinin kapsamının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Buna göre devletin negatif yükümlülüğü bağlamında, yasak fiillerin tanımlanmasının ardından, AİHM'in şimdiye kadar hangi fiilleri işkence ya da kötü muamele kapsamında değerlendirildiğinin belirlenmesini yapmak asgari eşiği somutlaştırmak açısından fayda sağlayacaktır.

B. AİHM Bağlamında İşkence ve İşkencenin Asgari Eşiği

1. Genel Olarak İşkence Kavramı

İşkence, insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı davranış, zalimane davranış, aşağılayıcı ceza ve onur kırıcı ceza, aslında kötü muamelenin farklı türlerini oluşturmaktadır. Bununla birlikte işkencenin kötü muamele türleri arasında özel ve ağırlıklı bir yerinin olması sebebiyle işkence kavramı kötü muamele türlerinin "jeneriği" olarak kabul edilmektedir ve işkence, yukarıda sayılan kötü

Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Case of Honour-Related Violence", *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 4, 2015.

¹² Bu ifadenin orijinal dilde karşılığı "minimum level of severity" veya "the minimum threshold of gravity" şeklindedir.

¹³ Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001, s. 105; Boyar, s. 137-138; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 201; Tezcan/ Erdem/Sancakdar, 2002, s. 191; Doğru, 2006, s. 3; Harris/ O'Boyle/Bates/Buckley, s. 72; Önok, s. 182; Yıldız, s. 17; Kuzguncu, Kübra. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı Ve Yasağın Türkiye'de Uygulanması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 65.

¹⁴ Önok, s. 182; Boyar, s. 137-138; Bu bağlamda işkence ve kötü muamele yasağı, özellikle Sözleşmenin 5. maddesi ve 8. maddesi ile yakın ilişki içindedir. Asgari kötü muamele yasağının asgari eşiğinin belirlenmesi açısından bu ilişkinin açıklanması önem arz etmekle birlikte bu ilişkinin ayrıca açıklanması çalışma kapsamına sığdıramayacağı için kendisi ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Ancak söz konusu çalışmanın "AİHM Kararlarında İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Yasağının Asgari Eşiği" başlıklı bölümde karar değerlendirmeleri esnasında, 5 ve 8. maddelerin 3. maddeden ayırt edici özelliklerine kısaca değinilmiştir.

¹⁵ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 155; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 201-202; Önok, s. 172; 173.

muamele türlerinden ayrı bir başlık altında incelenmektedir¹⁶.

İşkenceyi kötü muamele türlerinden ya da kötü muamele türlerini birbirinden ayıran şey aslında bir bakıma asgari eşiktir¹⁷. Muamele türlerinin her birine kesin, net çizgilerle olmamak üzere AİHM içtihatlarıyla asgari eşik tanımlanmaya çalışılmıştır. Tanımlamalar, işkence ve kötü muamele türlerinin de tanımlarını oluşturmaktadır.

İşkence, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 09.12.1975 tarihli "Herkesin İşkence ve Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Korunması Hakkında Bildiri"nin 1. maddesinde "acımasız, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ya da cezanın kasıtlı ve en ağır biçimi" olarak tanımlanmıştır. 10.12.1984 tarihli "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme"nin 1. maddesinde işkence, "*Bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi ve itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki ve rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı ve ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule acı ve ızdırapı içermez.*" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca bu tanımda bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için birtakım şartların var olması gerektiğine yer verilmiştir.

Yukarıdaki tanımlamaya göre bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için gereken şartlardan ilki işkence görenin başlattığı ya da başlattığından şüphe duyulan bir fiil olarak ifade edilebilir. Örneğin madde metninde belirtildiği gibi suç işlenmesi ya da işlemeden şüphe duyulan bir durumun yaşanması gerekir. İkinci şart, bir muamelenin işkence kategorisinde değerlendirilebilmesi için muamelenin belirli bir amaç taşımasıdır. Örneğin işkenceci, işkence görenden bir itiraf ya da bilgi almak için işkenceyi yapmış olmalı. Üçüncü şart, muamelenin bir kamu görevlisi ya da kamu gücüne benzer bir güce sahip olan kişiler tarafından yani işkence görene göre daha güçlü konumda bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Dördüncü şart ise fiziki ya da maddi anlamda ağır acılara ve ıstıraplara sebep olan bir muamelenin olmasıdır. İşkence için bu tanımda öngörülmüş olan şartlar, AİHM içtihatlarında da görülmektedir¹⁸. Aynı Sözleşmenin 16. maddesinde ise işkence dışındaki diğer kötü muamele türleri sayılmıştır. Buna göre zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezalar, işkence derecesine varmayan muameleler olarak kabul edilmiştir¹⁹.

AİHS'de işkence ile diğer kötü muamele türleri, aynı kenar başlık altında düzenlenmiştir. Bu

¹⁶Anayurt, Ömer. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1-2/Cilt: 12, Yıl: 2008, s. 425; Anayurt'a göre ne kötü muamele kavramı işkenceyi içine alabilecek kadar geniştir ne de işkencenin jenerik kavram olarak AİHS'de kenar başlık şeklinde kullanımı yeterlidir. Bu sebeple "işkence ve kötü muamele yasağı" kavramının yan yana kullanılması yoluna gidilmektedir. Ancak işkenceye bitişik diğer muameleler, genellikle işkence kavramı içinde kullanılsa da işkencenin her zaman diğer muamele türlerinden farklı bir konumu bulunmaktadır ve her zaman diğer muamele türlerinden ayrıştırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda AİHM de birçok kararında ciddi, insanlık dışı bir üslupla acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muamelelere özel bir önem atfetmek için kararlarında genellikle işkence kavramı ile diğer kötü muamele türleri arasındaki farkın mutlak olarak ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir; Kötü muamele kavramını, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin jenerik bir kavramı olarak kabul eden görüş için Bkz. Doğru, 2006, s. 1; Doğru/ Nalbant, s. 125.

¹⁷Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 201-202; Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 155; Doğru, 2006, s. 4; Kuzguncu, s. 65; Reidy, Aisling. *İşkencenin Yasaklanması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 92, Ankara, 2005, s. 12; Köksal, s. 15.

¹⁸Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", s. 427; AİHM kararları için bkz. AİHM, Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, K.T. 11.07.2000; AİHM, Corsacov/Moldavya, Başvuru No: 18944/02, K.T. 04.04.2006; AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

¹⁹Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 143.

düzenleme ise kötü muamele yasaklarından herhangi birinin ihlal edilmesi halinde aralarında ayırım yapılmaksızın hüküm kurulmasını da beraberinde getirmektedir. Ancak devletlerin uluslararası imajı için 3. maddenin hangi kötü muamele türünün işlenmesi sebebiyle ihlal edildiği önemlidir²⁰. Çünkü işkence, bütün ileri toplumlar tarafından her zaman aşağılanan bir davranış şekli olmuştur. Hiçbir devlet bu aşağılanan davranışı sergileyen devlet olarak bilinmek istememektedir²¹. Bu sebeple bir devlet işkenceci devlet olarak bilinmek yerine, diğer kötü muamele türlerini gerçekleştirmiş bir devlet olarak bilinmeyi tercih edecektir²².

AİHM, 3. maddenin ihlali ile ilgili başvurularda eğer ki işkence yasağı ihlal edilmişse bunu özellikle belirtmiştir. Çünkü devletlerin uluslararası imajı için hangi kötü muamele türünün ihlal edildiği büyük önem taşımakla birlikte, adil tatminin sağlanması için işkenceye daha fazla tazminat ödenmesi gerekmektedir²³. Ancak AİHM, işkence dışındaki diğer kötü muamele yasaklarının ihlal edilmesi halinde, bazı kararlarında yalnızca 3. maddenin ihlal edildiğine değinmekle yetinmiştir ve özellikle hangi muamele yasağının ihlal edildiğini belirtmemiştir²⁴.

AİHM, 3. maddenin ihlali ile ilgili başvurularda işkence ile kötü muamele türleri arasındaki farkı ortaya koymak için bazı ölçütlerden yararlanmıştır. Bu ölçütleri ilk olarak İrlanda/Birleşik Krallık Kararında ortaya koymuştur. AİHM, bu kararında işkence ve diğer kötü muamele türlerini kısaca tanımlamıştır ve aralarındaki farka değinmiştir. Bu kararda işkence; isteyerek gerçekleştirilen, ağır, dayanılmaz acılar veren bir insanlık dışı muamele yöntemi olarak ifade edilirken, insanlık dışı muamele, fiziksel ve ruhsal acılara yol açan uygulamalar ve diğer kötü muamele türleri ise kişilerde aşağılanmışlık duygusu oluşturan başkaları karşısında utanç duruma sokulan, küçük düşürülen, fiziksel ve ruhsal açıdan direncini kıran davranışlar olarak ifade edilmiştir²⁵.

AİHM, daha sonraki kararlarında, Sözleşmenin oldukça ciddi, zalimane acı ve ıstıraba yol açan en ağır muameleleri işkence olarak değerlendirmek istediğini belirtmiştir²⁶. Yani AİHM, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında sertlik ya da acı eşik seviyeleri arasında bir derecelendirme yapmıştır. Buna göre AİHM, işkencedeki muameleleri acı eşiğinin en tepesine, insanlık dışı muameleyi orta seviyeye, aşağılayıcı muamele ya da cezaları ise asgari eşığı geçmiş en düşük seviyeye

²⁰Anayurt, s. 429; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 156.

²¹2004 yılında Amerika Birleşik Devletleri, her sene yayınladığı insan hakları raporlarını, Irak'ta uygulamış olduğu işkence görüntülerinin ardından diğer ülkelerin alay etmesinden korktuğu için yayınlamayı reddetmiştir. Bkz. Özbey, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması, s. 208; Ayrıca işkencenin insanlığın bastırılması anlamına geldiğini savunan görüş ve işkence tarihi ve yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Scott George Ryley. *İşkencenin Tarihi*, Dost Kitapevi, Ankara, 2011; Ayrıca devletler savaş hallerinde ya da terörle mücadele faaliyetleri sırasında yapmış oldukları muamelelerin işkence olarak değerlendirilmesine durumun aciliyetini öne sürerek itiraz ederken son zamanlarda devletler de bu konuda gelişim göstermektedirler. Bkz. Forowicz, s. 190.

²²Anayurt, s. 427.

²³Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/Önok, s. 156; Nal, Sebahattin. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 15, Y.2007, s. 154-155.

²⁴Anayurt, s. 427-428; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 156.

²⁵ AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978, par. 167.

²⁶AİHM, Aydın/Türkiye, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997, Olay vuku bulduğu anda Şükran Aydın 17 yaşındadır. Babası ve yengesiyle gözaltına alınmıştır. Gözaltında iken; babası ve yengesinden ayrı ve gözleri bağlı bir şekilde tutulmuştur ve bu esnada çırılçıplak soyularak dövülmüş, tokatlanmış bir tekerleğin içine konularak yuvarlanmış, tecavüze uğramış ve tazyikli su altında bekletilmiştir. AİHM, bu olayda bir dizi kötü eylemin yanında tecavüzü de işkence kapsamında değerlendirmiştir ve Mahkeme içtihatları arasında tecavüze bağlı işkence hükmünün ilk örneğini vermiştir.

koymaktadır²⁷. AİHM, diğer birçok alanda olduğu gibi hangi muamelelerin işkence olarak kabul edildiğinin belirlenmesinde “dinamik yorum” yöntemini kullanmaktadır. Başka bir ifade ile olay hakkındaki değerlendirmelerini “günün koşulları ışığında” yapmaktadır²⁸. Buna bağlı olarak da daha önce işkence kapsamında görülmeyen bir muamele bugün işkence kapsamında değerlendirilebilmektedir²⁹. Ancak aksi pek mümkün görünmemektedir. Daha önce işkence kapsamında değerlendirilen bir muamele, AİHM tarafından günümüz anlamında işkenceden daha hafif bir tür olan, diğer kötü muamele türleri arasında değerlendirilememektedir. Çünkü AİHM kararları günümüze yaklaştıkça 3. maddenin koruma kapsamını genişletir şekilde değiştirmiştir. AİHM bu durumu, insan haklarının korunmasında standartların giderek yükseldiğini, buna bağlı olarak da toplumların temel değerlerinde ihlal söz konusu olduğunda tolerans eşiğinin daha düşük olarak değerlendirilmesini, demokratik toplumların gereği olarak açıklamaktadır³⁰. Örneğin İrlanda/Birleşik Krallık kararında işkence değil; kötü muamele kapsamında görülen beş teknik muamelesi³¹, Azzolina vd./İtalya kararında işkence kapsamında değerlendirilmiştir³². Bu karar değişikliğinden 3. maddenin koruma kapsamının genişlediği anlamı çıkmaktadır. Ancak bununla birlikte bu karar karşılaştırmasında herhangi bir muamelenin, kesin ve net çizgilerle işkence ya da diğer kötü muamele türlerinden hangisine ait olduğunun belirlenmesinin oldukça zor olduğu anlamı da çıkmaktadır³³.

BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'nin 1. maddesinde işkencenin unsurları sayılmıştır. AİHM'de çoğu zaman bu unsurları göz önünde bulundurmaktadır³⁴. Buna göre genel kabul gören işkencenin unsurları; işkencenin gerçekleştirilmiş olduğu fiilin işkence gören üzerinde ağır acı ve ıstırap verici bir niteliği bulunması, işkenceci fiilini kasten gerçekleştirilmesi, fiil belirli bir amacı gerçekleştirme kastıyla yapılması, işkencenin resmi bir sığata sahip olması ya da bu sığata sahip olmasa bile yerine getirilen işkence fiilinden resmi sığata haiz kişilerin haberdar olmasıdır³⁵. Ancak bu unsurlar işkence varlığını tespit, BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmesi'ne göre kurucu unsurları oluştursa bile AİHM, her başvuruda

²⁷Jacques Vele ve, RusenErgeç, La Convention Europeennedes Droits de l'Homme, Bruylant Bruxelles, 1990, s. 199'dan naklen Anayurt, s. 432; Benzer görüşler için Bkz. Dinç, s. 73; Ünal, s. 104; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, 2004, s. 143; Tezcan/ Erdem/Sancakdar/Önok, s. 151; Önok, s. 172; Nal, Sebahattin. “Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 1-2, C. 19, Y. 1999, s. 532.

²⁸Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 152; Doğru, 2006, s. 4; Önok, s. 176.

²⁹Doğru, 2006, s. 4; Örneğin Hasta hükümlünün güvenlik gerekçesiyle hastanede yatağa bağlanmasını AİHM, Başvuru No: 10533/83, Herczegfalvy/Avusturya K.T. 24.10.1992, 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmeyen Mahkeme, Henaf/Fransa, Başvuru No: 65436/01, K.T. 27.11.2003, 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

³⁰Mutaf, s. 247; Anayurt, s. 430; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 203; İlgili kararlar için Bkz. AİHM, Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, K.T. 11.07.2000; AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 23145/93, 25091/94, K.T. 13.11.2003.

³¹Beş teknik yöntemi derin sorgulamalar için kullanılan bir yöntemdir. Bu yönteme zihin bulandırma ya da duyum yoksullaştırması denilmektedir. Beş teknik ayrı ayrı tekniklerin kullanılmasıyla uygulanabileceği gibi bir bütün halinde de uygulanabilir. 1. Teknik, bedenın ağırlığı ayak parmak uçlarında olacak şekilde duvar dibine dikme, 2. teknik, başa sıyah renkli bir bant geçirme, 3. teknik, yüksek tonda gürültüye maruz kalma 4. Teknik, uyutmama, 5. Teknik, aç bırakma Bkz. Doğru Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1994, s. 107-108; Tezcan/ Erdem/Sancakdar/Önok, s. 158.

³²Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s. 4; Kararlar için Bkz. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978; AİHM, Azzolina vd./İtalya, Başvuru No: 28923/09 67599/10, K.T. 26.10.2017.

³³Anayurt, s. 430.

³⁴AİHM, Mahmut Kaya/Türkiye, Başvuru No: 22535/93, K.T. 28.03.2000.

³⁵Anayurt, s. 431; Mutaf, s. 246; Özbey, s. 311; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 148; Doğru, 2006, s. 18; Önok, s. 170; Nal, 2007, s. 155; 156-158; Reidy, s. 13-16.

bu unsurların hepsinin birlikte varlığını aramamaktadır³⁶. Bununla birlikte AİHM için asıl kurucu unsur, asgari eşiktir³⁷. Yani AİHM'e göre bir başvuruda diğer unsurların varlığına rastlanmamış olsa bile muamelenin ağırlığı ve yoğunluğu, o muameleyi işkence olarak nitelendirmeye yetecek derecedeysse o muamele hangi amaçla yapılmış olursa olsun işkence olarak kabul edilmelidir³⁸.

İşkencenin varlığını tespitinde önemle belirtilmesi gereken hususların başında acıların maddi/fiziksel³⁹ ve manevi/ruhsal⁴⁰ olabileceği gibi işkence görenin özel bir sebepten dolayı⁴¹ bu muamelelere dayanıklılığının o muamelenin işkence olarak değerlendirilmesinde esas alınmasıdır⁴². Asgari eşik belirlenebilmesi noktasında esas alınan diğer hususlar ise muamelenin; süresi, niteliği,

³⁶Anayurt, s. 431; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 201-202; AİHM içtihatlarının değiştiği ve artık kurucu unsur olarak asgari eşik kullanılması doğru sonuçlar vermeyeceğini savunan görüş için Bkz. Altıparmak, s. 167-168;105.

³⁷Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 151; Doğru, 2006, s. 3; Önok, s.175; Doğru/Nalbant, s. 126-127.

³⁸Anayurt, s. 433; Forowicz, s. 198, Komisyon, AİHM'den farklı olarak işkencecinin amacına odaklanan bir yaklaşım benimseyerek bireyi daha çok koruma altına alma yaklaşımını benimsemiştir. AİHM ise işkencecinin amacından ziyade muamelenin ağırlık düzeyine eğilmiştir. AİHM'in bu yaklaşımı, işkence olarak nitelendirilebilecek muamelelerin daralmasına yol açmıştır ve Komisyon kararlarına göre bireyi daha sınırlı koruyan bir içtihada sebep olmuştur. Bu sebeple Mahkeme zamanla işkencenin varlığını kabul unsurlarına işkencecinin amaç unsurunu da ekleyerek karma bir içtihat benimsendiği belirtilmektedir. Bkz. Forowicz, s. 229.

³⁹AİHK'nın 1960'lı yıllarda "Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan" (Yunanistan Vakası) Vakasında yazdığı 05.11.1969 tarihli raporunda maddi işkence Par. 2-3' te şu şekilde tanımlanmıştır. "İşkencenin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olması gerekir ve insanlık dışı muamele aynı zamanda aşağılayıcıdır... İşkence sözcüğü sıklıkla bilgi veya itiraf elde etmek yahut cezalandırmak gibi bir amacı olan ve genel olarak da insanlık dışı muamelenin ağırlaştırılmış biçimine karşılık gelen, insanlık dışı muameleyi tanımlamak üzere kullanılmaktadır." Bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 191.

⁴⁰AİHK'nın 1960'lı yıllarda "Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan" (Yunanistan Vakası) Vakasında yazdığı 05.11.1969 tarihli raporunda manevi işkence par. 2-3' te şu şekilde tanımlanmıştır: "Maddi olmayan işkence kavramı burada, bedene saldırıdan başkaca bir yola başvurmak suretiyle endişe/üzüntü ve baskı durumu oluşturarak ruhsal/manevi ıstırap verilmesini kapsamak üzere kullanılmaktadır..."AİHM kararları arasında İşkence ve kötü muamele yasağı açısından pilot karar olarak kabul edilen 18.01.1978 karar tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararında beş teknik muamelesinin işkence değil; diğer kötü muamele türleri arasında kabul eden kararı eleştiren ve işkence kavramının dar değerlendirildiği görüşünü savunan, yargıç O'Donoghue ve yargıç Evrigenis, günümüzde işkenceyi, geleneksel ortaçağ yöntemleri ile sınırlamak gerektiğini savunmuşlardır ve manevi işkence için şu şekilde bir açıklama yapmışlardır. İşkence artık sadece şiddet unsurlarını içeren bir kavram olarak algılanmamalıdır. Yeni ıstırap verme biçimleri, klasik işkencenin amaçladığı bedensel bedensel acıya yol açmanın ötesine geçmiştir; bunlar geçici süreli bile olsa, bireyin kişiliğini, akli ve psikolojik dengesini ve iradesini bozmaktadır. Bu yargıçlarla aynı görüşü paylaşan Matscher, daha sofistike ve üzerinde çalışılmış işkence yöntemlerinin, özellikle fiziksel acı anlamında daha az ıstırap verse de daha şiddetli etki uyandırdığını vurgulamıştır. Bkz. Gemalmaz, s. 191&197; Fiziksel hiçbir temas olmadan manevi acılarında işkence olarak değerlendirilebileceği görüşü için Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 203-204.

⁴¹ Özel sebepten kasıt, bir kişinin özel olarak diğer tüm kişilerden ayrılan özelliğidir. Örneğin bir kişi genetik özelliklerinden ya da daha önce almış olduğu eğitimlerden ya da sporcu kişiliğinden dolayı diğer kişilere nazaran acılara daha dayanıklı olabilir. Bu durum onun subjektif özelliğidir. Ancak genel olarak genç ya da yaşlı bir kişinin ya da bir kadının, erkeğin ya da yaş aralığına bağlı olarak çocukların belirli muameleler karşısında hissedeceği acı tahmin edilebilir bir acıdır.

⁴²Anayurt, s. 433; Doğru, 2006, s. 3; Bir muamelede işkencenin varlığının belirlenmesinde kişinin subjektif özelliklerinin değerlendirilmeye alınması gerektiği görüşü için Bkz. Ünal, s. 104; Yıldız, s. 17; Köksal, s. 14-15; AİHM birçok kararında mağdurun cinsiyeti, yaşı ya da sağlık durumunun eşik sınırının belirlenmesinde önemli olduğunu belirtmekle birlikte kararlarında vurgu yaptığı ve dikkate aldığı ölçü şahsın kişilik özelliklerinden ziyade muamelenin ne olduğudur. Bu durum ise bizleri işkence ve kötü muamelenin asgari eşikini belirginleştirmede kişi özelliklerinin tespitinden ziyade; muamelenin ne ve nasıl gerçekleştiğinde yoğunlaşmaya itmiştir ve değerlendirmeler, kişilik özellikleri üzerinden değil muamele türü üzerinden yapılmıştır.

bağlamı, bedensel ya da ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi ölçütlerdir⁴³. İşkence muamelesinde asgari eşiğin belirlenebilmesi için AİHM kararlarının incelenmesi, bu ölçütte nelerin esas alındığının belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

2. AİHM Kararlarında İşkence Yasağının Asgari Eşiği

AİHS bağlamında yapılan yargılamalarda işkence yasağının ihlal edildiğine ilk olarak Yunan davasında karar verilmiştir. Buna göre siyasi tutuklulardan siyasi faaliyetleri hakkında bilgi almak amacıyla Atina polisinin tutuklulara falaka ve vücudun çeşitli yerlerine darp uygulaması işkence olarak değerlendirilmiştir⁴⁴. AİHM'in işkencenin varlığını kabul ettiği ilk kararı ve aşağıda değinilecek olan kararları göz önünde bulundurulduğunda özellikle beden üzerinde gerçekleştirilen kötü muameleler işkence olarak kabul edilmektedir⁴⁵.

AİHM'in işkence olarak kabul ettiği bedensel kötü muamelelerin başında falaka⁴⁶ gelmektedir. AİHM birçok kararında falaka uygulanmasını tek başına ya da diğer kötü muamele fiilleriyle birlikte işkence olarak değerlendirmiştir⁴⁷. Falakanın kişiye uygulanması sonucunda kişide herhangi bir iz oluşmamasına rağmen uygulama esnasında kişide aşırı acı hissetme hali ortaya çıkmaktadır. Yani AİHM'in bu noktada dikkate aldığı ölçütün, kişinin herhangi bir bölgesinin darp edilmesi değil; kişinin en fazla acı hissedeceği bölgenin, özellikle seçilip darp edilmesi olduğu söylenebilir.

AİHM'in tek başına ya da başkaca kötü muamele fiilleriyle birlikte işlenmesi halinde işkence olarak kabul ettiği bir diğer kötü muamele de Filistin askısıdır⁴⁸. Filistin askısı, ellerin arkadan birleştirilerek yukarıya asılmasıdır.

AİHM vücuda elektrik şoku verilmesini tek başına ya da diğer kötü muamele fiilleriyle birlikte işkence olarak değerlendirmiştir⁴⁹. Elektrik tehlikeli bir enerji kaynağı olduğundan vücuda belirli bir bölgeden elektrik şoku verilse bile acısı tüm vücutta hissedilmektedir ve tüm vücudun yapısı bozulmaktadır. Ayrıca vücuda elektrik verilmesi halinde kısa bir zaman içinde kişiye uzun süren bir darp olayının uygulanması halinde verilen zarardan daha fazla zarar verilmiş olmaktadır. Ayrıca elektrik şoku verilmesi halinde vücutta kalıcı hasar meydana gelmesi daha olasıdır.

AİHM'in tek başına işkence olarak kabul ettiği kötü muamelelerden biri de tecavüzdür⁵⁰.

⁴³Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 202; Özbey, s. 311; Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2002, s. 191; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/Önok, s. 152; Doğru, 2006, s. 3; Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2013, s. 72; Önok, s. 175; Yıldız, s. 17; Reidy, s. 12; Forowicz, 196.

⁴⁴AİHK, Yunan Vakası, Başvuru No: 3321/67, K.T. 05.11.1969.

⁴⁵AİHM'in işkence olarak kabul ettiği muamelelerin çoğunluğu aşağıdaki kararlarda da görüleceği üzere bedensel bütünlüğe zarar veren muamelelerken; AİHM, Gafgen/Almanya, Başvuru No: 22978/05, K.T. 01.06.2010, par. 108' de işkencenin varlığına hükmedebilmek için beden müdahalenin zorunlu olmadığını belirtmiştir.

⁴⁶Ayakların altına vurulması suretiyle aşırı acı hissedilen ancak izin oluşmadığı muamele.

⁴⁷AİHM, Corsacov/Moldavya, Başvuru No: 18944/02, K.T. 04.04.2006; Falakanın işkence olarak değerlendirildiği diğer kararları için Bkz. AİHM, Selmouni/Fransa, Başvuru No: 25803/94, K.T. 28.07.1999; AİHM, Salman/Türkiye, Başvuru No: 21986/93, K.T. 27.06.2000.

⁴⁸AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996; Söz konusu bu kararda AİHM Filistin askısının tek başına bir işkence muamelesi olduğunu belirtmiştir; Filistin askısının işkence olarak kabul edildiği diğer AİHM kararları için ayrıca Bkz. AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 57834/00, K.T. 03.06.2004; AİHM, Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru No: 32446/96, K.T. 02.11.2004.

⁴⁹AİHM, Polonskiy/Rusya, Başvuru No: 30033/05, K.T. 19.03.2009; Söz konusu bu kararda AİHM vücuda elektrik verilmesinin tek başına bir işkence muamelesi olduğunu belirtmiştir. Elektrik şoku verilmesi muamelesinin işkence olarak kabul edildiği diğer AİHM kararları için Bkz. AİHM, Gurgurov/Moldova, Başvuru No: 7045/08, K.T. 17.06.2009; AİHM, Mikheyev/Rusya, Başvuru No: 77617/01 26.01.2006; AİHM, Çakıcı/Türkiye, Başvuru No: 23657/94, K.T. 08.07.1999.

⁵⁰AİHM, Aydın/Türkiye, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997.

AİHM'in bu bağlamda muamelenin nasıl gerçekleştirildiğine dair herhangi bir ölçüyü benimsediğini ifade etmekten ziyade tecavüzün varlığı halinde işkencenin varlığını kabul ettiğini belirtmek gerekecektir. Hatta AİHM, tecavüz tehdidini⁵¹ ve çoklu tecavüz fiilini gerçekleştiren failerin cezasız bırakılmasını mağdur açısından işkence olarak kabul etmiştir⁵².

AİHM vücuda çeşitli maddelerin sokulmasını da işkence olarak kabul etmiştir. Bu noktada AİHM, kişinin cinsel organına bir maddenin sokulması⁵³ ya da kişiye damar yolu açılması suretiyle antiseptik madde verilmesi⁵⁴ ya da açlık grevinde olan bir hükümlünün tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde yemek borusuna bir tüp yerleştirip zorla vücuduna yiyecek sokması⁵⁵ arasında bir fark gözetmemiş ve tamamını işkence olarak kabul etmiştir.

AİHM, bir insanın yaşamak için karşılanması zorunlu olan ihtiyaçlarından olan belirli aralıklarla nefes almanın engellenmesini⁵⁶ ya da yeterli beslenebilme, belirli aralıklara banyo yapabilme, rahatsızlığına ilişkin tıbbi tedavi alma ve ilaç kullanma, ailesiyle görüşme gibi ihtiyaçlarının karşılanmamasını ya da buna engel olunmasını⁵⁷ işkence olarak kabul etmiştir. Bu içtihatları göz önünde bulundurulduğunda en temel ihtiyaçların karşılanmaması ya da buna engel olunması halinde AİHM işkencenin varlığını kabul etmiştir.

AİHM, darbe kapsamında ise öldürücü darbe niteliğinde olan⁵⁸, iyileşmesinin zor olduğu⁵⁹, çoklu kırıklara ve kalıcı hasarlara⁶⁰ sebep olan darbeleri işkence olarak kabul etmektedir. Ayrıca AİHM, cinsiyet ya da yaş olarak işkencecilere göre daha güçsüz durumda bulunanlara karşı gerçekleştirilen darbe⁶¹ ya da özellikle vücudun en zayıf ve ufak bir darbeye bile çok daha fazla acının hissedileceği bölgelerin özellikle seçilmesini işkence olarak kabul etmektedir⁶². Bununla birlikte AİHM, polislerin yakalama anını, tansiyon ve duygusallığın yüksek olduğu, müdahaledeki dengeyi sağlamanın zor olduğu bir an olarak değerlendirip o esnada yakalanan kişinin çektiği acıları işkence olarak kabul etmemiştir⁶³.

AİHM'in şimdiye kadarki örnek gösterilen kararlarında bedensel bütünlüğe zarar verdiği için işkence olarak kabul ettiği başvurular değerlendirilmiş olsa da Mahkemenin işkence olarak kabul ettiği muameleler yalnızca bedensel bütünlükle ilgili değildir. Akli bütünlüğe zarar verici nitelikte olan uzun süre uykusuz bırakılma, taciz, öldürme ve tecavüz etme tehdidi gibi tıbbi muayene sonucu ispatlanamayacak olan muameleler de işkence olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Özellikle AİHM, Gafgen/Almanya kararında işkence korkusunun, kendisinin bir zihinsel işkence olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte her işkence tehdidinin değil; gerçeğe en yakın şekilde ağır bir baskı ve yoğunluk altında

⁵¹AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 57834/00 K.T. 03.06.2004.

⁵²AİHM, E.G./Moldova, Başvuru No: 37882/13, K.T. 13.04.2021.

⁵³AİHM, Zontul/Yunanistan, Başvuru No: 12294/07, K.T. 17.01.2012.

⁵⁴AİHM, Polonskiy/Rusya Kararı, Başvuru No: 30033/05, K.T. 19.03.2009.

⁵⁵AİHM, Nevmerzhitsky/Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, K.T. 05.04.2005.

⁵⁶AİHM, Gurgurov/Moldova, Başvuru No: 7045/08, K.T. 17.06.2009.

⁵⁷AİHM, İlascu ve diğerleri/Moldavya ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁵⁸AİHM, Aktaş/Türkiye Kararı, Başvuru No: 24351/94, K.T. 24.04.2003.

⁵⁹AİHM, Corsacov/Moldavya, Başvuru No: 18944/02, K.T. 04.04.2006.

⁶⁰AİHM, Bursuc/Romanya, Başvuru No: 42066/98, K.T. 12.10.2004; AİHM, Gurgurov/Moldova, Başvuru No: 7045/08, K.T. 17.06.2009.

⁶¹AİHM, Menesheva/ Rusya, Başvuru No: 59261/00, K.T. 09.03.2006.

⁶²AİHM, Virabyan/Ermenistan, Başvuru No: 40094/05, K.T. 02.10.2012; AİHM, Salman/Türkiye, Başvuru No: 21986/93, K.T. 27.06.2000, Söz konusu kararda AİHM, kalp hastası olduğu bilinen bir kişinin göğsüne sertçe vurulmasını işkence olarak değerlendirilmiştir.

⁶³AİHM, Egmez/ Kıbrıs, Başvuru No: 30873/96, K.T. 21.12.2000.

⁶⁴AİHM, Batı ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 33097/96 57834/00, K.T. 03.06.2004.

yapılan tehdidin işkence olarak değerlendirileceğini belirtmiştir⁶⁵. Kaldı ki Gafgen başvurusunda şüpheli kişi, suçu itiraf etmesi için iki tane iri yarı bir adamla küçük bir hücrede yalnız bırakılmış ve vücudunda iz bırakmayacak şekilde kendisine cinsel saldırıda bulunabileceklerini belirtmişlerdir. AİHM'in kabul ettiği zihinsel işkencelere hücre hapsinde tutulan kişiye baskı uygulanması⁶⁶, uzun süre gözlerin bağlı tutulması⁶⁷, kişinin ailesine yönelik tehditler⁶⁸, çıplak bırakılmak⁶⁹, ölüm koridorlarında beklerken yaşanan ölüm korkusu⁷⁰ örnek verilebilir. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki zihinsel işkence olarak kabul edilen muameleler, bedensel kötü muamelelerle birleştiğinde işkence olduğu kabul edilmiştir⁷¹.

AİHM'in işkencenin tespiti anlamında kullandığı eşik ölçütü, ağırlıklı olarak vücuda normalin üzerinde fiziki zarar verilmesi şeklinde olmuştur. AİHM, işkence görenin fiziksel ya da ruhsal özelliklerinden ziyade belirli fiillerin işkence gören üzerinde uygulanmasını işkencenin asgari ölçütünün sınırı olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte korkutma ve uykusuz bırakma gibi doğrudan insan vücuduna temas olmaksızın, fiziki bütünlüğün bir parçası olan akli bütünlüğe zarar verme olasılığı yüksek muameleler de işkence olarak kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile esas ölçüt fiziki bütünlüğün zarar görüp görmemesidir. Bununla birlikte AİHM, işkence yasağı faillerinin cezasız kalması ya da işkence tehdidi gibi vücuda doğrudan zarar verilmeyen muameleleri de işkence olarak kabul etmiştir⁷². Ancak AİHM'in bu kararları istisna niteliğindedir.

C. AİHM Bağlamında İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza ve Asgari Eşiği

1. Genel Olarak İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Kavramı

AİHM, insanlık dışı muamelenin varlığının kabul şartlarını ya da diğer bir ifade ile asgari eşiği, *“bilfiil fiziksel zarara neden olmuş olması ve yoğun fiziksel/ruhsal acı vermiş olması...”* şeklinde belirtmektedir⁷³. Söz konusu zarar ya da acı, meşru bir müdahaleden ya da cezadan kaynaklanan kaçınılmaz bir acının daha da ötesinde bir acı olmalıdır. Aynı şekilde Mahkeme pilot karar olan İrlanda/Birleşik Krallık kararında da insanlık dışı muamele için aynı unsurlar sayılmıştır⁷⁴. Bu bağlamda Mahkeme tasarlanmış, uzun süre uygulanmış, bedensel yara bere ya da ruhsal ıstıraba sebep olma unsurlarını taşıyan muameleleri insanlık dışı muamele olarak kabul etmektedir⁷⁵. Mahkeme günümüzde bu unsurları taşıyan muameleleri insanlık dışı muamele olarak kabul etmeye devam etmekle birlikte gayri adil yargılanma sonucu ölüm cezasına mahkûm edilme şeklindeki muamele biçimini de ek bir şart

⁶⁵AİHM, Gafgen/Almanya, Başvuru No: 22978/05, K.T. 01.06.2010, paraf: 108.

⁶⁶AİHM, Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, K.T. 11.07.2000

⁶⁷AİHM, Abdülsamet Yaman/Türkiye, Başvuru No: 32446/96, K.T. 02.11.2004.

⁶⁸AİHM, Öktem/Türkiye, Başvuru No: 74306/01, K.T. 19.10.2006, Bay ve bayan Öktem adına yapılmış olan bir başvurudur. Bay Öktem için vücudunun değişik bölgelerinde darp izlerinin bulunması, Bayan Öktem için kocasını kendi hücrelerinde geçirmek ve kocasına işkence uygulanacağına dair tehdit edilmesi AİHM tarafından işkence olarak değerlendirilmiştir.

⁶⁹AİHM, Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996, par. 64.

⁷⁰AİHM, İlascu ve diğerleri/Moldavya ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁷¹Harris, David J./ O'Boyle, Michael/Bates, Ed P./ Buckley Carla M.. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku-Harris, O'Boyle&Warbrick*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2022, s. 226.

⁷² AİHM'in işkence tehdidini işkence olarak kabul ettiği kararı için Bkz. AİHM, Öktem/Türkiye, Başvuru No: 74306/01, K.T. 19.10.2006; AİHM'in işkence fiilinin failinin cezasız kalmasının işkence olarak kabul ettiği kararı için Bkz. AİHM, E.G./Moldova, Başvuru No: 37882/13 K.T. 13.04.2021.

⁷³AİHM, Kudla/Poland, Başvuru No: 30210/96, K.T. 26.10.2000.

⁷⁴AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978.

⁷⁵Gemalmaz, s. 199; Özbey, s. 314.

aramaksızın doğrudan insanlık dışı muamele olarak kabul etmektedir⁷⁶.

İnsanlık dışı muamelenin, işkenceden ayrılmasını sağlayan temel ölçüt, çekilen ıstırapın yoğunluğudur. Şüphesiz insanlık dışı muamele, işkenceye göre daha az yoğun bir acı ve ıstırap içermektedir. Bu bağlamda devlet tarafından tutulan kişilere yönelik olarak devlet makamlarının yaptığı muameleler, işkencenin asgari eşiğini geçmediği takdirde insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmektedir⁷⁷. Bununla birlikte işkencenin unsurları olarak kabul edilen kötü muamelenin belli bir amaç doğrultusunda ıstırap verme kastıyla yapılması, insanlık dışı muamelenin unsurları arasında yer almamaktadır⁷⁸.

AİHS'in 3. maddesi insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleleri yasakladığı gibi insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaları da yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında "ceza" kavramı, ölüm cezasını, hapis cezasını, disiplin cezalarını hatta bedensel cezaları da bünyesine alacak şekilde düzenlenmiştir. Meşru yargı organları⁷⁹ tarafından verilen cezaların çoğu kaçınılmaz bir son olarak bir utanma, bir aşağılama unsurunu içerisinde barındırmaktadır⁸⁰. Ancak insanlık dışı ceza kapsamında genel kabul ise bir suçtan dolayı ceza müeyyidesine tabi olan kişilere verilen her cezanın insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilemeyeceği, cezanın süresinin ve türünün ne olacağının belirlemesinin ulusal mahkemelere bırakılmış konular olduğudur. İnsanlık dışı cezanın nadir ve benzersiz durumlarda, ağır biçimde orantısız bir cezanın varlığı halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁸¹. Örneğin işlediği suç sebebiyle vatandaşı olduğu ülkeye gönderildiğinde recm cezasının uygulanacağı bilinen bir yabancıyı ülkesine teslim edilmesi bu kapsamda insanlık dışı ceza olarak kabul edilmiştir⁸².

İnsanlık dışı ceza hakkında çok az içtihat bulunmaktadır. Bu sebeple bu kavramın anlamı 3. maddenin diğer unsurlarıyla ilgili kararlardan çıkarılmaktadır⁸³. Özellikle cezanın konu olduğu davalarda, mahkeme çoğunlukla bir ayırım yapmamıştır. Kötü muameleyi hem insanlık dışı muamele hem de insanlık dışı ceza olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM'in kötü bir muameleyi yalnızca insanlık dışı ceza olarak nitelendirdiği başvurular da bulunmaktadır⁸⁴.

2. AİHM Kararlarında İnsanlık Dışı Muamele ve Ceza Yasağının Asgari Eşiği

AİHM insanlık dışı muamele için "*bilfiil fiziksel zarara neden olmuş olması ve yoğun fiziksel/ruhsal acı vermiş olması...*"⁸⁵ şeklinde genel bir tanım yapmakla birlikte içtihat niteliğini almış bir takım kötü muameleleri bu kapsamda değerlendirmiş ve ölçüsünü ifade etmiştir.

Polis ya da diğer devlet görevlilerinin kontrolü altındayken meydana gelen yaralanmalar ve buna bağlı acı ve ıstıraplarla ilgili başvurulardır. Bununla birlikte genel olarak polisin ya da diğer kamu

⁷⁶AİHM, Öcalan/Türkiye, Başvuru No: 46221/99, K.T. 12.05.2005.

⁷⁷Boyar, s. 141.

⁷⁸Harris/ O'Boyle/ Bates/Buckley, 2013, s. 227.

⁷⁹Meşru olmayan yargı organları tarafından verilen cezalar işkence kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. AİHM, İlascu ve diğerleri/Moldavya ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁸⁰Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 140-141.

⁸¹Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 241.

⁸²AİHM, Jabari/ Türkiye, Başvuru No: 40035/98, K.T. 11.07.2000.

⁸³Harris/O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 241.

⁸⁴AİHM, Chamber/Rusya, Başvuru No: 7188/03, K.T. 03.07.2008, AİHM'in kötü bir muameleyi insanlık dışı ceza olarak değerlendirdiği tek başvurudur. Başvuruya konu olan olayda başvurucu, kışlayı iyi temizlemediği için 350 kez çöküp kalkma cezası almıştır. Bu cezanın uygulanması esnasında bayılmıştır ve artık düzgün yürüyemediği için engelli hale gelmiştir.

⁸⁵AİHM, Kudla/Poland, Başvuru No: 30210/96, K.T. 26.10.2000.

görevlilerinin yakalama ve gözaltı anında güç kullanması ve buna bağlı olarak birtakım yaralanmaların olması doğrudan kötü muamele olarak değerlendirilmemektedir⁸⁶. Ancak kamu görevlisinin kullanmış olduğu gücün gerekli ve orantılı olduğuna dair makul ve güvenilir bir açıklama yapması zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi halde AİHM tarafından insanlık dışı muamelenin ihlal edildiğine karar verilmektedir⁸⁷.

Kayıp kişilerin söz konusu olduğu bazı başvurular da AİHM tarafından insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda yapılan başvurularda AİHM tarafından dikkat alınan en önemli ölçüt, başvurunun kayıp kişi adına mı yoksa kayıp kişinin yakınının kendi adına mı yapıldığıdır. Buna göre kayıp yakını tarafından kayıp kişi adına 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bir başvuru yapıldığında, yasaklanan kötü muamelenin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin delillerin bulunmamasına bağlı olarak söz konusu başvuru, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değil; 5. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸. Kayıp yakınlarının kendi adlarına Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin yapılan başvurularda ise AİHM, kayıp yakınlarının normalde insan hakları ihlal edilen mağdur yakınlarının yaşadığı ruhsal stresten farklı bir stres yaşamış olmalarına sebep olan özel faktörlerin bulunması halinde insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermektedir⁸⁹. Ayrıca AİHM mağdur yakınının kendi adına yaptığı başvurularda yakınlık derecesini, mağdurdan bilgi almada başvuru yapan yakının ilgisi ve çabasını ve bu ilgi ve çabaya devlet yetkilerinin nasıl cevap verdiğini de dikkate almaktadır⁹⁰.

Gözaltına alındıktan sonra ölü bulunan kayıpların, yakınları tarafından yapılan 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin başvurularda AİHM, kötü muamele yapıldığına ilişkin delillerin bulunmamasından dolayı yasaklanan muamelelerin yapıldığının tespit edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu sebeple AİHM, yakın bir akrabanın ölümünden doğan doğal acının sınırlarının aşılmamış olduğuna karar vermiştir⁹¹.

⁸⁶Başvurucunun sarhoş olması sebebiyle polisin zor kullanması ve başvurucunun elinde küçük sıyrıklar oluşmasını AİHM, asgari eşiği geçmediği sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir Bkz. AİHM, Stefan İliev/Bulgaristan, Başvuru No: 53121/99, K.T. 10.05.2007; AİHM, başvurucunun gözaltında üst dudağının sol tarafında 0.5 cm'lik bir yaranın asgari eşiği geçmediği sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, Çelik ve İmret/Türkiye, Başvuru No: 44093/98, K.T. 26.10.2004; Polislere saldıran grubun içinde polislerin saldırganları yakalamak için uyguladığı kuvvet ve buna bağlı olarak başvuru sahiplerinin vücudunda oluşan yara ve bereler AİHM'e göre asgari eşiği geçemediği için Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir. Bkz. Nasrettin Aslan ve Zeki Aslan/Türkiye, Başvuru No: 17850/11, K.T. 30.08.2016; AİHM, Terör örgütü destekçisi olan, başvuru kadının, sağ kolundan bir polis memurunun tutup çekmesini sonra kollarını arkadan bükerek öne doğru eğilmeye zorlamasını ve başka bir polis memurunun kaba hitabını kötü muamele yasağı açısından asgari eşiği geçen bir muamele olarak değerlendirmemiştir Bkz. AİHM, Ertuş/Türkiye, Başvuru No: 37871/08, K.T. 05.11.2013; AİHM'in kaybolan kişi ve yakınları için vermiş olduğu kötü muamele kararlarının detaylı analizi için ayrıca Bkz. Vermeulen, Marthe Lot. "Living Beyond Death: Torture Or Other Ill-Treatment Claims In Enforced Disappearances Cases", Inter-American And European Human Rights Journal, 1(2), 2008.

⁸⁷Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2022, s. 228-229; Konuyu ilişkin AİHM kararları için Bkz. AİHM, Tuncer Durmuş/Türkiye, Başvuru No: 30494/96, K.T. 02.11.2004; AİHM, Sunal/Türkiye, Başvuru No: 43918/98, K.T. 25.01.2005; AİHM, Biyan/Türkiye, Başvuru No: 56363/00, K.T. 03.03.2005; AİHM, Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, K.T. 31.05.2005.

⁸⁸Harris/ O'Boyle/Bates/ Buckley, 2022, s. 239; Konuya ilişkin AİHM kararları AİHM, Kurt/Türkiye, Başvuru No: 24276/94, K.T.25.05.1998; AİHM, Çiçek/Türkiye, Başvuru No: 25704/94, K.T. 27.02.2001.

⁸⁹Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 239; konuya ilişkin AİHM kararları, AİHM, Çakıcı/Türkiye, Başvuru No: 23657/94, K.T. 08.07.1999.

⁹⁰Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 239; Konuya ilişkin AİHM kararları için Bkz. AİHM, Timurtaş/Türkiye, Başvuru No: 23531/94, K.T. 13.06.2000; Aynı yöndeki AİHM kararı için ayrıca Bkz. AİHM, Tanış ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 65899/01, K.T. 02.08.2005.

⁹¹AİHM, Tanlı/Türkiye, Başvuru No: 26129/95, K.T. 10.04.2001; AİHM'in bu görüşünü destekleyen ilginç bir karar da AİHM, Orhan/Türkiye, Başvuru No: 25656/94 K.T. 18.06.2002 tarihli karardır. Başvuruya konu olan olayda millî güvenlik açısından sorunlu olarak gördüğü bir yerleşim yeri askeri birliklerin yerin boşaltılması

Bununla birlikte kayıp kişi ölmesine rağmen ölmeden önce yasaklanan muamelelerin yapıldığı anlaşılabilen bir ölüm olayı gerçekleşmişse AİHM, mağdur yakınları açısından insanlık dışı muamelelerin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Örneğin Khadzhaliev ve Diğerleri/Rusya başvurusunda mağdurun kaçırılmasından 4 gün sonra parçalanmış bedenine ulaşılmıştır ve bedenin başı ve bazı parçalarına ulaşılamamıştır. AİHM, söz konusu bu başvuruda insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹².

AİHM, gözaltına alınmış olan kişilere uygulanan psikolojik sorgu tekniklerini de insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin İrlanda/Birleşik Krallık kararında uygulanan beş teknik uygulaması insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir. Bu yöntem, arka arkaya, önceden tasalanarak ve saatler boyunca uygulanmıştır. Bu yöntem insana doğrudan bedensel zarar vermese bile sorgulama esnasında yoğun fiziksel ve ruhsal yoğun acıların yaşanmasına sebep olabilecek niteliktedir⁹³. Kanaatimizce beş teknik uygulaması, bedensel bütünlüğün kapsamında değerlendirilen akli bütünlüğe uygulanma süresine de bağlı olmak şartıyla yüksek miktarda zarar verdiği ve hatta kalıcı hasarlara sebep olma ihtimalini kuvvetle bünyesinde barındırdığı için insanlık dışı muamele değil; işkence olarak kabul edilmelidir. Ayrıca beş teknik uygulaması işkencenin unsurlarından olan; ancak insanlık dışı muamelelerin unsurları olarak kabul edilmeyen, kötü muamelelerin belli bir amaç doğrultusunda ıstırap verme kastıyla yapılması unsurunu da bünyesinde barındırmaktadır.

İşkence tehdidi ise tek başına insanlık dışı muamele, birkaç bedensel kötü muamele türü ile birleştiğinde ise de işkence olarak değerlendirilen bir kötü muamele türüdür. Bu durum ruhsal ıstırap olarak değerlendirilmektedir ve AİHM'in birçok kararında ruhsal ıstırap tek başına insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmiştir⁹⁴.

AİHM tarafından ağırlıklı olarak kayıp kişilerin bulunmasında devlet yetkililerinin tepkileri ve yaklaşımlarından dolayı ya da kayıp kişinin özel unsurlar eşliğinde gerçekleşen ölümlerinden dolayı mağdur yakınlarının duyduğu ıstıraplar, gözaltında bulunan kişilere işkence düzeyine varmayan, vücudunda kalıcı hasar bırakmayan yaralanmalar, sınır dışı edildiğinde⁹⁵ kötü muameleden herhangi birine maruz kalacağı açık olan durumlar genellikle insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir.

uyarısı yapıldıktan ve yerleşim yeri boşaltıldıktan sonra yakılmıştır. Bu olay sonrasında yerleşim yeri sakinleri başvuru sahipleri yakınları hakkında şikâyetle bulunmuş ve yakınlar gözaltına alınmıştır. Gözaltına alındıktan sonra kendisinden 8 yıl haber alınamayan başvuru sahipleri yakınları hakkında AİHM, gözaltına alındıkları esnada iyi göründükleri ve gözaltında nasıl bir muameleye tabi olduklarına ilişkin bir bilgi olmamasından dolayı kayıp kişilerin kendileri adına 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak aynı kararda evlerinin yakılması olayını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

⁹²AİHM, Khadzhaliev ve Diğerleri/ Rusya, Başvuru No: 3013/04, K.T. 06.11.2008; Aynı yöndeki başka bir AİHM kararı için Bkz. AİHM, Mahmut Kaya/ Türkiye, Başvuru No: 22535/93, K.T. 28.03.2000.

⁹³AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978.

⁹⁴AİHM, Hristovi/Bulgaristan, Başvuru No: 42697/05, K.T. 11.10. 2011.

⁹⁵ Devlet güvenliği sebebiyle sınır dışı etme muamelesinin bir kötü muamele türü olarak değerlendirilmesi genellikle eleştirilere konu olmaktadır ve işkence ve kötü muamele yasağının mutlaklığını sorgulamaktadır. Bununla birlikte AİHM de kararlarında terör eylemlerinden dolayı vatandaşlarını korumak isteyen ülkelerin bu sebeple koruma faaliyetlerinde zorlukların oluştuğunu kabul etmekle birlikte yine de işkence ve kötü muamele yasağının mutlak olduğunu ve ihlal edilmesinin hiçbir gerekçe ile dengelemenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. AİHM, Saadi/İtalya, Başvuru No: 37201/06, K.T. 28.02.2008, karar değerlendirmesi için Bkz. Gentili, Gianluca. "European Court of Human Rights: An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk", International Journal of Constitutional Law, Vol. 8 No. 2, 2010, s. 318.

D. AİHM Bağlamında Aşağılayıcı Muamele ve Ceza ve Asgari Eşiği

1. Genel Olarak Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Kavramı

AİHS'deki aşağılayıcı muamele kavramı, insan haysiyetine ve onuruna ciddi nitelikte müdahaleleri kapsamına almaktadır. Bu sebeple bir kişiyi rütbe, konum, şöhret ya da karakter olarak aşağı seviyeye indiren bir muamele belirli bir şiddet derecesine ulaştığında aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁶. Yani mağdurda korku, üzüntü, bayağılık duygularını oluşturabilecek nitelikte kötü muameleler, kişinin fiziksel ve ruhsal direncini kırıcı belirli bir ağırlık düzeyine ulaşmışsa, aşağılayıcı muamele adını almaktadır⁹⁷. Bununla birlikte aşağılayıcı muamelenin fiziksel bir beden üzerinde uygulanması da zorunlu değildir. Başka bir ifade ile kişiye herhangi bir temas olmadan da aşağılayıcı muamelenin varlığından söz edilebilir⁹⁸.

AİHM, herhangi bir muamelenin aşağılayıcı muamele olup olmadığını tespitini yaparken bu muamelenin söz konusu kişiyi utandırma ve küçültme amacıyla yapılıp yapılmadığını ve sonuçları itibari ile kişinin şahsına Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında olumsuz bir etkisinin olup olmadığını değerlendirmektedir⁹⁹. Ancak muameleyi gerçekleştiren kişinin, mağdurun şahsında bu tür bir etki oluşturma amacıyla hareket etmemiş olması da bu muamelenin aşağılayıcı bir muamele olarak değerlendirilmesinin önüne geçmemektedir¹⁰⁰. Başka bir ifade ile bir muamelenin aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmesinde esas alınan ölçüt, muameleyi gerçekleştirenin, mağduru utandırma ve küçültmesi amacıyla bu muameleyi gerçekleştirmiş olması değildir ancak mahkeme böyle bir amacın varlığını da dikkate almaktadır¹⁰¹. AİHM'e göre esas ölçüt, muamelenin aşağılama yönünden belirli bir eşik seviyesine ulaşmış olmasıdır. Bu noktada Mahkeme, mağdurun maruz kaldığı sonuçları değerlendirirken; bu muamelelerin bağlamını ve mağdurun şahsı üzerinde oluşturduğu sonucu her olay açısından özel olarak değerlendirmektedir¹⁰².

AİHS'in 3. maddesi aşağılayıcı muameleyi yasakladığı gibi aşağılayıcı cezaları da yasaklamaktadır. Daha önce yukarıda da belirtildiği üzere meşru yargı organları tarafından verilen cezaların çoğu kaçınılmaz bir son olarak utanma, aşağılama duygusunu içerisinde barındırmaktadır. Bu

⁹⁶AİHK, East African Asians/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4403/70 4404/70 4405/70... K.T. 14.12.1973.

⁹⁷Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 140; Özbey, s. 314-315; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 154; Harris/ O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 94; Bu yöndeki AİHM kararları için Bkz. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978; AİHM, Kudla/Polonya, Kudla/Poland, Başvuru No: 30210/96, K.T. 26.10.2000.

⁹⁸AİHK, East African Asians/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4403/70 4404/70 4405/70... K.T. 14.12.1973.

⁹⁹Doğru/Nalbant, s. 140; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 154; Bu yöndeki AİHM kararı için Bkz. AİHM, Albet ve Le Compte/ Belçika, Başvuru No: 7299/75 7496/76, K.T. 10.02.1983.

¹⁰⁰Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 154; Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 140; Bu yöndeki AİHM kararları için Bkz. AİHM, Peers/Yunanistan, Başvuru No: 28524/95, K.T. 19.04.2001; AİHM, Kalashnikov, Başvuru No: 47095/99, K.T. 15.07.2002.

¹⁰¹AİHM, V./Birleşik Krallık, Başvuru No: 24888/94, K.T. 16.12.1999, Par. 121.

¹⁰²Yıldız, s. 40; AİHM bir kararında 15 yıllık pratisyen bir hekimin işyerinde arkadaşlarının ve ailesin gözü önünde (mağdur bu şekilde kelepçelemek istemediğini onurunu zedelediğini belirtmesine rağmen) kelepçelenmesini, evini arama faaliyeti sırasında evine götürülürken kelepçeli şekilde evine 70 metre uzaklıkta araçtan indirilerek kelepçeli şekilde yürüyerek evine gitmeye zorlanmasını, göz altında bulunduğu sürede bekleme yeri olarak mesai arkadaşlarının tuvalete gittiği yerin önünde bekletilmesini (pratisyen hekim bir polis doktorudur) ve arkadaşlarının sürekli neden onun orada bekletildiğini etraftaki diğer arkadaşlara sormasına sebep olacak muamelelerin kendisine yapıldığını ve bunların fiziki bir şiddet olmasa da aşağılayıcı muamele olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davanın özel bağlamında herkesin gözü önünde kelepçelenmesini, başvuruda kendisini aşağılayıp küçük düşürecek muhtemelen ruhsal direncini kırabilecek korku ve ıstırap duygusu oluşturmak amacıyla yapıldığı kanısına ulaşmıştır. Bkz. AİHM, Erdoğan Yağız/Türkiye, Başvuru No: 27473/02, K.T. 06.03.2007.

sebeple meşru olarak verilmiş her cezanın, aşağılayıcı ceza olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir cezanın aşağılayıcı ceza olarak değerlendirilebilmesi için mahkûmda her cezada öngörülmüş olan, normal derecede utanma ve aşağılama duygusunun üzerinde bir utanma ve aşağılama duygusuna sebep olması gerekmektedir. Bu konudaki değerlendirmeler de zorunlu olarak her olayın içinde bulunduğu koşullara, bağlamına ve infaz şekline bağlı olarak değişecektir¹⁰³.

AİHM'e göre bir cezanın insanlık dışı ceza mı yoksa aşağılayıcı bir ceza mı olduğunun belirlenmesi, uygulanan cezada mağdurun yaşadığı ıstırapın yoğunluğuna göre yapılmaktadır. Bununla birlikte bir muamelede hem insanlık dışı hem de aşağılayıcı muamele söz konusu olabilir. Örneğin İrlanda/Birleşik Krallık başvurusundaki beş teknik uygulaması ve Tomasi/Fransa başvurusundaki darp uygulaması her iki yasağın da ihlal edildiğinin kabul edildiği başvurulardır¹⁰⁴. Ayrıca aşağılayıcı bir cezanın varlığı için mağdurun özellikle başkalarının gözünde değil; kendi gözünde de aşağılanmış olması yeterlidir¹⁰⁵.

2. AİHM Kararlarında Aşağılayıcı Muamele ve Ceza Yasağının Asgari Eşiği

AİHM aşağılayıcı muamelenin varlığını tespitinde kullandığı en önemli ölçüt, mağdurun maruz kaldığı fiziksel ya da ruhsal ıstırap ve acıdan ziyade; muamelenin, mağduru küçük düşürüp düşürmediği ve insan haysiyetine saygıyı zedeleyip zedelediğidir. Buna göre AİHM'in şimdiye kadar kabul ettiği kötü muamele türleri, fiziksel acı ve ıstırap taşımayan mağdurun iradesi ya da vicdanına aykırı şekilde davranmaya zorlanması¹⁰⁶, ırk ayrımı¹⁰⁷, dayak cezası¹⁰⁸, çıplak üst araması¹⁰⁹, mahkûmların saçının zorla tıraş edilmesi¹¹⁰, kayıp yakınlarının duyduğu ıstırap¹¹¹, rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kısırlaştırma işlemi¹¹², tıbbi yardım yokluğundan ağır ve uzun süreli bir acı çekmemesine rağmen strese girmesi¹¹³ şeklindedir.

AİHM aşağılayıcı ceza kapsamında ise başvuruçunun fikri şahsiyetini bastıran, onu küçük düşüren, alçaltan, kaçak yaşamaya zorlayan hapis cezalarını ve onda korku, kaygı ve zayıflık hissi oluşmasına sebep olan cezaları, aşağılayıcı ceza olarak kabul etmektedir¹¹⁴. AİHM'e göre hapis cezaları gibi zorunlu askerlik hizmeti de utandırma ve ıstırap unsurlarını bünyesinde barındırabilir. Ancak normal şartlar altında insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı ceza oluşturabilecek askeri alandaki birçok eğitim uygulaması, silahlı kuvvetlere özgü misyona katkı sağlaması şartıyla kötü muamele eşiğine ulaşmamış sayılmaktadır¹¹⁵.

AİHM her türlü olumsuz duyguyu da aşağılayıcı muamelenin ihlali olarak değerlendirmemiştir.

¹⁰³Doğru/Nalbant, s. 140-141.

¹⁰⁴Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2022, s. 243.

¹⁰⁵AİHM, Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, K.T. 25.04.1978; Aynı görüş aşağılayıcı muamele içinde geçerlidir ayrıca Bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, 2013, s. 94; Yıldız, s. 20.

¹⁰⁶AİHM, Ülke/Türkiye, Başvuru No: 39437/98, K.T. 24.01.2006; AİHM, Tarhan/Türkiye, Başvuru No: 9078/06, K.T. 17.07.2012.

¹⁰⁷Irka dayalı ayrımcılık muameleleri bazı hallerde tek başına aşağılayıcı muamele olmaya yeterlidir. Bkz. AİHK, East African Asians/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4403/70 4404/70 4405/70... K.T. 14.12.1973.

¹⁰⁸AİHM, Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, K.T. 25.04.1978.

¹⁰⁹AİHM, Valasians/Litvanya, Başvuru No: 44558/98, K.T. 24.07.2001.

¹¹⁰AİHM, Yankov/ Bulgaristan, Başvuru No: 39084/97, K.T. 11.12.2003.

¹¹¹AİHM, Kurt/Türkiye, Başvuru No: 24276/94, K.T. 25.05.1998.

¹¹²AİHM, V.C. c/ Slovakya, Başvuru No: 18968/07, K.T. 08.11.2011.

¹¹³AİHM, Khudobin/Rusya, Başvuru No: 59696/00, K.T. 26.10.2006.

¹¹⁴AİHM, Ülke/Türkiye, Başvuru No: 39437/98 K.T. 24.01.2006.

¹¹⁵AİHM, Chember/Rusya, Başvuru No: 7188/03, K.T. 03.07.2008.

Örneğin babanın ağır yaralanan oğlunu hastaneye tomografi çekilmesi için götürme konusunda ısrar etmesine rağmen polislerin kendisini zorla polis karakoluna götürmeleri sebebiyle duyduğu korku¹¹⁶ ya da başvurunun, güvenlik, disiplin ve koruma sebepleriyle diğer mahkumlarla görüştürülmemesi¹¹⁷ ya da başvurunun kaçma riskinin yüksek olması sebebiyle sürekli yerinin değiştirilmesi¹¹⁸ AİHM tarafından aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmemiştir.

AİHM'in aşağılayıcı muamele ve ceza kapsamında yukarıdaki kararları göz önünde bulundurulacak olursa fiziksel acılar aşağılayıcı muamele kapsamında değerlendirilmemektedir. Başka bir ifade ile işkence ve insanlık dışı muamele için asgari eşik, bir bedende izlerine rastlanabilecek ve ispatlanabilecek acı ve ıstırapların şiddetini belirleyen bir ölçekken; aşağılayıcı muamele için insan haysiyetini zedeleme şiddetini belirleyen ölçek olmaktadır. Zaten başvuru incelemesi esnasında bir fiziksel zararın oluşup oluşmadığını öncelikli olarak belirlemekte sonrasında fiziksel bir zarar yoksa aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemektedir¹¹⁹. Aşağıda açıklanacağı üzere buna bağlı olarak birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Buna göre;

İlk olarak aşağılayıcı muamelede asgari eşik açısından esas alınan değer, işkence ve insanlık dışı muamelelere göre farklılaşmaktadır. Fiziksel ve ruhsal acının yerini insan haysiyeti almaktadır. Bu da asgari eşik fonksiyonlarını değiştirmektedir. Asgari eşik, fiziksel ve ruhsal bir acının söz konusu olduğu kötü bir muamelede, muamelenin kötü muamele türü olup olmadığının belirleyicisi olmakla birlikte bu kötü muamelenin işkence mi insanlık dışı muamele mi olduğunun da belirleyicisidir. Bununla birlikte fiziksel ve ruhsal acı olmaksızın yalnızca küçük düşme ve aşağılanmış hissetme duygusunun söz konusu olduğu hallerde asgari eşik, yalnızca söz konusu muamelenin, aşağılayıcı bir muamele olup olmadığının belirleyicisi olmaktadır. Yani fonksiyonel yönden tek bir fonksiyona sahip olmaktadır. Bu da bize göstermektedir ki yalnızca küçük düşme halinin olduğu bir muamelede asgari eşik, hangi ağırlıkta aşılmış olursa olsun söz konusu muamele, kötü muamele yasakları içinde bir üst seviye olan insanlık dışı muamele ya da işkence olarak nitelendirilemeyecektir.

Aşağılayıcı muamelede asgari eşik belirlemede esas alınan değer, diğer kötü muamelelerde esas alınan değerden farklı bir değer olması, bizleri ikinci bir sonuca götürmektedir. Buna göre bir kötü muamele içinde hem işkence düzeyine varan fiziksel ve ruhsal acı hem de küçük düşme halini barındırdığında bu muamele, yalnızca işkence yasağının ihlali olarak değil hem işkence yasağının ihlali hem de aşağılayıcı muamele yasağının ihlali olarak değerlendirilecektir. Çünkü her iki kötü muamele türünün asgari eşiklerinin esas aldığı değerler birbirinden farklıdır. Bu sebeple bir kötü muamelede hem işkence hem insanlık dışı muamelenin varlığı kabul edilmezken; başka bir kötü muamelede hem işkence hem de aşağılayıcı muamele ya da hem aşağılayıcı muamele hem de insanlık dışı muamelenin varlığı¹²⁰ kabul edilebilmektedir. Yani kötü muamele kombinasyonları; yalnızca işkence, yalnızca insanlık dışı muamele, yalnızca aşağılayıcı muamele ya da hem işkence hem aşağılayıcı muamele hem aşağılayıcı muamele hem insanlık dışı muamele şeklinde olabilir.

Aşağılayıcı muamelenin eşiklerinin belirlenmesi açısından önemle belirtilmesi gereken bir başka

¹¹⁶AİHM, Hüseyin Devrim Berktaş/Türkiye, Başvuru No: 22493/93, K.T. 01.03.2001.

¹¹⁷AİHM, Sadak/Türkiye, Başvuru No: 25142/94 27099/95, K.T. 08.04.2004.

¹¹⁸ AİHM, Payet/Fransa, Başvuru No: 19606/08, K.T. 20.01.2011.

¹¹⁹ Bkz. AİHM, Erdoğan Yağız/Türkiye, Başvuru No: 27473/02, K.T. 06.03.2007.

¹²⁰ Hem insanlık dışı muamele hem aşağılayıcı muamelenin birlikte kabul edildiği karar için Bkz. AİHM, Tekin/Türkiye, Başvuru No: 22496/93, K.T. 09.06.1998; AİHM, Büyükdağ/Türkiye, Başvuru No: 28340/95, K.T. 21.12.2000; AİHM, Algür/Türkiye, Başvuru No: 32574/96, K.T. 22.10.2002; AİHM, Hulki Güneş/Türkiye, Başvuru No: 28490/95, K.T. 19.06.2003; AİHM, Dizman/Türkiye, Başvuru No: 28516/95, K.T. 20.09.2005; AİHM, Başvuru No: 43918/98, Sunal/Türkiye, K.T. 25.01.2005; AİHM, Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, K.T. 31.05.2005.

husus ise aşağılayıcı muamelede esas alınan değerın zedelenmesi halinde bunu ispatlamanın zorluğudur. Buna bağılı olarak da AİHM, kendisine yapılmış başvuruları yalnızca somut olay açısından değil; objektif ölçütlere göre de değerlendirmektedir. Örneğın AİHM, Mursic/Hırvatistan başvurusunda mahpusun sahip olması gereken kişisel alanın 3 metrekareden daha az olması halinde Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine dair kuvvetli bir karinenin oluştuğunu belirtmiştir¹²¹. AİHM bu karineyi mağdurun hangi şiddette küçük düştüğüne ya da kişisel alanın azlığının mağdura nasıl etki ettiğine değinmeksizin kabul etmektedir.

II. 1982 Anayasası'nda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ve Asgari Eşik Ölçütü

A. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

1982 Anayasası'nda işkence kötü muamele yasağı, Anayasa'nın 17. maddesinde "*kişinin dokunulmazlığı maddi ve manevi bütünlüğü*" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre maddenin ilk fıkrasında yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığı düzenlenmiştir¹²². İkinci fıkrada kişinin maddi ve manevi varlığına müdahaleler düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada doğrudan işkence ve kötü muamele yasağı düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada yaşam hakkına getirilen sınırlamalar düzenlenmiştir¹²³.

Anayasa'da işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği fıkrada, AİHS'de de olduğu gibi işkence ve kötü muamele yasağı, üç kavram ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bunlar, işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza ya da muamele kavramlarıdır. Anayasa Mahkemesi (AYM), bu kavramlar arasında bir derecelendirme olduğunu, bir kararında şu şekilde açıklamıştır: "*Anayasa ve AİHS tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin 'işkence' olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen 'eziyet' ve 'insan haysiyetiyle bağdaşmayan' muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan 'işkence', 'eziyet' ve 'hakaret' suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.*"¹²⁴

¹²¹ AİHM, Mursic/Hırvatistan, Başvuru No: 7334/13, K.T. 20.10.2016, par. 124,132,139-140.

¹²² İşkence ve kötü muamele türlerini oluşturan her bir muamele, kişin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne zarar vererek özel hayatına da müdahale bulunmaktadır. Kötü Muamele yasağı ile özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak değerlendirilen kişinin maddi ve manevi varlığının Anayasa'da aynı maddede düzenlenmesi de bunu göstermektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2014/6526, K.T. 24.01.2018; ayrıca Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında yine herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına değinilmektedir ki bu hususta özel hayatın gizliğinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 13.04.2014. Bu açıdan değerlendirildiğinde işkence ve kötü muamele yasağının özel hayat ile ilişkisi doğrudan ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple asgari eşik ölçütünün belirlenmesi hem işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edilmiş olup olmadığının belirlenmesine hem de özel hayata saygının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi noktasında ayrıca bir öneme sahip olmaktadır.

¹²³ Anayasa'nın 17. Maddesi: "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkraya hükmü dışındadır."

¹²⁴ AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; AYM'de işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve cezaların farklı yoğunluklara sahip olduğunu açıklayan bir başka kararı ise "Anayasa'nın 17.

Karardan da anlaşılacağı üzere kavramlar arasında AİHM'in de yorumladığı gibi bir yoğunluk farkı bulunmaktadır. Bu durumda da işkence, kişinin maddi ve manevi varlığına en çok zarar veren; eziyet, işkence düzeyine varmayan ancak kişiye yoğun acı ve zarar veren ve AİHS'de insanlık dışı muamele ve cezanın karşılığı olan fiilleri; insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve ceza ise, AİHS'de aşağılayıcı muamele ve ceza kavramlarını karşılamaktadır¹²⁵ İşkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve cezaların AİHS'deki karşılıkları ile ilgili aşağıdaki AYM kararı bu yorumu doğrular niteliktedir.

Buna göre “...belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun subjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir.”¹²⁶

AYM de AİHM'de de olduğu gibi işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermek için müdahalelerin belirli bir yoğunluk seviyesine ulaşmış olmasını aramaktadır. Mahkeme bunu “asgari ağırlık derecesi” kavramı şeklinde belirtmektedir. AYM'ye göre bu asgari eşik, göreceli olup, her olayın şartlarına göre ayrıca değerlendirilmelidir. Buna göre muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu, muamelenin amacı, kastı, muamelenin ardındaki saik değerlendirmede önem taşımaktadır. Asgari eşik aşılıp aşılmadığının belirlenmesi için değerlendirilmeye alınan bu unsurlar arasında, AYM ayrıca kötü muamelenin, heyecan ve duyguların yükseldiği esnada meydana gelip gelmediğinin de değerlendirilmesi gerektiğine değinmiştir¹²⁷.

AYM kötü muamele yasağı ile ilgili olarak kendisine yapılmış olan başvuruları değerlendirmede neleri esas alacağını kararlarında özenle belirtmekle birlikte kararlarında benzer olaylara ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunduğu gözlemlenmektedir¹²⁸. Bunun asıl sebebinin ise AYM'nin kötü muamele türleri arasındaki asgari eşik göz ardı etmesi değildir. Her olaya özgü parametreleri ayrı ayrı değerlendiriyor oluşun ileri gelmektedir.

AYM tarafında oluşturulan kötü muamele türlerinin tanımlarına değinmek gerekirse; AYM işkenceyi şu şekilde tanımlamıştır: “...anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi

maddesinin üçüncü fıkrasında ise kimseye “işkence”, “eziyet” yapılamayacağı ve kimsenin “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiş olup, hüküm Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan hukuksal çıkarları kapsamaktadır. Belirtilen düzenlemede yer alan ifadeler arasında bir yoğunluk farkı bulunmakta olup, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en ağır şekilde zarar veren muamelelerin “işkence”, bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin “eziyet”, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür.” şeklindedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T. 15.04.2014, par. 22; Benzer yöndeki AYM kararları için Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/3512, K.T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2012/1213, K.T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014; AYM, 2013/8175, K.T. 15.04.2014; AYM, Başvuru No: 2013/5680, K.T. 15.04.2014.

¹²⁵ Boyar, s. 150.

¹²⁶ AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014, par. 35; Aynı yönde başka AİHM kararı için Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T. 15.04.2014.

¹²⁷ AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6359, K.T. 10.12.2014; AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/3512, K.T. 17.07.20214; AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014.

¹²⁸ AYM'nin işkence olarak kabul ettiği basit darp konulu başvuru, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; AYM'nin eziyet olarak kabul ettiği basit darp konulu başvuru, AYM, Başvuru No: 2018/32913, K.T. 07.12.2022; AYM'nin insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza olarak nitelendiği basit darp konulu başvuru, AYM, Başvuru No: 2020/9742, K.T. 09.02.2023.

varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin 'işkence' olarak belirlenmesi mümkündür. Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde 'işkence' teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırım amacıyla ya da ayırımçı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, 'kasıt' unsuruna da yer verilmiştir."¹²⁹ AYM'nin bu kararında belirttiği işkence unsurları, vücudun maddi ve manevi varlığına zarar verebilecek en ağır muamelelerden oluşması, belirli bir amaca yönelik olmak üzere kasten yapılmış olmasıdır.

AYM, eziyet kavramının tanımlamasını aşağıdaki kararlarla yapmıştır. Ayrıca AYM bu kararında örnek olması amacıyla eziyet olarak kabul edilebilecek muameleleri özellikle somut olarak belirtilmiş ve AİHM'in insanlık dışı muamele olarak kabul ettiği bazı başvurulara atıfta bulunulmuştur. Buna göre eziyet, "İşkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstırapa sebep olan insanlık dışı muameleler eziyet olarak tanımlanabilir... Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak eziyet'te, ızdırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz.... AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirmiştir"¹³⁰

AYM tarafından, AİHS'in 3. maddesinde "aşağılayıcı muamele ve ceza" kavramını karşılaması için Anayasa'da düzenlenen "insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele veya ceza" kavramı, "Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür...Burada "eziyet'ten" farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır."¹³¹ olarak ifade edilmiştir.

AYM konuyla ilgili bir başka kararında ise bu kavramı şu şekilde ifade etmiştir. "Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence", bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin "eziyet", küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise 'insan haysiyetiyle bağdaşmayan' muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür."¹³² AYM aynı kararın devamında bir muamelenin hem eziyet hem de insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele olabileceğini ancak her insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamelelerin eziyet olarak nitelendirilemeyeceğini de belirtmiştir. Bunlara birlikte insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamelelerin neler olabileceğini örnek kabilinden saymıştır. Bunlar; "Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayırımçı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarfedilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme"¹³³ şeklindedir.

¹²⁹AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 85.

¹³⁰AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 88.

¹³¹AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 89.

¹³² AYM, Başvuru No: 2012/969, K.T. 18.09.2013, par. 22.

¹³³AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014, par. 90.

B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Asgari Eşiği

Yukarıda da belirtildiği üzere AYM kararlarında AİHM kararlarında da olduğu gibi kötü muamele türleri arasında bir yoğunluk farkının olduğu kabul edilmiştir. Bu minvalde işkence yasağını ve diğer kötü muamele türlerinin kapsamını değerlendirmiştir. Ancak AYM bu kararları verirken mağdurlara ve olaylara ait muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, mağdurun veya failin statüsü veya konumu gibi farklı bileşenleri dikkate aldığı için asgari eşik açısından kesin belirlemelerin yapılması iyece zorlaşmaktadır.

AYM, askeri ceza infaz kurumunda uygulanan kötü muameleler sonucunda ölüm olayının meydana gelmesini¹³⁴, bir kişinin aralarında resmi bir birlikelik olmaksızın birlikte yaşadığı kişi tarafından hakarete uğramasını, tehdit edilmesini, cinsel amaçla kişi hürriyetinden yoksun bırakılmasını, nitelikli cinsel istismara uğramasını ve kasten yaralanmasını ve bu olaylar için etkin soruşturma yürütülmemesini¹³⁵, hava harp okulunda eğitim gören öğrencilerin okuldan ayrılmasını sağlamak için diğer öğrenciler tarafından sistematik olarak onur kırıcı davranışlarına maruz kalması usul açısından¹³⁶, gözaltına alınmış olan kişinin vücudunda sorgu esnasında memurlar tarafından darp edilmesine bağlı olarak çok ağır yara bere olarak nitelendirilemeyecek şekilde şişlik, kızartı, morartılara rastlanmasını¹³⁷ işkence olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda AYM'nin işkence hakkında verdiği kararlar, AİHM ölçülerine göre değerlendirilecek olursa ilk iki olayın AİHM ölçülerine uygun olduğu söylenebilir. Çünkü olayın birinde ölüm olayı meydana gelecek şekilde ağır muamelelere maruz kalınma durumu söz konusuysen diğer olayda taciz, tecavüz olayı mevcuttur. AİHM tecavüz olayını tek başına işkence olarak değerlendirmektedir¹³⁸. Askeri okullarda darp olayı olmaksızın akran zorbalığına maruz kalınmasının ve gözaltında ağır bedensel bir darp olmamasına rağmen işkence olarak kabul edilmesi, AİHM ölçülerine uyum sağlamamakla¹³⁹ birlikte insan haklarının korunması açısından önemli bir gelişmedir. Ancak bu durumun insan haklarının gelişimine katkı sağlamak amacıyla değil; karar aşamasında kötü muamele türleri arasındaki acı ve ıstırap yoğunluğunun farkına dikkat edilmediği için oluşturulduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu kararlara göre daha yeni tarihli bir kararda AYM, gözaltındaki bir kişinin sorgu esnasında kemiğinin kırılmasını işkence değil; eziyet olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁰. Bu durumda AYM'nin işkence yasağı açısından asgari eşiğinin belirlenmesi pek mümkün görünmemektedir.

AYM'nin eziyet olarak değerlendirdiği muamelelerin asgari eşiğini belirlemek amacıyla şimdiye kadar eziyet yasağı hakkında verdiği kararlar incelenecek olursa;

Gösteri ve toplantı yürüyüşünün yapıldığı esnada ortamda kargaşa çıkarmak amacıyla hareket etmediği belli olan başvuruçunun, gerekli önlemler alınmadan, kontrolsüz şekilde kullanılan gaz

¹³⁴AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019.

¹³⁵AYM, Başvuru No: 2013/3262, K.T. 11.05.2016.

¹³⁶ AYM, Başvuru No: 2014/187, K.T. 23.03.2017; Benzer konulu bir başka AYM kararı ancak bu kararda AYM, söz konusu muamelenin kötü muamele yasağını ihlal ettiğın kabul etmekle birlikte işkence olduğunu özellikle belirtmemiştir. Bkz. AYM, 2014/5280, K.T. 24.05.2018

¹³⁷ AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014.

¹³⁸ AİHM, Aydın/Türkiye, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997.

¹³⁹ AİHM'e göre aşağılayıcı ve onur kırıcı muameleler, darp olayı ile birleşince işkence olarak kabul edilmektedir. Ayrıca AİHM, önemli olmayan, vücutta iz ya da kırık oluşumunun olmadığı darp olayları insanlık dışı muamele olarak değerlendirmektedir. Konuya ilişkin AİHM kararları için Bkz. AİHM, Tuncer Durmuş/Türkiye, Başvuru No: 30494/96, K.T. 02.11.2004; AİHM, Sunal/Türkiye, Başvuru No: 43918/98, K.T. 25.01.2005; AİHM, Biyan/Türkiye, Başvuru No: 56363/00, K.T. 03.03.2005; AİHM, Gültekin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 52941/99, K.T. 31.05.2005.

¹⁴⁰ AYM, Başvuru No: 2019/19503, K.T. 11.05.2023.

fişeginden dolayı başına yara alması¹⁴¹, müşahede odasında bir tutuklunun ayaklarının ve ellerinin arkadan 6 saat kelepçelenmiş bekletilmesi¹⁴², bir hükümlünün ceza infaz memurlarınca darp edilmesi, süngerli bir odada ellerine ve ayaklarına ters kelepçe takılı bir şekilde bir bekletilmesi ve çoklu ilaç zehirlenmesi yoluyla ölümü¹⁴³, zorunlu askerlik hizmeti esnasında, üstün bir askere ellerini kalorifer peteğine kelepçeleyerek fiziksel şiddet uygulaması ve bu muamele sonucunda askerin dalağının ameliyatla alınması¹⁴⁴, sakalın zorla kestirilmesi¹⁴⁵ AYM tarafından eziyet olarak kabul edilmiştir.

AYM'nin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele ve ceza olarak kabul ettiği muameleler hakkındaki kararları incelenecek olursa;

Bir hava operasyonunun gerçekleştirildiği sırada bombalama neticesi sonunda köydeki tüm yerleşim birimleri yıkılmış ve sayıda ölü ve yaralı bulunmuştur. Olay anında köyde bulunanların, yaralananların ve yakınlarının ölümüne şahit olanların, yaşanan olaydan ötürü panik ortamına maruz kalmaları, yakınlarının kötü bir şekilde ölümünü görmeleri, cesetleri, yetkililerden yardım almadan komşu köylere taşıyıp gömmeleri, yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kalmaları ve olaya dair soruşturma yürütülememesi sebebiyle yaşanan stres ve üzüntü¹⁴⁶, gösteri yürüyüşü esnasında polislerin oransız müdahalesine bağlı olarak ortaya çıkan yaralanmalar¹⁴⁷, gözaltında başvuruçunun parmak izinin alınmasına rıza göstermemesi sebebiyle kaburga kemiği kırılana kadar dövülmesi¹⁴⁸, özel işyerinde bir polis memurunun şahsi işi halledilmediği için vatandaşa, çocuklarının ve yeğenlerinin yanında küfredilmesi, ters kelepçelenerek yere yatırılması ve darp edilmesi¹⁴⁹, başvuruçunun rahatsızlığına uygun olmayan cezaevi koşullarında tutulması¹⁵⁰, çıplak arama yapılması¹⁵¹ AYM tarafından insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muamele olarak kabul edilmiştir.

AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı hakkındaki bazı kararları göz önünde bulundurulduğunda; işkence, eziyet ve insanlık haysiyeti ile bağdaşmayan muameleleri her bir kötü muamele türünü ayrı ayrı belirtmek yerine bu muameleleri "kötü muamele yasağı" başlığı altında topladığı görülmektedir. Bu durum da AYM'nin "kötü muamele" başlığı altında topladığı muameleleri ya da "kötü muamele" olarak kabul etmediği muameleleri göz önünde bulundurarak AYM'nin en azından genel olarak neleri kötü muamele olarak kabul ettiğinin ya da etmediğinin belirlemesini yapmada bizlere yardımcı olacaktır.

Buna göre polisler, gösteri yürüyüşüne katılmış olan kişilerin kilit pozisyonu dağıtmak için göstericilerin el ve kollarından tutarak çekip, taşıma işlemlerini gerçekleştirmişlerdir. AYM ise sözlü

¹⁴¹AYM, Başvuru No: 2016/9422, K.T. 13.03.2020; benzer yönde AYM kararları için AYM, Başvuru No: 2015/12263, K.T. 16.01.2020; AYM, Başvuru No: 2014/6220, K.T. 18.07.2019.

¹⁴²AYM, Başvuru No: 2014/12302, K.T. 21.9.2017.

¹⁴³AYM, Başvuru No:2014/16947, K.T. 22.02.2018.

¹⁴⁴ AYM, Başvuru No: 2020/1329, K.T. 10.05.2023.

¹⁴⁵ AYM, Başvuru No: 2013/3017, K.T. 16.12.2015.

¹⁴⁶AYM, Başvuru No: 2014/14048, K.T. 10.06.2020; Olaya ve karara referans alınan AİHM kararı için Bkz. AİHM, Benzer ve Diğerleri/Türkiye, K.T. 12.11.2013.

¹⁴⁷AYM, Başvuru No: 2014/5097, K.T. 28.09.2016.

¹⁴⁸AYM, Başvuru No: 2018/2652, K.T. 13.01.2022; AYM başka bir kemik kırılması olayını doğrudan kötü muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2020/9979, K.T. 9.2.2023.

¹⁴⁹AYM, Başvuru No: 2019/7312, K.T. 03.02.2022.

¹⁵⁰ AYM, Başvur No: 2012/1195, K.T. 18.11.2015.

¹⁵¹ AYM, Başvuru No: 2013/3187, K.T. 14.04.2016; AYM, çıplak aramanın çocuk hükümlüler dâhil olmak üzere diğer hükümlülükler açısından tek başına kötü muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmedeği başka bir kararı için ayrıca Bkz. AYM, Başvuru No: 2014/15586, K.T. 23.01.2019; çocuk hükümlüler için çıplak aramada dikkat edilmesi gereken hususlar için aynı kararın 140. paragrafına bakınız.

uyarının bir üst seviyesi olarak kabul görebilecek çekme ve taşıma işlemlerini kötü muamele olarak değerlendirmemiştir¹⁵². Bir başka başvuruda AYM, tedavisi cezaevinde devam edebilecek bir hükümlünün, rahatsızlığını ileri sürerek kendisine kötü muamelede bulunduğu iddiasıyla ilgili ihlalin olmadığına karar vermiştir. AYM'nin bu kararına göre ciddi bir rahatsızlığı söz konusu olmadığı ya da rahatsızlığına ilişkin tedavi aksatılmadığı sürece gözaltında ya da cezaevinde tutulmak bir kötü muamele örneği oluşturmayacaktır¹⁵³. Aynı şekilde AYM tarafından hamilelik bir rahatsızlıkmiş gibi kabul edilmiş ve bir kimsenin hamile olması, onun gözaltına alınmasına engel bir durum olarak değerlendirilmemiştir¹⁵⁴. Başka bir ifadeyle AYM'ye göre hamile bir kimsenin gözaltına alınması, doğrudan kötü muamele yasağını ihlal eden bir uygulama değildir. Bununla birlikte çıplak üst araması AİHM'de aşağılayıcı muamele olarak kabul edilmişken¹⁵⁵ AYM tarafından herhangi bir kötü muamele uygulaması olarak değerlendirilmemiştir¹⁵⁶.

Görüldüğü üzere AYM, doğrudan iz bırakmayan ya da herhangi bir kırığa sebep olmayan ve kamu düzeninin sağlanması adına zorunlu olan fiziki müdahaleleri kötü muamele olarak kabul etmemiştir. Bununla birlikte AYM, hapis cezası alan ya da gözaltında olan kişilerin hastalıklarını kullanarak kötü muamele yasağını bir çıkış kapısı olarak kullanmalarına izin vermemiştir. Bu bağlamda hastalığın niteliğini ve tedavi imkânlarını değerlendirerek bir sonuca varmayı tercih etmiştir.

SONUÇ

İşkence ve kötü muamele yasağı, AİHS'nin 3. maddesinde, Anayasa'nın ise 17. maddesinde düzenlenmektedir. Her iki düzenlemeye ilişkin olarak incelenen mahkeme kararlarına göre kötü muamele türleri arasında bir derecelendirme mevcuttur. Bu derecelendirme, kötü muamele uygulanma süresi, koşulları, mağdurun cinsiyeti yaşı ve sağlığına bağlı olarak çektiği acı ve ıstırapın yoğunluğuna göre yapılmaktadır. Buna göre işkence en ağır, insanlık dışı muamele ya da eziyet orta ağırlıkta, aşağılayıcı muamele ya da insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ise en hafif kötü muamele olarak değerlendirilmektedir. Asgari eşik ise bu kötü muamelelerin varlığını tespit için kullanılan ölçüdür. Bu ölçüde yukarıda derecelendirme dikkate alınan unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır ve her kötü muamele türü için ayrı bir asgari eşik belirlenmesi yapılmaktadır.

İnsan haklarının ihlal edildiğine ilişkin başvuruları inceleyen AİHM ve AYM kötü muamele türleri arasında acı ve ıstırap yoğunluğuna bağlı olarak bir derecelendirme olduğunu kabul etmekle birlikte asgari eşik ölçütünün içeriğini farklı şekillerde doldurmuşlardır. Bu noktada AİHM, içtihatlarında AİHS'in yaşayan belge olma niteliğine bağlı olarak zaman içinde benimsemiş olduğu ölçütlerde değişikliklere gitmekle birlikte genel itibari ile her kötü muamele türü için asgari bir eşik belirlemiştir ve buna uygun istikrarlı kararlar vermiştir. AİHM, asgari eşik aralığı için işkence görenin özelliklerine göre her olay bağlamında farklı muamele türünün olabileceğini kabul etmekle birlikte genellikle belirli kalıp olayları istikrarlı bir şekilde işkence, insanlık dışı muamele ya da aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir. Bunun sebebinin ise genellikle işkenceler farklı ülkelerde gerçekleştirilse bile benzer yöntemlerin işkence olarak kullanılması ve bu yöntemler her ne kadar farklı insanlar üzerinde farklı yoğunlukta acılara sebep olacağı kabul edilse bile bir nokta eşiklerinin birbirine yakın olması olabilir.

Yukarıda açıklananların ışığında AİHM'in işkence için belirlediği asgari eşik, vücudun dayanma

¹⁵² AYM, Başvuru No:2013/3936, K.T. 17.02.2016; Anı şekilde polislerin kamu düzenini sağlamak adına plastik mermi kullanması ve merminin başvurucuya isabet etmesi bir kötü muamele olarak değerlendirilmemiştir Bkz AYM, Başvuru No: 2016/176, K.T. 02.06.2020.

¹⁵³ AYM, Başvuru No: 2019/14028, K.T. 18.01.2019.

¹⁵⁴ AYM, Başvuru No: 2017/36555, K.T. 10.02.2021.

¹⁵⁵ AİHM, Valasians/Litvanya, Başvuru No: 44558/98, K.T. 24.07.2001.

¹⁵⁶ AYM, Başvuru No:2014/15586, K.T. 23.01.2019.

seviyesini zorlayan hatta sonucunda ölümün meydana geldiği muamelelerdir. İçtihatlarla yansıdığı kadarıyla bu muamelelerin görünümü ise falaka, Filistin askısı, vücuda elektrik verilmesi, tecavüz, vücuda herhangi madde sokulması, vücutta kırık oluşacak şekilde darptır. AİHM kararlarına göre bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için neredeyse öncelikli şartının (kararlarda böyle bir şarta rastlanmamasına rağmen) yoğun bir acıya sebep olan fiziksel muamele olduğu söylenebilir. Çünkü AİHM'in mağdura fiziksel bir müdahale olmaksızın işkence olarak kabul ettiği muameleler nadirdir. AİHM, işkencede olduğu gibi insanlık dışı muamele için bir eşik ölçüsü belirlemekten ziyade kalıp bazı muameleleri insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir. Buna göre kayıp kişilerin özel unsurlar eşliğinde gerçekleşen ölümlerinden dolayı mağdur yakınlarının duyduğu ıstıraplar, gözaltında bulunan kişilere işkence düzeyine varmayan, vücudunda kalıcı hasar bırakmayan yaralanmalar, sınır dışı edildiğinde kötü muameleden herhangi birine maruz kalacağı açık olan durumlar, genellikle AİHM tarafından insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir. AİHM, aşağılayıcı muamelede işkence ve insanlık dışı muamele için belirlediği asgari eşik ölçüsünün türünü değiştirmiştir. AİHM işkence ve insanlık dışı muamele için ağırlıklı olarak bedensel bütünlüğe zarar veren ve acı çektiren muameleleri asgari eşik belirlenmesinde esas alırken; aşağılayıcı muamelede duygusal bir durum olan küçük düşme ve aşağılanma durumunu dikkate almıştır. Bu sebeple küçük düşme aşağılanmaya sebep olan fiziksel müdahale ya da sözlü kötü muameleleri aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında vermiş olduğu kararlar incelendiğinde ise kötü muamele türleri arasında bir derecelendirme olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Ancak olayda farklı bileşenlere bağlı olarak benzer ya da aynı konulu, farklı başvuruların, farklı muamele türlerini ihlal ettiğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Bununla birlikte verilmiş olan kararların tarihleri dikkate alındığında ise bir içtihat değişikliğinin söz konusu olamayacağı kadar kısa süreler olduğu görülmektedir. Bu durum ise AYM'nin işkence ve diğer kötü muamele türlerinin asgari eşik dikkate almaması ihtimalini düşündürmekle birlikte kanaatimiz asıl bu duruma sebep olanın her somut olayda farklı bileşenlerin sürece dahil olmasıyla ilgili olduğu yönündedir.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

Altıparmak, Kerem. "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?" *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 1/ C.31, Y.2015, ss. 145-184.

Anayurt, Ömer. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-2/ C.12, Y.2008, ss. 421-459.

Boyar, Oya. "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2013, ss. 137-157.

Bozbayındır, Ali Emrah. "İşkence ve Muamele Yasağının Yatay Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 145 C.13, Y.2018, ss. 45-60.

Çağırın, Mehmet Emin. *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

- Dinç, Güney. *Sorularla İnsan Hakları Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006.
- Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1994.
- Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayınları, İstanbul, 2006.
- Doğru, Osman/ Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar I. Cilt*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012.
- Forowicz, Magdalena. *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006.
- Gentili, Gianluca. “European Court of Human Rights: An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010, ss. 311-322.
- Grans, Lisa, “.The State Obligation to Prevent Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: The Case of Honour-Related Violence”, *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 4, 2015, ss. 695-719.
- Greer, Steven, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola”, *Human Rights Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2018, ss. 297-307.
- Harris, David J., Michael O’Boyle, Ed P. Bates ve Carla M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Harris, David J., Michael O’Boyle, Ed P. Bates ve Carla M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku- Harris, O’Boyle&Warbrick*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2022.
- Köksal, Tuğçe Duygu. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019.
- Kuzguncu, Kübra. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı ve Yasağın Türkiye’de Uygulanması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Mavronicola, Natasa. “Is the Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Absolute in International Human Rights Law? A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Vol. 17, No: 3, 2017, ss. 479-498.
- Mutaf, Hasan, “Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S.1 C. 21, Y. 2020, ss. 237-279.
- Nal, Sebahattin. “Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde İşkence ve İnsanlık dışı Muamele veya Küçültücü Muamele veya Ceza”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 1-2 C.19, Y.1999, ss. 529-554.
- Nal, Sebahattin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 C. 15, Y. 2007, ss. 145-184.
- Nowak, Manfred. “Challenges To The Absolute Nature Of The Prohibition Of Torture And Ill-

Treatment”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23, no: 4, 2005, ss. 674-688.

Önok, R. Murat. *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Özbey, Özcan. *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.

Reidy, Aisling. *İşkencenin Yasaklanması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 92, Ankara, 2005.

Scott, George Ryley. *İşkencenin Tarihi*, Dost Kitapevi, Ankara, 2011.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001.

Vermeulen, Marthe Lot. “Living Beyond Death': Torture Or Other Ill-Treatment Claims In Enforced Disappearances Cases”, *Inter-American And European Human Rights Journal*, 1(2), 2008.

Yıldız, Abdulkadir. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Türk Mahkeme Kararları Kaynakçası*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2019.

Yılmaz, Enes/ Eray Acar. “Uluslararası Belgelerde Eziyet Yasağı ve Anayasa Mahkemesinin Eziyet Yasağını Ele Alışı”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Özel Sayı/ Cilt: 21, 2019, ss. 1375-1409.

According to the Turkish Citizenship Law No. 5901 Evaluation of The Polygamy Problem in Acquiring Turkish Citizenship Through Investment with the Recent Decision of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Verdict Dated 04.26.2022

Burcu İRGE ERDOĞAN *

¹ Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 06.10.2023
Kabul Tarihi: 18.04.2024
Yayın Tarihi: 27.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Vatandaşlık,
Yatırım,
Eşin vatandaşlığı,
Kamu düzeni,
Çok eşlilik.

ÖZET

Bu çalışma, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK) 12/1-b maddesi uyarınca, vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancıların kendi ülkesine göre geçerli olarak birden fazla evlilik yapması halinde eşlerinin vatandaşlık kazanıp kazanmayacağı meselesine ışık tutulması ve konunun kamu düzenini ilgilendiren yönlerinin tartışılması amaçlanmıştır. Türk vatandaşlık hukuku kurallarında vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılması eşin vatandaşlığını etkilememektedir. Ancak TMK 12/1-b maddesine getirilen yenilik bu kuralın bir istisnasıdır. Herhangi bir şart aranmaksızın eşi vatandaşlık kazandırılması Türk vatandaşlık hukuku ilkelerine aykırıdır. Çok eşli yatırımcıların eşlerinin Türk vatandaşlığını kazanmasında önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ne yazık ki kanun koyucu bu konuda yaptığı düzenlemede sakıncaları dikkate almadığını ortaya koymuştur. Vatandaşlığın sonradan kazanılması durumunda aranacak sıkı şartlar varken, yatırım vatandaşlığında daha esnektir. Bu da vatandaşlık edinimine verilen değeri azaltmaktadır. Bu çalışmada yatırım yoluyla vatandaşlık başvurusunda bulunan kişinin birden fazla evliliği varsa bu evliliklerin butlanına ilişkin güncel Yargıtay kararına da değinilmiştir. Söz konusu kararda Türk vatandaşlığını sonradan kazanan kişinin birden fazla eşinin Türk vatandaşı olması ve bu evliliklerin yok hükmünde olması ile ilgilidir. Türk kamu düzenini açıkça etkileyecek olan bu durumun önüne geçilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanımında Çokeşlilik Sorununun Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesinin 26.04.2022 Tarihli Güncel Kararı ile Değerlendirilmesi

Article Info

Article History

Received: 06.10.2023
Accepted: 18.04.2024
Published: 27.06.2024

Keywords:

Citizenship,
Investment,
Spouse's citizenship,
Public order,
Polygamy.

ABSTRACT

The prohibition of torture and ill-treatment, protected in Article 3 of the European Convention on Human Rights and Article 17 of the 1982 Constitution, is a right that directly safeguards the most fundamental rights to protect the physical integrity and human dignity of the person. Torture and inhuman and degrading treatment, which are considered a violation of this right, are subject to highly indistinguishable and ambiguous criteria. Accordingly, the severest one of such conscious and deliberate practices that humiliate people, injure their dignity, and cause them material and moral pain and suffering, is considered torture. The moderate one is inhuman treatment as expressed in the Convention and torment as expressed in the Constitution, and the mildest one is degrading treatment as expressed in the Convention and treatment incompatible with human dignity as expressed in the Constitution. The most basic criterion of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court in determining the said treatments is the minimum threshold range. Accordingly, the



minimum threshold range is the criterion that serves to determine which type of ill-treatment will be evaluated by considering both the subjective and objective elements of the victim. The present study aims to make the minimum threshold range, an ambiguous criterion, as clear as possible in the context of the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court.

To cite this article:

Erdoğan, B. İ. (2024). According to the Turkish Citizenship Law No. 5901 Evaluation of The Polygamy Problem in Acquiring Turkish Citizenship Through Investment with the Recent Decision of the 2nd Civil Chamber of the Supreme Court of Verdict Dated 04.26.2022, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 224-240. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.116>

* burcuirge@gmail.com

INTRODUCTION

Acquisition of Turkish citizenship has two types. Original acquisition is acquisition of citizenship by birth.. When a child is born and he immediately acquires a nationality for a reason which has some connection to his or her birth, the original acquisition, we say, has been realized. We call the nationality acquired by the mode the original nationality. The second type of acquisition of Turkish citizenship is derivative acquisition. It's the acquisition of nationality by some reason other than birth and at a time after the birth. General acquisition of Turkish citizenship, exceptional acquisition of Turkish citizenship , reacquisition of Turkish citizenship, acquisition of citizenship by marriage, acquisition by the decision of adoption, and acquisition by right of option are the other types of original acquisition. The most noticeable way of acquiring citizenship in recent years is *Ius doni*, meaning acquisition of citizenship by investment¹. Acquisition of citizenship by investment is also a new method added to the acquisition by exceptional means in Article 12 § 1-b of the Turkish Citizenship Law².

Currently, persons who meet the investment conditions set out in Article 20 of the Regulation on the Implementation of the Turkish Citizenship Law (Regulation)³ can apply for Turkish citizenship exceptionally, and the investor's spouse and children can also become Turkish citizens within this scope. What is essential in the norms of Turkish citizenship law is that the acquisition of citizenship of a person does not affect the spouse. However, in citizenship by *Ius doni*, which is the subject of the study, the spouse also has the opportunity to acquire citizenship with the investor.

In a few countries polygamic marriages⁴ are legally accepted. As such, the question arises as to

¹ Kalin, Christian H. *IusDoni in International Law and EU Law*, Leiden, 2019, p. 46.

² ."According to the AA, former Turkish Minister of Interior Süleyman Soylu informed that 25.969 foreign investors also acquired the Turkish citizenship by meeting the necessary criteria. Stating that the income from these foreign investors is 7 billion 530 million dollars, Soylu said that the investments of these people are real estate investments, and business and real estate investments." <https://www.gazeteduvar.com.tr/soylu-turkiye-vatandasi-olan-multeci-sayisini-acikladi-haber-1564114> (03.17.2023).

³ Regulation On The Implementation Of The Turkish Citizenship Law: Acceptance Date: 02.11.2010, Official Newspaper: 04.06.2010 /27544.

⁴ Polygamic marriages have two types. First one is polyandrous marriages mostly seen in Tibet, Nepal and Bhutan. In this type, women could marry more than one men. The other type, known as polygny marriages mostly seen in Islamic countries that man could marry more than one women at the same time: Thobejane, Tsoaledi Daniel. "An Exploration of Polygamous Marriages: A Worldview", *Mediterranean Journal of Social Sciences*,

what will be the opportunity to benefit from the "spouse" status in the applications made by these people to become Turkish citizens through investment, and whether the applications of these spouses are answered positively or negatively in the case of multiple spouses in practice. In the case of residence permits in the case of more than one spouse, the family residence permit is also mentioned in Article 34/2 of the Code of the Foreigners and International Protection⁵ (FIPL) about "(2) *In case of marriage with more than one spouse according to the law of the country of citizenship, only one of the spouses shall be granted a family residence permit. However, children from other spouses may also be granted a family residence permit.*" While there is no expression in the short-term residence permit within the scope of Article 31/1-j, which is the basis for the acquisition of citizenship.

It is obvious that the issue of the citizenship of spouses in Turkish citizenship by investment is contrary to the Turkish public order and the Turkish family structure in the long term. As a matter of fact, if a foreigner who has a valid marriage according to the law of his own country acquires Turkish citizenship and make these marriages be remain valid, it means that a Turkish woman could be officially deemed as the second or third wife within the context of civil law. This situation is contrary to the Turkish Constitution, the basic principles of law and the Turkish Civil Code⁶. For this reason, in our opinion, two methods should be provided in the current legal system in order not to recognize these marriages in the Turkish legal system⁷. The first of these is that if there is more than one marriage, the chance becoming a Turkish citizen may be bestowed to a single spouse not to the other spouses in any way. The second is that if each of these spouses has been granted citizenship in some way and has become a Turkish citizen, the Public Prosecutor's Office should bring this problem before the Court for the annulment of the marriage concerned.

I. Turkish Citizenship by Investment

A. General Terms

States have the exclusive domestic jurisdiction regarding citizenship⁸. While this exclusiveness of jurisdiction also be seen in the European Convention on Nationality as "Each State shall determine under its own law who are its nationals" (art. 3), it is also included in the Turkish Constitution, art. 66 states that "*Citizenship is acquired under the conditions specified by the law and can only be lost in cases specified by the law.*".

Citizenship constitutes a legal and political link between the state and the individual⁹. A person's

Vol. 5, No. 27, December 2014, p. 1061; E. G. L. "Polygamy and the Conflict of Laws." *The Yale Law Journal*, vol. 32, no. 5, 1923, pp. 471–77. <https://doi.org/10.2307/788743>. Accessed 21 Dec. 2023.

⁵ Foreign and Internainal Protect Law, Law Number: 6458, Acceptance Date: 04.04.2013, Official Newspaper: 04.11.2013 /28615.

⁶ Turkish Civil Code: Law Number: 4721, Acceptance Date: 11.22.2001, Official Newspaper: 12.08.2001 /24607.

⁷ "*The dimensions of the individual, social, spiritual problems, the familial-human problems that polygamy brings with it far exceed the dimensions of all these legal problems... Far beyond this simple legal phenomenon, it means that the mutual love, affection and solidarity between the spouses and children that make up the family are also divided and crumbled, so that the problems that polygamy has piled up before the jurist remain dramatic in comparison with the deep traces it has left especially in women and children.*" Serozan, Rona. "Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çokevlilik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 41, Issue. 3-4, 1975, pp. 293-306.

⁸ Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, p. 14; Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 30. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2022 p. 5; Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı / İzmirli, Lale Ayhan. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 18. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara, 2022, p.6

⁹ Yılmaz, Alper Çağrı. "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae", *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 38, 2018, p. 191, 216.

citizenship and its material sense are important. Certain conditions must be sought for this "bond" to be established between citizenship and the state. Seeking these conditions is an acceptable reality for the state to grant a person the highest status, such as citizenship. In Turkish law, at least the residency requirement is not even required to create that link between the state and the person in acquiring citizenship by investment. The only criterion sought in citizenship by investment is that "national security and public order" obstacle other than the investment to be made¹⁰. The acquisition of citizenship by investment is a situation encountered in the laws of different countries¹¹. However, the fact that it is only conditional on investment is also seen as inconvenient by the countries implementing this system¹², often requiring the person to reside in the country where he will acquire citizenship¹³. On the other hand, Turkish law does not require the realization of the investor's intention to reside and settle in Türkiye¹⁴.

Article 12/1-b of the TCL regulates two types of foreigners and their spouses and children to be granted Turkish citizenship in exceptional ways. The first of these is Article 31 of the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection (FPIL). Those who have received a residence permit in accordance with the clause (j) of the first paragraph of the article. According to this article, persons who have received a short-term residence permit are required in Article 31/1-j of the FPIL; *It is defined as "those who do not work in Türkiye but will invest in the scope and amount to be determined by the President of the Republic and their foreign spouses, minor or dependent foreign children of themselves and their spouses"*¹⁵. The concept we call investment citizenship is not actually expressed in this article alone. In the TCL, of course, Article 12/1-a has been applied for years¹⁶: *"Persons who bring industrial facilities to Türkiye or who have passed, or are thought to pass, extraordinary service in the scientific, technological, economic, social, sportive, cultural and artistic fields and for whom the relevant*

¹⁰ Erkan, Mustafa. "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramlarının İncelenmesi", Editörler: Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı / İzmirli, Lale Ayhan, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2019, pp. 7-38.

¹¹ On the commodification of citizenship by investment in comparative law, see Gölcüklü, İlyas. "Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri", *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 40, Issue. 1, 2020, pp. 125- 137.

¹² Christians, Allison. "Buying In: Residence and Citizenship by Investment." *St. Louis University Law Journal*, Vol. 62, 2017, 51–71; Dzankic, Jelena. "The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective", *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, 2012/14; Petra Weingerl/ Matjaž Tratnik. "Citizenship by Investment Programs from the Perspective of International and EU Law" *Lexonomica*, Vol. 11, No. 2, December 2019, pp. 95-126.

¹³ On the exceptional acquisition of Turkish citizenship by countries such as Brazil, Austria and Slovenia, see Köşgeroğlu, Banu Şit. "İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması", *Hacettepe Law Review*, Vol. 7, Issue. 1, 2017, pp. 169–198; Karşılaştırmalı hukukta yatırım vatandaşlığı hakkında bkz. Kaya, Talat. "Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış", *İnönü University Law Review*, Vol. 12, Issue. 1, 2021, pp. 115-132; Türe, Nazlı. "Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Vol. 11, Issue. 39, 2019 , p. 83, 90.

¹⁴ For the opinion that citizenship application in Türkiye should be required for residence, especially in terms of security measures, see ibid pp. 125-128; Öztürk, Necla. "*Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma*", 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022 p.191.

¹⁵ For thoughts about dependent children, Güngör, p. 111-119.

¹⁶ In the doctrine, it is emphasized that the expression in this article can cause the use of love and create negative situations, Göğler, Erdoğan. *Tabiiyet Hukuku*, Ankara, 1972, p. 72. In addition, the persons within the scope of this paragraph, who are expected to make an extraordinary contribution, must have made a significant contribution to the development of Türkiye in the fields of sports, arts and culture, and there must be strong predictions in this direction. Güngör, p. 109; Baran Çelik, Neşe. "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 130, 2017, p. 367.

ministries have made a reasoned offer." While there was a provision¹⁷, the legislature introduced Article 12/1-b in 2016 (Added: 28/7/2016-6735/27md.) and expanded the situations regarding the acquisition of citizenship by exceptional means, foreigners within the scope of this article became widespread through the purchase of immovable property as reported in the public and press¹⁸.

With the provision of 12/1-b added to the acquisition of Turkish citizenship by exceptional means from the derivative acquisition of Turkish citizenship, the acquisition of citizenship by purchasing immovable property is made possible by the Regulation and the guidelines issued pursuant to this regulation¹⁹. Within the scope of paragraph b) of paragraph 2 of Article 20 of the Regulation on the Implementation of the Turkish Citizenship Law: *"Provided that the undertaking that it has purchased immovable property in the amount of at least 400,000 US Dollars or its equivalent in foreign currency on the condition that it is not sold for three years in the land registry or that a condominium or condominium has been established and that at least 400,000 US Dollars or its equivalent foreign currency amount has been deposited in advance and that it will not be transferred and abandoned in the land registry for a period of three years Foreign persons identified by the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change, to whom the sale of the immovable property is promised with the contract arranged in the notary, can acquire Turkish citizenship with the decision of the President*²⁰.

¹⁷ In the justification of TCL No. 5901: *"With the article; Foreigners who bring industrial facilities to Türkiye or who have passed or are thought to pass extraordinary service in the scientific, technological, economic, social, sportive and artistic fields and whose reasoned offer has been made by the relevant ministries and whose status is deemed appropriate by the Ministry of Interior, those who are deemed necessary to be naturalized and the foreigners who are accepted as immigrants are exceptional to Turkish citizenship, provided that there is no obstacle in terms of national security and public order. will be available. In this way, there should be no obstacle in terms of national security and public order in acquiring citizenship. Those whose status complies with this condition will be able to become Turkish citizens upon the proposal of the Ministry of Interior and the decision of the Council of Ministers."* statements. 23rd Legislative Year, Draft Turkish Citizenship Law and Report of the Committee on Internal Affairs (1/458), p. 6

¹⁸The scope and amount of the investment required for foreigners who want to gain citizenship within the scope of this article was first regulated by the Regulation on the Amendment of the Regulation on the Implementation of the Turkish Citizenship Law dated 01.12.2017 and about these scope and amounts; amendments were made respectively on 01.12.2017, 09.19.2018, 12.07.2018, 01.06.2022 and 06.13.2022 <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/yabanci-konut-alimlarinin-yuzde18-6si-vatandaslik-icin-42315051>; <https://www.dunya.com/sectorler/emlak/sector-temsilcilerinden-kentsel-donusum-cagrisi-haberi-692004>; <https://listelist.com/yabancilara-konut-satisi-rekor-duzeve-ulasti/>. (08.08.2023).

¹⁹ Guidance on the Regulation on the Implementation of the Turkish Citizenship Law (06.13.2022) <https://www.tkgm.gov.tr/yabancii-db/vatandaslik-icin-tasinmaz-edinimi-hakkinda-mevzuat>

²⁰ "a) (Amended: O.G.-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 Art.) Determined by the Ministry of Industry and Technology to have made a fixed capital investment of at least 500,000 US Dollars or its equivalent in foreign currency.

b) (Amended: O.G.-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 Art.) The Environment in which it has purchased immovable property in the amount of at least 400,000 US Dollars or its equivalent in foreign currency on the condition that an annotation not to be sold for three years is placed in the land registry or where a condominium or condominium has been established, at least 400,000 US Dollars or its equivalent foreign currency amount has been deposited in advance and the sale of the immovable property is promised by a notarized contract provided that the commitment not to transfer and abandon it for three years is annotated in the land registry, Identified by the Ministry of Urban Planning and Climate Change.

c) (Amended: O.G.-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 Art.) Determined by the Ministry of Labor and Social Security to have created employment for at least 50 people.

ç) (Change: O.G.-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 Art.) Determined by the Banking Regulation and Supervision Agency to have deposited at least 500,000 US Dollars or its equivalent in foreign currency deposits in banks operating in Türkiye on the condition that they are kept for three years.

d) (Amended: O.G.-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 Art.) Determined by the Ministry of Treasury and Finance to have purchased State debt instruments in the amount of at least 500,000 US Dollars or equivalent in foreign currency on condition that they hold for three years.

According to one opinion in the doctrine, these requirements contained ²¹in art. 20/2 of the Regulation are not additional requirements imposed on art. 12/1-b of the TCL, since the principle of legality is essential. The conditions required by the regulation are the issues that can be taken into consideration at the stage of evaluating the discretion / appropriateness of the administration.

According to Article 12/1-b of the TCL, the most common form of citizenship acquisition is the acquisition of immovable property. Today, a foreigner who purchases immovable property worth 400,000 USD in Türkiye can obtain the right to apply for Turkish citizenship with his family²². In accordance with Article 35 amended by Law No. 6302²³ on the acquisition of citizenship by foreigners and the application for Turkish citizenship through the purchase of real estate, Türkiye has provided the citizens of 183 countries with the opportunity to buy immovable property without the requirement of reciprocity. However, in accordance with the Retaliation Law²⁴ Numbered 1062, Syrian citizens cannot obtain Turkish citizenship through the acquisition of real estate.

Persons who will obtain the second type of acquisition in Article 12/1-b of the TCL; are turquoise card holders. The Turquoise card is an innovation introduced by the International Laborforce Law²⁵. The Turquoise Card is *"the document granting the foreigner the right to work indefinitely in Türkiye and the right of residence for his spouse and dependent children according to the provisions of the legislation"* (Article 3 / § of the International Labor Law). As explained in the justification of the law, *"In order to monitor and evaluate the international labor force potential and mobility for our country to have a competitive advantage in the economic and political field, the Turquoise Card system, which is a new work permit system facilitated for the acquisition of highly qualified human resources to our country with its education level, professional experience, contribution to science and technology and any field of strategic importance, has been established."* The Turquoise card brings the privilege of being a foreigner with privileged status for , strategically important foreigners crucial for Türkiye. Turquoise Card Regulation²⁶ entered into force in 2017. The Turquoise Card Regulation contains detailed regulations on the subject²⁷. According to the aforementioned legislation, foreigners holding a

e) (Added: 13/3/2017-2017/10008 K.) (Amended: OG-6/1/2022-31711-C.K-5072/1 art.) Determined by the Capital Markets Board to have purchased a real estate investment fund participation share or venture capital investment fund participation share in the amount of at least USD 500,000 or its equivalent in foreign currency on the condition that it has been held for at least three years.

f) (Added: O.G.-13/5/2022-31834-C.K-5554/2 Art.) Determined by the Insurance and Private Pension Regulation and Supervision Agency to have invested in the private pension system a contribution of at least USD 500,000 or its equivalent in foreign currency in the private pension system, provided that it remains in the funds whose scope is determined by the Insurance and Private Pension Regulation and Supervision Agency and remains in the system for three years."

²¹ Güngör, p. 118.

²² For a detailed explanation of the acquisition of citizenship through the acquisition of immovable property, see Acquisition of Citizenship. Annex to Circular No. 2019/5 Guidance dated 01.02.2023. For an explanation of the subject, see Bayata Canyaş, Aslı. "Yabancı Gerçek Kişiler Lehine Türkiye'deki Taşınmazlar Üzerinde Kat İrtifakı Tesisi ve Kat İrtifakı Tesisinin Türk Vatandaşlığı Kazanmaya Etkisi" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Vol. 8, Issue. 16, 2020, pp. 91-109; Yüksek, Elif. *Türk Vatandaşlığının Yatırım Yoluyla Kazanılması*, 1. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, p. 67; Özkan, Işıl. "Vatandaşlık Satılabilir bir Şey midir?", *Uluslararası Sanat Kültür ve İletişim Dergisi*, Vol. I, Issue. 1, 2018, pp. 53-78.

²³ Law Amending The Land Registry Law And Cadastral Law: Law Number: 6302, Acceptance Date: 07.28.2016, Official Newspaper: 05.18.2012/28296.

²⁴ Retaliation Law: Law Number: 1062, Acceptance Date: 05.28.1927, Official Newspaper: 08.13.2016/608.

²⁵ International Laborforce Law: Law Number: 6735, Acceptance Date: 05.28.1927, Official Newspaper: 06.15.1927/29800.

²⁶ Turquoise Card Regulation: Official Newspaper: 03.14.2017/30007.

²⁷ For detailed information about the Turquoise Card and its application, please see Turquoise Card. Çalışkan, Zeynep. "Yabancı Yatırımların Teşviki: Turkuaz Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler",

Turquoise Card and their spouses and children can also acquire Turkish citizenship within the scope of Article 12/1-b of the TCL²⁸.

B. Circumstances That May Arise in the Acquisition of Turkish Citizenship According to Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law

According to the legislation in force in Türkiye today, there are positive regulations on giving advantages to people who invest in Türkiye. The main ones are; a separate legal regulation for foreign investors, providing convenience for foreign direct investors; with the issuance of a Turquoise card, Turkish citizens were granted the opportunity to become citizenship by benefiting from the rights granted to them in the status of privileged foreigners and finally to be granted citizenship by making arrangements to Article 12/1-b of the TCL. We find it positive that investment is made attractive with the encouragement of foreign investors for Turkish economic development. We believe that a foreigner is given sufficient opportunity to benefit from certain privileges based on the legislation in Türkiye. However, if this person and acquires Turkish citizenship, a legal confusion occurs. We would like to point out that instead of being complementary to each other, arrangements that intersect and contradict each other from time to time will cause confusion.

The Foreign Direct Investments Law (FDIL)²⁹ entered into force in order to encourage and protect foreign investors in Türkiye. The purpose of this law is to regulate the principles regarding the encouragement of foreign direct investments, the protection of the rights of foreign investors and compliance with international standards in the definition of investment and investor, the transformation of the permit and approval system into an information system in the realization of foreign direct investments and the increase of foreign direct investments through the determined policies (art.1). According to the FDIL, persons who can gain the status of foreign investors are natural persons with citizenship of foreign countries; Turkish citizens residing abroad; are legal entities and international organizations established according to the laws of foreign countries. In this context, convenience and advantages are offered to foreign investors. In terms of the foreign real person who invests in Türkiye, the foreign direct investor who has the citizenship of the foreign country can obtain Turkish citizenship if the real person meets the investment condition in the amounts shown in Article 20 of the Regulation.

In order to obtain Turkish citizenship by investment, the person concerned must also have a short-term residence permit. In this case, confusion arises when the investor acquires Turkish citizenship through investment while residing in Türkiye. It is necessary to evaluate whether the foreign direct investor will be an investor within the scope of FDIL if he gains Turkish citizenship. Real persons with foreign citizenship and Turkish citizens residing abroad have been accepted as direct foreign investors within the scope of FDIL. Turkish citizens residing abroad can benefit from the protection provisions under FDIL as long as they reside abroad. It is concluded that foreign direct investors who are citizens of foreign countries cannot be included in the scope of the definition of investor specified in FDIL if

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 15, Issue. 2, 2016, pp. 55-88; Kavlak, Bengül. "Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Turkuaz Kart", *YBHD*, Issue. 2, 2019, pp. 337-362.

²⁸In the provision of Article 19/3 of the Turquoise Card Regulation on the acquisition of citizenship within the scope of Article 12 of the TVK of Turquoise Card holders, the acquisition of Turkish citizenship by relatives is regulated in violation of the legislation. According to the statement in the turquoise card regulation; "Within the scope of the subparagraph (b) of the first paragraph of Article 12 of the Turkish Citizenship Law No. 5901 dated 25/9/2009, the Turquoise Card holder and his/her relative may acquire Turkish citizenship if proposed by the Ministry, provided that there is no obstacle in terms of national security and public order and the transition period registration is removed.is. As can be seen, the statements in this article are incompatible with the TCL and undermine the principle of legality, Güngör, p. 119.

²⁹ The Foreign Direct Investments Law: Law Number: 4875, Acceptance Date: 06.05.2003, Official Newspaper: 03.17.2003/25141.

they reside in Türkiye after acquiring Turkish citizenship³⁰. It should also be noted that if these persons subsequently acquire Turkish citizenship, if they continue to reside abroad, Turkish citizens residing abroad will also be able to continue to benefit from the foreign direct investor provisions since they are considered as direct foreign investors.

According to Article 5, paragraph b of the Turquoise Card Regulation in terms of Turquoise Card holders, which is another opportunity recognized for foreign real persons: "Considered as a highly qualified investor in terms of the level of investment or export, the size of the employment it will provide, its contribution to scientific and technological development and similar features." People can apply for a Turquoise card. In this context, a real person who is a foreign direct investor who is a citizen of a foreign country can also obtain the status of "privileged foreigner" provided that he applies to the Turquoise Card application. In this case, although the person is a foreigner, he can benefit from the rights granted to Turkish citizens except for the exceptions specified in the Law. While this is the case, the national benefit in giving the person the opportunity to gain Turkish citizenship is not understood. The person concerned can benefit from all the opportunities in Türkiye exactly as a citizen, except for the works reserved for Turkish citizens.

Finally, in terms of providing the necessary incentive for an investor to invest in Türkiye, the granting of citizenship through investment, which we included in our study, FDIL; At the point of providing privileges for business and transactions in Türkiye, we would like to state that while it is possible to give privileged foreigner status such as Turquoise Card, we do not find it suitable to bestow Turkish citizenship so easily. It should also be emphasized that persons who bring industrial facilities to Türkiye or make significant investments in Türkiye, who have the status of qualified investors, already have the right to apply for Turkish citizenship according to Article 12/1-a of the Turkish Citizenship Law

II-The Role of the Spouse in Acquiring Turkish Citizenship by Investment

According to the regulation in Art. 20/2 of the TCL and Art. 37/1 of the Regulation; "The subsequent acquisition of Turkish citizenship does not affect the citizenship of the spouse". On the other hand, according to Article 11/1-b of the TCL; "Pursuant to subparagraph (j) of the first paragraph of Article 31 of the Law on Foreigners and International Protection dated 4/4/2013 and numbered 6458, residence permit holders and foreigners holding Turquoise Card and their foreign spouse, minor or dependent foreign child of themselves and their spouse." and within the scope of this article, in the case of acquisition of Turkish citizenship, it is allowed that the citizenship acquired subsequently affects the spouse³¹.

According to one view in the doctrine, It is a deficiency that within the scope of Article 12/1-b of the TCL, it is not considered that foreigners who have an investment or Turquoise card may have more than one marriage or a same-sex marriage, and that no regulation has been made about the procedure to be applied in these cases³². The author notes that regarding granting citizenship to the spouse within the scope of Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law, this is not an automatic

³⁰ İrge Erdoğan, Burcu. "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Kapsamındaki Yabancı Gerçek Kişinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanması", Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 04-06 July 2022: <https://webis.akdeniz.edu.tr/uploads/1139/files/o%CC%88zet.pdf>

³¹ In the documents requested in exceptional citizenship applications; Certificate of civil status and certificate of marriage if married, certificate of divorce if divorced, death certificate of spouse if widowed; A document such as a birth certificate or population registration sample showing the identity information of the person and a population registration sample or similar document proving the family ties of the spouse and children if married." <https://www.nvi.gov.tr/turk-vatandasliginin-kazanilmasi>

³² Baran Çelik, p. 357.

acquisition, but only an application for privilege acquired due to the naturalization of the spouse³³.

In another view in doctrine; In the aforementioned article, the drawbacks of the spouse are also referred to as a question of consensual marriage. The author foresees that unreal marriages can be made just to take advantage of this opportunity. In addition, according to the view we agree with, we do not find it right that the conditions required for acquisition through marriage with an existing Turkish citizen are not required for citizenship by investment. Serious difficulties may arise in the implementation of unconditional citizenship for spouses in Article 12/1-2 of the Turkish Citizenship Law

Another problematic area is the fact that the condition of 3 years of retention in the acquisition of citizenship by investment cannot be met due to death. If the investor spouse dies before the completion of 3 years, how will the spouse's and children's citizenship be affected. There is an opinion in the doctrine that it would be correct to withdraw Turkish citizenship³⁴.

In our opinion, contrary to the general principles of Turkish citizenship law, the issue of granting citizenship to the "spouse" here is not appropriate. If the legislator's purpose was to ensure family unity, he rejected it with a mandatory provision for other cases of citizenship acquisition. However, it is stated that the purpose of preserving the family unity in citizenship through investment is achieved.

While none of the cases of subsequent citizenship acquisition in the TCL affect the citizenship of the spouse, it is clear that the direct acquisition of the spouse to Turkish citizenship by investment is incompatible with the regulations in the law. For example, for a foreigner who marries a Turkish citizen, while the conditions required for the acquisition of Turkish citizenship through marriage are subject to strict form conditions in both the law and the regulation, we do not find it appropriate to take Turkish citizenship with investment without any conditions in citizenship by investment³⁵.

III- Problems That May Arise When The Person Who Acquires Turkish Citizenship By Investment Has More Than One Valid Marriage

A foreigner may have more than one valid marriage in his country of nationality. Marriages performed in a foreign country are formally valid according to Article 13/2 of the Turkish Code of Private International and International Procedural Law (PIPL)³⁶. (Is polygamic marriages issue related with the substantive requirements of marriage (13/1) or the form of the marriage? (13/11)) Even if it is not in accordance with Turkish law, the marriage of a foreigner, valid according to his personal status, is

³³ Baran Çelik, p. 401. Writer; "As a matter of fact, the fact that the foreigner has more than one marriage has been taken into consideration in Article 34 of the YUKK, which regulates the family residence permit. Accordingly, according to the law of the country of citizenship, only one of the spouses is granted a family residence permit in case of marriage with more than one spouse. However, children from other spouses may also be granted a family residence permit (Art.34/2). Although the expression of the law of the country of which he is a citizen initially seems to be compatible with Article 13/1 of the MoH.C., since it is possible to authorize a law other than national law due to the application of Article 13/1 with reference and since national law cannot be applied in accordance with Article 4 of the Mohuk in the case of stateless, refugees and those injured by international protection, it would have been more appropriate to make arrangements in the law as 'more than one marriage according to the law designated as competent in accordance with the Mohuk'." statements.

³⁴ Yüksek, p. 173.

³⁵ According to the view we agree with; The author expressed reservations about granting citizenship to the spouse in the acquisition of citizenship by investment, arguing that in addition to the application of the obstacle of "national security and public order" in the matter of polygamy, it is useful to introduce a restrictive provision in the residence permit in Article 31/1-j of the FIPL as in the case of the family residence permit Yüksek, p.139. Shevtsova, Maryna. "Acquisition of European Union citizenship through marriage: Citizenship policies and the experience of transnational couples in Germany and Italy" *Central European University, Department of Gender Studies*, Budapest, 2013, p.46.

³⁶ Private International and International Procedural Law: Law Number: 5718, Acceptance Date:11.27.2007, Official Newspaper: 12.12.2007/26728.

also valid in Turkish law. However, from the moment the foreigner acquires Turkish citizenship according to Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law, the basic principles of Turkish public order and civil law should be taken into consideration here. However, as soon as the person acquires Turkish citizenship, he is now subject to Turkish law (Article 4/1-b of the PIPL), so marriages performed in violation of the Turkish Civil Code are invalid. For example, in the case of marrying more than one spouse, while it is valid and usual to marry in the other country of which he is a citizen, according to the Turkish Civil Code in Türkiye, marriage is absolutely superstitious. In this case, the public prosecutor shall immediately terminate the second marriage by filing a case for the annulment of the marriage. The issue encountered in practice and which constitutes the essence of this study arises here. As it is sometimes reflected in the press,³⁷ people who have more than one marriage and who are nevertheless granted Turkish citizenship through investment in each of their spouses become a "Turkish family" at the end of the day. The problem that this practice will create over time is bigger and more complex than it is thought.

In our opinion, in addition to our criticisms in acquiring Turkish citizenship through investment, it is not appropriate to give citizenship to the spouse of the person who invests exceptionally. In addition, it is possible that the concept of "spouse" can be more than one marriage according to its national law. In this case, the fact that the "spouses" are Turkish citizens is incompatible with Turkish civil law rules and requires a solution³⁸. We would also like to point out that in practice it is technically possible for polygamous investors to take their second wives under Article 12/1-c of the Turkish Citizenship Law. Suppose the first spouse of the foreign investor is taken in accordance with Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law. In that case, there is no objection by law to include the other spouse/spouses within the scope of persons deemed necessary according to Article 12/1-c. In our opinion, this situation is of a nature that will seriously undermine public order and should not be allowed. Currently, it is imperative that the relevant institutions identify the persons who could obtain citizenship in this way in Türkiye and that the relevant audits are carried out.

According to one view in the doctrine, it would be useful to regulate the relevant regulation by adding the phrase "the foreign spouse of the person concerned in the family union" to Art. 12/1-b of the TCL. Otherwise, consensual marriages may occur just for the acquisition of citizenship. It was also stated that if the foreign investor is polygamous, this issue should be subjected to the obstacle of "public order" by the administration. In the decision to grant Turkish citizenship to more than one spouse, the author considers it appropriate to get back Turkish citizenship per Article 40 of the TCL³⁹.

IV- Precedent Decision Review: 2 nd Civil Chamber Of The Supreme Court Supreme Court 2021/10953 Number, 2022/3995 Decision Number, Dated: 04.26.2022⁴⁰

It is necessary to discuss the status of the marriages of persons who have acquired Turkish

³⁷ <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/yargitaydan-turk-vatandasligina-gecen-cok-esli-suriyelilere-iliskin-emsal-karar-2023964>. <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1618584-yabancilara-vatandaslikta-ikinci-es-ve-cocuk-formulu> (08.01.2023).

³⁸ Since same-sex marriages are not considered valid in terms of Turkish law, they are not included in order not to expand the scope of the study, see Same-sex marriages for information. Sirmen, Kazım Sedat. "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 58, Issue. 4, 2009, pp. 825-880.

³⁹ Yüksek, p.175.

⁴⁰ See for the decision. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> For a report on the subject, see: <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/yargitaydan-turk-vatandasligina-gecen-cok-esli-suriyelilere-iliskin-emsal-karar-2023964>.

citizenship and who are polygamous in the context of Turkish law. As seen in current practice⁴¹, it is possible for foreign investors who acquire Turkish citizenship to have more than one spouse. On the other hand, polygamous marriages are invalid under Turkish law. Therefore, it is necessary to decide on the invalidity of marriages other than the first marriage. public prosecutors are authorized in this regard. In the decision we will examine below, there is a case study on the subject matter of our study.

Summary of decision: *"At the conclusion of the proceedings between the parties, the judgment rendered by the Civil Division of the District Court, the date and number of which is shown above, was appealed by the defendants and the documents were read and considered accordingly:*

Whereas the writings in the file, the evidence on which the decision is based and the statutory exigencies and, in particular, whether a marriage has taken place in accordance with Turkish Law (Art. 124-160 of the Turkish Civil Code) remain within the scope of the family court's duty pursuant to Law No. 4787; that the validity of a marriage and its violation of the Turkish public order cannot be examined by the court of first instance. WHEREAS the judgment in accordance with procedure and law is UPHeld by rejecting the appeals which are not in place according to the merits of course under the provision of s. 1, the following approval fee shall be imposed on the appellant, the deduction of the advance fee and the sum of TRL 292.10. It was decided by a majority vote that there was no room for any other fee to be levied since the appeal fee was received and that the file should be sent to the court of first instance and a copy of the decision should be sent to the civil department of the relevant district court of justice.

OPPOSE VOTE

Lawsuit... is a "annulment of marriage" lawsuit filed by the court of first instance on the basis of absolute legal reason under Article 145/1 of the Turkish Civil Code, and as a result of the trial conducted by the court of first instance, the second marriage of the plaintiff was decided to be annulled in accordance with Article 145/1 of the Turkish Civil Code, and the appeal of the defendant against this decision ... District Magistrate Court ... It was rejected on the merits by the Legal Department. This time, an appeal was again filed by the respondent against the decision of the district court and as a result of the appellate examination conducted by our Department, it was decided to uphold the judgment by rejecting the appeals with the majority of the votes.

Article 145/1 of the Turkish Penal Code, on which the case and judgment are based, is a provision regulating the annulment of the second marriage of a person who is married as a citizen of the Republic of Türkiye without proving the termination of his first marriage (Article 130 of the Turkish Civil Code). In the concrete case, the parties ... While they were citizens of the state, they performed their marriage contracts according to the national law to which they were subject. According to Turkish legislation, there is no legal regulation regarding the annulment of a legally valid marriage made in accordance with its own national laws due to acquired citizenship due to invalid. ...

Although it is alleged that the second marriage of the defendants, who were citizens of the state and at the same time acquired the citizenship of the Republic of Türkiye, was contrary to the Turkish public order in accordance with the concrete situation; According to the general provisions, this case should be heard as a case for correction of the civil registry in the Court of First Instance.

Namely; Paragraph (1) of Article 21 of the 'Population Services Implementation Regulation' dated 09.05.2020 and numbered 31122 titled 'Registration of population events of persons with multiple citizenships' contains the provision that the event requested to be registered must take place in

⁴¹ See: <https://www.birgun.net/haber/chpden-suc-duyurusu-vatandaslik-verilen-afgan-iki-esini-nufusuna-kaydetmis-490000>.

accordance with Turkish law in order for the personal status changes made by persons with multiple citizenship with the other state identity they carry citizenship to be registered in the family registers. As such; The registration made by the registry office that the respondent ..., although it has no place in our law, has two wives, contrary to the relevant legislation article and therefore to Turkish law, is a corrupt registration. Regarding the cancellation of the corrupt registration, only in the general courts, with the participation of the representative of the population directorate, a case for the correction of the population registration can be filed. For the reasons stated, it is not appropriate to decide to annul the second marriage in the concrete case on the ground of absolute merit under Article 145 of the TCA and I do not agree with the majority opinion of our Chamber, which is in the form of upholding the decision to that effect."

The decision relates to the determination of more than one marriage of a foreign citizen after obtaining Turkish citizenship and the absolute invalid of the next one in accordance with Article 145/1 of the Turkish Civil Code. The 2nd Civil Chamber Of The Supreme Court gave the decision by a majority vote, and the dissenting vote argued that according to the TCC, there should be no case of absolute nullity according to the TCC, where there is no regulation for the termination of the validity of the marriage, but a case of correction of unfair registration with the Population Directorate according to the 'Population Services Implementation Regulation'. The arrangement stated in the dissenting vote;

"Registration of population events of persons holding multiple citizenships

ARTICLE 21- (1) In order for the personal status changes made by persons with multiple citizenships with the other state identity card they carry citizenship to be registered in the family registers;

a) If the person concerned or his/her representative makes a request in writing, and if the person concerned is dead, his/her legal heirs who certify that he/she has a legal interest in the registration of the population event make a request in writing,

b) The event for which registration is requested takes place in accordance with Turkish law,

c) It is mandatory that the person's population register contains a statement that he has multiple citizenships." form. In the event that there is a violation of the condition that it has taken place in accordance with the Turkish law contained herein, a lawsuit should be filed in accordance with Article 30 of the same regulation⁴².

A majority vote reached the result of the decision, and the marriage was decided to be abolished due to the existing marriage. The valid conduct of marriage is subject to strict conditions by the legislature. The nullity of marriage takes more than one form. These are the absence of marriage, absolute nullity and relative nullity. The rules laid down by the legislator on the conditions of marriage relate to public order, and non-compliance with these conditions is the absolute cause of marriage. According to the regulation in Article 145 of the Turkish Civil Code; *"Marriage is absolutely superstitious in the following cases:*

1. If one of the spouses is married at the time of marriage,

2. If one of the spouses is deprived of the power of discrimination for a permanent reason during

⁴² *"ARTICLE 30- (1) Correction cases regarding population records shall be filed by the public prosecutors in the civil court of first instance in the place where the address of the place of residence is located upon the need to be shown by the persons requesting the correction and the official institution concerned. (2) If there are justified reasons, the judge may be requested to make a correction in the population register related to the same subject."*

marriage,

3. *If one of the spouses has a mental illness that prevents marriage,*

4. *The existence of such animosity between the spouses as to prevent marriage”.* is.

In fact, the decision does not clearly indicate the route by which a person acquires Turkish citizenship. However, it is possible to make this inference since the granting of citizenship to the spouse in cases of acquisition is only through investment. Regarding the issue, it is clear that the persons who acquire citizenship to more than one spouse with the title of "spouse" are in violation of Turkish family life and population records. In this regard, it is also not possible for second spouses to obtain a family residence permit as a method, nor is it possible to grant a residence permit to more than one spouse according to Article 34/2 of the FDIL.

Previous marriage; It is regulated in Article 130 of the Turkish Civil Code as a definitive obstacle to marriage. In order for a person to get married, he has to prove that his previous marriage has ended. If a person makes another marriage while his current marriage is in progress, the second marriage is absolutely superstitious⁴³.

In lawsuits filed for the annulment of the second marriage of a person who remarries while still in a valid marriage on the grounds of absolute nullity (Art. 145/1 of the Civil Code), the public prosecutor must attend the hearings. The public prosecutor initiates a civil lawsuit or takes part as a party in a civil lawsuit that has already been initiated in cases expressly stipulated in the Law (Article 70/1 of the Code of Civil Procedure).

In cases filed with a request for the annulment of the second marriage of a person who remarries while he is still in a valid marriage (Article 145/1 of the Turkish Civil Code), the public prosecutor is obliged to attend the hearings. The public prosecutor shall initiate a civil lawsuit in cases expressly provided for in the Law or take part as a party in the civil proceedings already filed (Article 70/1 of the Turkish Civil Code).

As seen in the decision of The 2nd Civil Chamber Of The Supreme Court, It Is Possible For The Spouses of a foreign investor who has more than one marriage to directly acquire Turkish citizenship and to make a decision about those other than the first marriage. In this case, the question of what will be the fate of the acquired Turkish citizenship is encountered. In Turkish citizenship law, cases of loss of Turkish citizenship are regulated by law in accordance with the Constitution. In the case of TCL No. 5901, a limited number of cases of loss were regulated. These are: opt-out, forfeiture, revocation by right of choice and revocation.

In the Turkish citizenship law system, in the case of acquiring citizenship through marriage, there is a special regulation on the condition of marriage. Article 16/3 of the Turkish Citizenship Law states that "*Foreigners who acquire Turkish citizenship by marriage shall retain their Turkish citizenship if they have good intentions in marrying if it is decided to marry.*" statements. What is meant by good faith in the butlan of marriage is that the person concerned did not know that there was a superstitious reason for marriage at the time of marriage or that he was not in a position to know if he took the necessary care. There are different opinions about the fate of Turkish citizenship for this

⁴³ Berki, Şakir. "Türk Medeni Kanunu'nda Evlenmede Mutlak Butlan", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 19, Issue. 1, 1962, pp. 201-231; Gümüş, Mustafa Alper/ Öğüz, Tufan/ Dural, Mustafa. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, p.59; Gençcan, Ömer Uğur. *Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, p. 274.

situation in the doctrine⁴⁴. For persons who acquire citizenship within the scope of Article 16 of the Turkish Citizenship Law, there is no doubt that the foreigner who knows or should know that there is a superstitious reason for marriage will lose the Turkish citizenship he has gained by arranging that they will retain their Turkish citizenship if they have good intentions in marriage. On the other hand, there is no clarity on whether the loss of citizenship will be through revocation or revocation.

Pursuant to Article 40 of the Turkish Citizenship Law, the decision on the acquisition or loss of Turkish citizenship shall be revoked before the legal conditions have arisen or if it is later found that it has been taken repeatedly. Here, without any false statement or concealment of important issues by the person concerned, the administration has misjudged the legal conditions as a result of its own error⁴⁵. The revocation is carried out by the authority that made the decision concerned and has retrospective effect; from the moment it is made, this decision is considered as if it had never been taken⁴⁶.

Pursuant to Article 31 of the Turkish Citizenship Law the decision to acquire Turkish citizenship shall be revoked by the authority that issued the decision if it has occurred as a result of the perjury of the person concerned or the concealment of important matters concealing the important issues constituting the basis for acquiring citizenship. Pursuant to Article 32 of the Turkish Citizenship Law, it is stipulated that depending on the person concerned, in other words, those who acquire citizenship by being included in the decision that makes the person concerned a citizen will also be affected by the annulment decision.

According to the view that we agree with in the doctrine; In the event of marriage, the issue of citizenship of the foreign spouse should be in favor of the cancellation of the decision on the acquisition of citizenship⁴⁷. While it is possible to discuss the status of the spouse in this way in the acquisition of Turkish citizenship through marriage, a clear answer cannot be given to the question of what the citizenship of the spouse will be with the decision of marriage in the acquisition by investment.

In Turkish citizenship law, the effect of the marriage decision in the citizenship acquired pursuant to Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law on the citizenship of the spouse should be discussed separately. In our opinion, it is not possible to apply Article 16/3 of the Turkish Penal Code by way of analogy. The legal questions of citizenship acquired based on investment may differ. In our opinion, on the basis of Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law, if the spouse acquires citizenship and this marriage is absolutely superstitious for a reason in the law, the effect on Turkish citizenship should be the withdrawal of the decision. In Article 40 of the TCL; "*Decisions regarding the acquisition or loss of Turkish citizenship shall be reversed before the legal conditions arise or if it is subsequently understood that it was granted repeatedly.*" It would be appropriate to reverse this citizenship acquisition decision considering the "public order" shattering effect of marriage without the legal conditions in the statement. If there is no real marriage in the investment citizenship, if there is a consensual marriage

⁴⁴ For details see Şermet Süzen, Begüm. "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılmasına İlişkin 16. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarının Değerlendirilmesi", *Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık*, Editörler: Özkan, Işıl/ Sirmen, Kazım Sedat, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, p. 143-158.

⁴⁵Güngör, p. 226-227; Bayata Canyaş, Aslı. "Hukuki Şartlar Oluşmadan Verilmiş Olan Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının Geri Alınmasında Süre Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 114, 2014, p. 352; Alibaba, Arzu. "Türk Vatandaşlığının İrade Dışı Kaybı ve İnsan Hakları", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, Editörler: Vahit Doğan/Alper Çağrı Yılmaz/Lale Ayhan İzmirli, Savaş Yayınları, Ankara, 2019, s. 57; Egemem Demir, Işıl. "İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 139, 2018, pp. 129-164; Güner, Cemil. "Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybı Kararlarının Geri Alınması", *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 37, Issue. 2, 2017, pp. 376-407.

⁴⁶ Güngör, p. 224; Alibaba, p. 56-57.

⁴⁷ Süzen, p. 143.

made only for the acquisition of this citizenship, it is also possible to cancel it according to Article 32 of the Turkish Citizenship Law if this is determined.

CONCLUSION

Being a citizen of a country means having ties with that country. Citizenship is the highest status that a state can grant to a person. Turkish citizenship is essentially acquired by birth. Post-earning depends on special conditions. Subsequent acquisition is earned with the fulfillment of the specified conditions and the discretion of the administration. As we explained in our study, there are different conditions for different types of earnings. For example, the conditions sought by marriage and those sought for acquisition by general means are independent and different. The condition that is the subject of this study is the exceptional acquisition, which was introduced in 2016 under the title of even more exceptional method, the study was completed in order to shed light on the inadequacy of the conditions required for citizenship by investment and only one of the drawbacks that may arise with it.

Including the unconditional spouse of investors and turquoise card holders in becoming Turkish citizens is wrong in terms of legal systematics and brings sociological problems. As a matter of fact, although it is not on the agenda for the time being, we are very worried about the damage it will create in the long term. Today, the status of the second and even third wives of those who are citizens by investment from countries where more than one marriage is legitimate after gaining the status of Turkish citizen confirms the title of second wife. The fact that more than one spouse of the person who has subsequently acquired Turkish citizenship is also a Turkish citizen will clearly affect the Turkish public order.

While it is a clear rule in Turkish citizenship law that citizenship will not affect the spouse, the regulation in Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law causes a serious duality and confusion. As a matter of fact, we would like to state that we do not find it right to give citizenship to a spouse through direct investment without even looking for the conditions required for acquisition by marrying a Turkish citizen. In addition, the fact that the possibility of marriages contrary to the Turkish public order has not been evaluated in these citizenship acquisitions and that this issue has not been clarified in the secondary legislation is a major deficiency.

Article 12/1-b of the Turkish Citizenship Law No. 5901 should be reviewed urgently, the necessary revision should be made and those who have gained Turkish citizenship on the basis of this article and who are married in violation of the Turkish civil code should be identified and this mistake should be reversed.

A spouse can only be granted citizenship under the current law if he or she is a citizen by investment or a turquoise card holder. There is, however, uncertainty regarding how the state that bestows the citizenship will recognize the spouses of multiple valid marriages in their home countries. As a result, this is a complex and risky situation in terms of law and practice. We believe that, due to the public order issue, it may be possible to dismiss citizenship applications involving invalid polygamous marriages according to the law of the State that grants citizenship. As a second option, State may also choose to naturalize the spouse of the oldest valid marriage as an official spouse. The other spouses can be granted a residence permit without acquiring Turkish citizenship, something we oppose.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

BIBLIOGRAPHY

- Allison, Christians. "Buying In: Residence and Citizenship by Investment." *St. Louis University Law Journal* Vol. 62, 2017, 51–71.
- Alibaba, Arzu. "Türk Vatandaşlığının İrade Dışı Kaybı ve İnsan Hakları", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, Editörler: Vahit Doğan/Alper Çağrı Yılmaz/Lale Ayhan İzmirli, Savaş Yayınları, Ankara, 2019.
- Baran Çelik, Neşe. "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 130, 2017, p. 367.
- Bayata Canyaş, Aslı. "Yabancı Gerçek Kişiler Lehine Türkiye'deki Taşınmazlar Üzerinde Kat İrtifakı Tesisi ve Kat İrtifakı Tesisinin Türk Vatandaşlığı Kazanmaya Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Vol. 8, Issue. 16, 2020, pp. 91-109.
- Bayata Canyaş, Aslı. "Hukuki Şartlar Oluşmadan Verilmiş Olan Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının Geri Alınmasında Süre Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 114, 2014, p. 347-360.
- Berki, Şakir. "Türk Medeni Kanunu'nda Evlenmede Mutlak Butlan", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Vol. 19, Issue. 1, 1962, pp. 201-231.
- Christian H. Kalin, *IusDoni in International Law and EU Law*, Leiden, 2019.
- Çalışkan, Zeynep. "Yabancı Yatırımların Teşviki: Turkuaz Kart Uygulaması ve Bazı Ülkelerdeki Benzer Düzenlemeler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 15, Issue. 2, 2016, pp. 55-88.
- Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı / İzmirli, Lale Ayhan. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 18. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara, 2022.
- Egemen Demir, Işıl. "İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 139, 2018, pp. 129-164.
- E. G. L. "Polygamy and the Conflict of Laws." *The Yale Law Journal*, vol. 32, no. 5, 1923, pp. 471–77. <https://doi.org/10.2307/788743>. Accessed 21 Dec. 2023.
- Erkan, Mustafa. "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramlarının İncelenmesi", Editörler: Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı / İzmirli, Lale Ayhan, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler*, Savaş Kitabevi, 2019, pp. 7-38.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Göğer, Erdoğan. *Tabiiyet Hukuku*, Ankara, 1972.
- Gölcüklü, İlyas. "Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri", *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 40, Issue. 1, 2020, pp. 125- 137.
- Gümüş, Mustafa Alper/ Öğüz, Tufan/ Dural, Mustafa. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Güner, Cemil. "Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybı Kararlarının Geri Alınması", *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 37, Issue. 2, 2017, pp. 376-407.

Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

İrge Erdoğan, Burcu. “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Kapsamındaki Yabancı Gerçek Kişinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’na Göre Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanması”, Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 04-06 July 2022: <https://webis.akdeniz.edu.tr/uploads/1139/files/o%CC%88zet.pdf>

Jelena. Dzankic, “The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective”, *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, 2012/14.

Kavlak, Bengül. “Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Turkuaz Kart”, *YBHD*, Issue. 2, 2019, pp. 337-362.

Kaya, Talat. “Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış”, *İnönü University Law Review*, Vol. 12, Issue. 1, 2021, pp. 115-132.

Köşgeroğlu Şit, Banu. “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, *Hacettepe Law Review*, Vol. 7, Issue. 1, 2017, pp. 169–198.

Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 30. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2022.

Özkan, Işıl. “Vatandaşlık Satılabilir bir Şey midir?”, *Uluslararası Sanat Kültür ve İletişim Dergisi*, Vol. I, Issue. 1, 2018, pp. 53-78.

Öztürk, Necla. “Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma”, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Serozan, Rona. “Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çokevlilik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 41, Issue. 3-4, 1975, pp. 293-306.

Sirmen, Kazım Sedat. “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 58, Issue. 4, 2009, pp. 825-880.

Shevtsova, Maryna. “Acquisition of European Union citizenship through marriage: Citizenship policies and the experience of transnational couples in Germany and Italy” *Central European University, Department of Gender Studies*, Budapest, 2013.

Şermet Süzen, Begüm. “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılmasına İlişkin 16. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarının Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık*, Editörler: Özkan, Işıl/ Sirmen, Kazım Sedat, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Tsoaledi Daniel, Thobejane. “An Exploration of Polygamous Marriages: A Worldview”, *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol. 5, No. 27, December 2014, p. 1061.

Türe, Nazlı. “Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Vol. 11 Issue. 39, 2019, pp. 83-108.

Weingerl, Petra / Tratnik, Matjaž. “Citizenship by Investment Programs from the Perspective of International and EU Law” *Lexonomica*, Vol. 11, No. 2, December 2019, pp. 95-126.

Yılmaz, Alper Çağrı. “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae”, *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 38, 2018, pp.191- 216.

Yüksek, Elif. *Türk Vatandaşlığının Yatırım Yoluyla Kazanılması*, 1. Bası, Yetkin Yayıncılık Ankara, 2023.

Kamu Görevlilerinin Mobbing Davranışlarının İdari Eylem Niteliği

Melike Pala KAVALCI *

¹ Bursa Uludağ Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 29.03.2024

Kabul Tarihi: 29.05.2024

Yayın Tarihi: 27.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Mobbing,
Hizmet Kusuru,
Salt Kişisel Kusur,
İdari Eylem,
Haksız Fiil

Bir veya daha fazla çalışanın belli bir çalışan veya çalışanlara yönelik olarak bezdirme ve yıldırma amacı ile sistematik ve kasıtlı olarak gerçekleştirdiği davranışlar mobbing olarak tanımlanmaktadır. Mobbing olarak tanımlanan bu davranışlar, mobbing mağduru aleyhine sıklıkla manevi ve bazen de maddi zararlar doğurabilmektedir. Mobbing davranışını gerçekleştiren ve mobbingin mağduru olan çalışanın kamu görevlisi olması halinde ortaya çıkan maddi ve manevi zararın hangi sorumluluk esaslarına göre çözümleneceği meselesi bir tartışma konusudur. Bu çalışmada yargı kararları ve doktrinde yer alan görüşler ortaya konulmak suretiyle kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden davranışlarının neden idari eylem olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanmaktadır. Bu kabulden hareketle kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden idari eylemlerinin hizmet ile bağı kopmayan kişisel kusur niteliğine sahip olduğu ve bu yüzden görevli yargı yerinin idari yargı olduğu ileri sürülmektedir.

Administrative Nature of Public Officials' Mobbing Behaviours

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 29.03.2024

Accepted: 29.05.2024

Published: 27.06.2024

Keywords:

Citizenship,
Investment,
Spouse's citizenship,
Public order,
Polygamy.

The systematic and intentional behaviours of one or more employees towards a certain employee or employees with the aim of harassment and intimidation are defined as mobbing. These behaviours, defined as mobbing, often cause moral and sometimes material damage to the victim of mobbing. When the employee who commits the mobbing behaviour and the victim of mobbing is a public official, determining which liability principles shall be adapted, in resolving emerged material and moral damages, is a matter of discussion. This study explains why the mobbing behaviours of public officials should be regarded as administrative act by analysing the judicial decisions and the opinions in the doctrine. In that regard, it is argued that the mobbing behaviours of public official should be regarded as administrative act, and these behaviours are categorized as work-related personel fault, therefore, competent jurisdiction is the administrative jurisdiction.

To cite this article:

Kavalcı, M. P. (2024). Kamu Görevlilerinin Mobbing Davranışlarının İdari Eylem Niteliği, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 241-263. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.117>

* melikepala@uludag.edu.tr



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

GİRİŞ

Mobbing bir veya daha fazla çalışanın belirli bir süre sistematik ve kasıtlı bir şekilde diğer bir çalışan ya da çalışanlara karşı gerçekleştirdiği, yıldırma veya çalışma hayatından uzaklaştırmayı amaçlayan kötü muamele, tehdit, şiddet, kişiliğin zedelenmesi, aşağılama içeren davranışlar sürecini ifade etmektedir. Bu davranışlar sürecinin nihayetinde mobbinge maruz kalan çalışan aleyhine maddi veya manevi birtakım zararlar doğabilmektedir. Mağdur olan çalışanın uğradığı zararların tazmini ise hukuki açıdan bir sorumluluk meselesidir.

Anayasa'nın 125'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü ile son fıkrasında yer alan “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü, idarenin ve kamu görevlilerinin muhataplarına yönelik gerçekleştirmiş olduğu her türlü işlem veya eylemden ötürü idari sorumlulukları bulunduğu temel dayanaklarını oluşturmaktadır. Bu kapsamda bir veya daha fazla kamu görevlisinin diğer bir kamu görevlisi yahut kamu görevlilerine yönelik olarak gerçekleştirdiği mobbing davranışlarından ötürü, mağdur olan kamu görevlisinin maddi ve manevi zararının idarenin sorumluluğu gereğince tazmin edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte gerek doktrinde gerekse de yargı kararları ile kamu görevlilerinin mobbing davranışlarının idari kusur ile bağı kopararak haksız fiil niteliğinde kabul edildiği görülmektedir. Bu çalışmada ise kamu görevlilerinin temelinde idari işlem olmayan mobbing niteliğindeki davranışlarının idari eylem niteliğinde olduğu görüşü ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ilk kısmında öncelikle kavramsal açıdan mobbing ele alınacaktır. Bu doğrultuda mobbingin tanımı, tarihsel gelişimi, hukuki açıdan niteliği ve unsurları ile mobbinge ilişkin yasal düzenlemelere yer verilecektir. Devamında öncelikle idarenin sorumluluğu konusu genel hatlarıyla ortaya konulacak ve görev kusuru ile kişisel kusur kavramlarına değinilecektir. Ardından idari eylem ve kamu görevlilerinin idari eylemleri mobbing teşkil eden davranışlar kapsamında ele alınacaktır. Son kısımda ise, kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden davranışlarının idari eylem ile bağı ortaya konularak bu davranışlara ilişkin yargısal denetimin idari yargı makamlarınca mı yoksa adli yargı makamlarınca mı yerine getirileceği doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararlarına yer verilerek suretiyle tartışmaya açılacaktır.

I. Mobbing Kavramı ve Mobbinge İlişkin Hukuki Düzenlemeler

A. Mobbing Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Mobbing kelime anlamı olarak, Latince bir sözcük öbeği olan ve “*kararsız kalabalık, şiddete yönelmiş topluluk*” anlamı gelen “*mobile vulgus*” kelimesinden türeyen İngilizce “mob” fiilinden gelmektedir. Türk Dil Kurumu tarafından ise mobbing kelimesinin karşılığı olarak “bezdiri” kelimesi tercih edilmektedir. Bezdiri kelimesi de, “*İş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme*” şeklinde tanımlanmaktadır¹.

Kavramsal açıdan ise mobbing, ilk olarak 1960'lı yıllarda Avusturyalı bir etolojist olan Konrad Lorenz tarafından bir grup küçük hayvanın, daha büyük ve yalnız olan hayvanları tehdit ederek yaptığı saldırıları nitelendirmek için kullanılmıştır². Devam eden yıllarda İsveçli bilim insanı Peter-Paul Heinemann 1972 yılında çıkardığı *Mobbing: Çocuklar Arasında Grup Şiddeti (Group Violence Among*

¹Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 01.02.2024).

² Leymann, Heinz. “The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, C. 2, S. 5, 1996, s. 167; Duffy, Maureen / Sperry, Len. *Mobbing: Causes, Consequences, and Solutions*, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2012, s. 24.

Children) isimli kitabında mobbing kavramını insanı da içine alacak bir şekilde, bir grup çocuğun genellikle tek bir çocuğa karşı yıkıcı davranışlar sergilemesi olarak tanımlamıştır³. Mobbing kavramının iş hayatında kullanılması ise ilk kez 1980li ve 1990lı yıllarda Alman asıllı psikiyatrist ve endüstri psikoloğu Heinz Leymann tarafından gerçekleştirilmiştir⁴. Leymann iş yerinde gerçekleşen baskı ve yıldırılar şeklindeki benzer davranışları tanımlamak için mobbing kavramını tercih etmiştir⁵. Leymann'a göre mobbing kabaca, bir veya birkaç kişinin tek bir kişiye yönelik olarak sistematik bir şekilde yöneltilen düşmanca ve etik olmayan iletişimidir⁶. İşyerinde mobbingin varlığından söz edebilmek için Leymann'a göre, düşmanca ve etik olmayan bu davranışların sistematik bir şekilde mağdura yöneltilmesi ve en az altı aylık bir zaman dilimine yayılması gerekmektedir. Buna ek olarak, mobbinge maruz kalan kişinin ruhsal, psikosomatik ve sosyal açıdan ızdırap çekmesi gerekmektedir⁷.

Leymann, tetikleyici bir davranış ile başlayıp mobbing mağdurunun iş yerinden ayrılmasıyla sona eren mobbing sürecinin tipik aşamalarını anlamak için bir model geliştirmiştir⁸. Söz konusu modele göre, mobbing beş aşamalı bir süreçten oluşmaktadır⁹:

1. Aşama: Çatışma aşaması olarak ifade edilen ve önceden var olan veya yeni oluşan fikir ayrılıklarının ya da sorunların bir etkileşim ya da olay veya durum neticesinde mobbing tepkimesine yol açması durumudur¹⁰.
2. Aşama: Bu aşama, mobbing mağdurunun saldıran tarafından sürekli taciz ve saldırı eylemlerine maruz kaldığı süreçtir. Buna ek olarak, mağdurun değersizleştirilme ve itibarsızlaşma süreci giderek hızlanmaktadır¹¹.
3. Aşama: İdare veya işverenin dahil olduğu bu aşamada mağdura karşı önyargı körüklenir ve mağdur damgalanmış bir birey haline gelir. İdare veya işverenin mobbing sürecine dahil olması genellikle mağdur açısından olumlu sonuçlanmaz ve başka mağduriyetlere sebep olabilir¹².
4. Aşama: Mobbing davranışları nedeniyle psikolojisi bozulan mağdurda, psişik, sosyal ve psikomatik etkiler görülmeye başlar. Sosyal izolasyon, damgalama, gönüllü işsizlik, sosyal uyumsuzluk, stres ile başa çıkma kaynaklarının kaybı, kaygı bozukluğu, çaresizlik hissi, psikosomatik hastalıklar, depresyon, intihar en sık karşılaşılan etkilerdir¹³.
5. Aşama: Son aşamada mağdurun artık çalışma hayatının çekilmez hale gelmesi nedeniyle işten ayrılması veya idare ya da işveren tarafından görevine son verilerek işten çıkarılması söz konusudur¹⁴.

³ Leymann, s. 167; Duffy / Sperry, s. 24; Boge, Cecilie / Larsson, Anna. "Understanding Pupil Violence: Bullying Theory as Technoscience in Sweden and Norway", *Nordic Journal of Educational History*, C. 2, S. 5, 2018, s. 131.

⁴ Leymann, s. 167; Duffy / Sperry, s. 25.

⁵ Leymann, s. 167. Leymann mobbing kavramı yerine ayrıca psikolojik terör (*psychological terror*) kavramını da kullanmaktadır bkz. Leymann, s. 168.

⁶ Leymann, "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces", *Violence and Victims*, C. 2, S. 5, 1990, s. 120.

⁷ Leymann, s. 168.

⁸ Duffy, Sperry, s. 25.

⁹ Leymann, 1990, s. 121; Duffy / Sperry, s. 26.

¹⁰ Leymann, 1990, s. 121; Duffy / Sperry, s. 27.

¹¹ Leymann, 1990, s. 121; Duffy / Sperry, s. 27.

¹² Leymann, 1990, s. 121; Duffy / Sperry, s. 27.

¹³ Leymann, 1990, s. 122-123; Duffy / Sperry, s. 27.

¹⁴ Leymann, 1990, 122; Duffy / Sperry, s. 27.

Her ne kadar Leymann tarafından geliştirilen modele göre mobbing süreci beş aşamadan oluşmaktaysa da mobbingin varlığı için muhakkak bu beş aşamanın gerçekleşmesi şart değildir¹⁵. Örneğin mobbinge uğramasına rağmen mağdurun hastaneye başvurmaması mobbinge maruz kalmadığı anlamına gelmez. Bununla birlikte ilk çatışmanın yaşandığı ilk aşama ile çatışmaların çekilmez bir hale gelmesi neticesinde mağdurun işten ayrılması ile biten son aşamanın muhakkak gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁶.

B. Mobbingin Hukuki Tanımı ve Unsurları

Türk hukukunda mobbingi düzenleyen ve mobbing mağduru kişilere buna istinaden bir hak tanıyan açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum mobbinge uğrayan kişilerin bu hakka dayanarak tazminat talep etme yetkisine sahip olmamasına yol açmaktadır. Zira kişilerin bir menfaatinin hukuken korunması için pozitif hukuk düzenlemelerinde yer alması gerekmektedir¹⁷. Her ne kadar mobbinge ilişkin doğrudan bir kanun hükmü bulunmasa da Anayasa ve çeşitli kanunlarda bireylerin kişilik haklarını koruyan düzenlemeler bulunmaktadır¹⁸.

Mobbingi düzenleyen açık bir kanun hükmü olmadığı için, kavramın hukuki tanımı henüz pozitif bir hukuk düzenlemesi ile yapılmış değildir. Türk hukukunda mobbingin henüz bir tanımı olmamakla birlikte gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında unsurları üzerinden bir açıklama getirilmeye çalışılmıştır. Örneğin Danıştay mobbingi,

*“...işyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünü (...)”*¹⁹

şeklinde tanımlamıştır.

Yargıtay ise, *“Uluslararası Çalışma Örgütüne göre mobbing, ‘bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan, zalimce, kötü niyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi’ şeklinde tanımlanmaktadır”*²⁰ demek suretiyle Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) yaptığı mobbing tanımını kararlarında esas almaktadır. Doktrinde mobbing çeşitli şekillerde tanımlanmış olsa da genel olarak çalışma hayatında üstlerin, astların yahut eşit düzeydekilerin, sistematik ve kasıtlı bir şekilde belli bir kimsenin psikolojik olarak yıldırılmasına ve çalışma hayatından uzaklaşmasına yol açan kötü muamele, tehdit, şiddet, kişiliğin zedelenmesi, aşağılama içeren davranışlar

¹⁵ Erkal, Atila. *İdare Hukukunda Mobbing*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, Ankara, s. 47.

¹⁶ Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, s. 47.

¹⁷ Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, s. 123.

¹⁸ Bkz. Bölüm A-3.

¹⁹ Danıştay 2.D, E. 2015/6046, K. 2017/6537, 25.10.2017, Lexpera İçtihat Programı, (Erişim Tarihi 04.02.2024). *“(...)mobbingi, bir veya bir grup çalışanın aynı işyerindeki bir başka çalışana zarar vermek amacıyla sistemli ve süreklilik arz edecek biçimde küçümseyici, aşağılayıcı, dışlayıcı ve korkutucu hareketler bütünü olarak tanımlamak olanaklıdır”* Danıştay 5.D, E. 2016/24415, K. 2020/5256, 18.11.2020, Lexpera İçtihat Programı, (Erişim Tarihi 04.02.2024).

²⁰ Yargıtay 22. HD, E. 2014/36577, K. 2016/7923, 15.3.2016, Lexpera İçtihat Programı, (Erişim Tarihi 06.02.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. HD, E. 2014/18743, K. 2014/24185, 16.9.2014; Yargıtay 22. HD, E. 2015/2103, K. 2016/10581, 12.4.2016; Yargıtay 22. HD, E. 2014/3426, K. 2014/4165, 27.02.2014; Yargıtay 22. HD, E. 2014/18743, K. 2014/24185, 16.9.2014; Yargıtay 22. HD, E. 2015/11958, K. 2016/15623, 31.5.2016; Yargıtay 22. HD, E. 2014/23860, K. 2014/29767, 31.10.2014; Yargıtay 22. HD, E. 2015/18297, K. 2017/23809, 01.11.2017.

süreci olarak tanımlanmaktadır²¹. Bu davranışlar sürecinin mobbing olarak kabul edilebilmesi için hukuk düzeni tarafından korunan kişilik hakkı, sağlık hakkı gibi hakların hedef alınması gerekmektedir²².

Anayasa Mahkemesi ise mobbingi, unsurları üzerinden şöyle açıklamaktadır:

“Anayasa Mahkemesi, her somut olayın kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmesi koşuluyla bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin psikolojik taciz derecesine ulaşması için birtakım unsurların aranması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda ILO ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan yayın ve raporlar da dikkate alındığında muamelelerin psikolojik taciz olarak vasıflandırılabilmesi için;

i. İşyeri ile ilgili olarak işyerindeki yöneticiler ve/veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmesi ya da bu tür müdahalelere göz yumulması,

ii. Süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşınması,

iii. Mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkaran ya da ciddi bir zarar tehlikesi içermesi gerekir”²³.

Yargı kararlarında ve doktrinde yapılan tanımlardan hareketle mobbingin varlığından söz edebilmek için birtakım unsurların varlığı gereklidir. Bunlardan ilki, mobbing teşkil eden davranışın kasten yahut ihmalen gerçekleştirilmesidir²⁴. İhmal suretiyle mobbingin gerçekleşebileceği tartışmalı olmakla birlikte, mağdurun ırkı, cinsiyeti, dini görüşü, yaşı gibi eşitlik ilkesi ile bağlantılı hususlarda onurunun zedelenmesine yol açacak bir ortamın yaratılarak ayrımcılığa neden olunması halinde, ihmal suretiyle mobbingin gerçekleşebileceği kabul edilmektedir²⁵. İkinci unsur, mobbing teşkil eden davranışların belli bir süre boyunca sistematik olarak devam etmesidir²⁶. Buna göre, her bir münferit olayın birbiriyle bağlantılı bir şekilde gerçekleşmesi ve tümünün bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde olaylar arasında sistematik bir sürecin varlığından söz edilebilir. Diğer bir unsur, mobbinge uğrayan mağdurun kişilik haklarının, onurunun yahut sağlık hakkının ihlal edilmesidir. Mobbingden söz edebilmek için mağdurun mobbing davranışı neticesinde psikolojik ya da fiziksel rahatsızlıklarının oluşması yeterli olduğu gibi sadece kişilik hakkının ihlal edilmesi de yeterlidir²⁷. Mobbingin oluşması için gerekli başka bir unsur, mobbing davranışlarının mağdur açısından çalışma hayatını çekilmez bir hale getirmesi veya mağdurun çalışma hayatını tamamen bırakması gibi sonuçlar doğurması gerekmektedir²⁸. Ayrıca bir diğer unsur olarak mobbing teşkil eden davranışlar ile mağdurun kişilik veya sağlık hakkının ihlal edilmesi sonucu çalışma hayatının olumsuz etkilenmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır²⁹. Son unsur olarak ise, mobbingi oluşturan davranışların bir bütün olarak hukuka aykırı

²¹ Erkal, s. 125.

²² Erkal, s. 125.

²³ Anayasa Mahkemesi, 14.09.2022, BB 2018/27032 (Zülküf Kılıç) (RG: 11/10/2022 - 31980).

²⁴ Erkal, s. 125.

²⁵ Erkal, s. 129.

²⁶ Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, , 2007, s. 117; Tınaz, Pınar/ Bayram, Fuat/ Ergin, Hediye. *Çalışma Psikolojisi Ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008, s. 44; Erdem, Mustafa Ruhan/ Parlak Benay. “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *TBB Dergisi*, S. 88, 2010, 265; Erkal, s. 129

²⁷ Demircioğlu, s. 119; Erkal, s. 135.

²⁸ Demircioğlu, s. 119; Tınaz/ Bayram/ Ergin, s. 86; Erdem/Parlak, s. 267; Erkal, s. 136.

²⁹ Erdem/Parlak, s. 265; Erkal, s. 136.

olması gerekmektedir³⁰.

C. Türk Kamu Personel Hukukunda Mobbinge İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Anayasa'nın 5'inci maddesi uyarınca devletin temel amacı, bireylerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Anayasa'nın 12'nci maddesinde herkesin, kişiliğe bağlı devredilemez, dokunulamaz ve vazgeçilemez nitelikte temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 17'nci maddesinde ise herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenerek bireylerin kişilik hakları koruma altına alınmıştır. Devlet Anayasa'da kendisine verilen bu görevleri yerine getirmek amacıyla gerekli düzenlemeleri yapmak ve önlem almakla yükümlüdür. Mobbing teşkil eden davranışlar da bireylerin kişilik haklarını ihlal etmesi nedeniyle temel hak ve hürriyetler ile sıkı bir bağ içerisindedir³¹. Bu yüzden devletin, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi için mobbinge karşı alınacak tedbirleri düzenlemesi anayasal bir yükümlülüktür.

Anayasa'nın 49'uncu maddesinde herkesin, çalışma hakkı ve ödevine sahip olduğu ve devletin çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumakla yükümlü olduğu hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda devletin çalışanları korumak ve huzurlu bir çalışma ortamı sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır³². Yine Anayasa'nın 56'ncı maddesine göre devlet, herkesin yaşamını, beden ve ruh sağlığını sürdürmesini sağlama yükümlülüğü kapsamında iş ortamındaki bireylerin sağlığının korunması için gerekli önlemleri almak zorundadır.

Eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10'uncu maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ile Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları düzenlenmektedir. Söz konusu madde hükmü göz önüne alındığında, kamu idare ve kurumlarında tüm kamu görevlilerine ayırım yapılmaksızın eşit muamelede bulunulması Anayasa'dan kaynaklanan bir yükümlülüktür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda³³ mobbing kavramı yer almamaktadır. Bununla birlikte 657 sayılı Kanun'un davranış ve işbirliği başlıklı 8'inci maddesinde, "*Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar. Devlet memurlarının işbirliği içinde çalışmalarını esaslı*" hükmü bulunmaktadır. İlgili hüküm uyarınca, devlet memurlarının iş ortamında çalışırken gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğu esastır. Bunun yanı sıra, 657 sayılı Kanun'un amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları başlıklı 10'uncu maddesinde, amirin "*(...) maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde*" davranması gerektiği düzenlenmektedir.

657 sayılı Kanun ile devlet memurlarına kamu hizmetini ifa etme yükümlülüğü kapsamında çeşitli yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre, Kanun'un 11'inci maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlilerini "*görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumlu...*" olduğu, 12'nci maddesinde "*görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek*" için gereken tedbirleri alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kamu hizmetini ifa etmekle yükümlü memurun, ilgili hükümler

³⁰ Erkal, s. 137.

³¹ Turhan, Mine Kasapoğlu. "Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 105, 2013, s. 92.

³² Kasapoğlu Turhan, s. 92.

³³ 14 Temmuz 1965 Tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG. 23.7.1965, sy: 12056.

çerçevesinde hareket ederek görevin gerektirdiği davranışlara aykırı davranmaması esastır³⁴.

Aynı şekilde Kanun'un 6'ncı maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğü kapsamında devlet memurlarının, Anayasa ve kanunlarda yer alan düzenlemelere sadakatle bağlı olması gerektiği hüküm altına almıştır. Yine Kanun'un 7'nci maddesinde, devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayrımlar yapamayacakları ile hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamayacakları düzenlenmiştir. Devlet memurlarına yüklenen bu tarafsızlık yükümlülüğü uyarınca gerek kamu hizmetinden faydalananlara karşı gerekse iş ortamında kamu görevlilerinin birbiri ile olan ilişkilerinde tarafsız davranılması gerekmektedir³⁵.

657 sayılı Kanun'un dolaylı şekilde mobbinge karşı kamu görevlilerine sağlamış olduğu güvencelerin yanı sıra 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun³⁶ 1'inci maddesinde bu kanunun amacının işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek olduğu belirtildikten sonra 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerinde bu Kanun'un uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle 6331 sayılı Kanun kamu görevlilerini de koruma kapsamına dahil etmiştir³⁷. Ancak yine aynı maddenin 2'nci fıkrasında bazı kamu görevlileri bu Kanun'un kapsamı haricinde tutulmuştur³⁸.

Mobbinge ilişkin bir diğer hükme 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda³⁹ rastlanmaktadır. 6701 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendinde mobbing ifadesi yerine kullanılan "işyerinde yıldırma" kavramı, "*Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri*" şeklinde tanımlanmıştır.

Devlet memurlarının korunmasına ilişkin Anayasa ve kanunlarda yer alan genel hükümlerin yanı sıra bazı genel düzenleyici işlemlerle de kamu görevlileri mobbinge karşı koruma altına alınmıştır. Örneğin 2011 yılında "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" konulu Başbakanlık Genelgesi⁴⁰ çıkarılmıştır. Genelge'de kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektöre ait işyerlerinde gerçekleşen mobbingin, çalışanların itibarını ve onurunu zedelediği, verimliliğini azalttığı ve sağlık sorunlarına neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilediği belirtilmektedir. Bu doğrultuda çalışanların mobbinge karşı korunması için hem idarenin hem de işverenlerin birtakım tedbirler alması öngörülmüştür⁴¹. Genelge'nin 5'inci maddesi uyarınca çalışanların maruz kaldığı mobbingi izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" oluşturulmuştur. Yine Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında

³⁴ Erkal, s. 154.

³⁵ Erkal, s. 157.

³⁶ 20 Haziran 2013 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, RG. 30.6.2012, sy: 28339.

³⁷ Kasapoğlu Turhan, s. 92; Çaptuğ Dilek, Mehpare. "İş Yerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan Kamu Personelinin İzleyebileceği Hukuki Başvuru Yolları", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2022, s. 368.

³⁸ Çaptuğ Dilek, s. 368.

³⁹ 6 Nisan 2016 tarihli ve 6071 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, RG. 20.4.2016, sy: 29690.

⁴⁰ 2011/2 sayılı İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Genelgesi, RG. 19.3.2011, sy: 27879.

⁴¹ Söz konusu genelge kapsamında psikolojik tacizin önlenmesi için 2011-2019 yılları arasında yürütülen politikaların analizi için bkz. Gedikkaya, Muhammed Tolga. "Kamuda Psikolojik Taciz (Mobbing) İle Mücadele Politikasının Değerlendirilmesi: Psikolojik Taciz Genelgesi Örneği", *Gaziantep Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2019, ss. 53-70.

Yönetmelik'in⁴² "Saygınlık ve güven" başlıklı 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında,

"Yönetici veya denetleyici konumunda bulunan kamu görevlileri, keyfi davranışlarda, baskı, hakaret ve tehdit edici uygulamalarda bulunamaz, açık ve kesin kanıtlara dayanmayan rapor düzenleyemez, mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunulanı kabul edemezler"

hükmü yer almaktadır. Buna göre, yönetici veya denetleyici konumunda yer alan kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden davranışlardan kaçınması gerektiği hususu düzenlenmiştir.

II. Kamu Görevlilerinin Mobbing Teşkil Eden Davranışlarının İdari Eylem Niteliği ve Hizmet Kusuru ile Bağlantısı

A. Genel Olarak

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilikleri yürütmekle yükümlü oldukları idari faaliyetleri yerine getirirken kişilerle sürekli bir etkileşim içerisindedir⁴³. İdari faaliyetleri yerine getirirken bu kişilerin bir zarara uğraması halinde idarenin bu zarardan sorumlu olması hukuk devletinin bir gereğidir⁴⁴. İdarenin sorumluluğu Anayasa'nın 125'inci maddesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile anayasal güvence altına alınmış vaziyettedir. Aynı şekilde Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesi gereken kamu hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürüten memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararın idare tarafından tazmin edilmesi esastır⁴⁵. Bu husus Anayasa'nın 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" şeklinde belirtilmiştir.

İdarenin faaliyetleri nedeniyle meydana gelen zarar, kişilerin mal varlığına yönelik maddi bir zarar olabileceği gibi kişilik haklarına yönelik manevi bir zarar da olabilir⁴⁶. Anayasa'nın 125 ile 129'uncu maddelerinde idarenin sorumluluğuna ilişkin yer alan hükümler manevi zararları da kapsar niteliktedir. Manevi zarar ise; bireyin kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasına, yaşama sevincinin azalmasına, şeref ve haysiyetinin zedelenmesine yol açan

⁴² 80444 sayılı Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 13.4.2005, sy: 25785.

⁴³ Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, 1. Baskı, Beta Basın Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009, s. 351.

⁴⁴ "İdarenin mali sorumluluğu hukuk devletinin gereklerindedir. İdarenin mali sorumluluğu, Anayasasının 125. maddesinin son fıkrasındaki, 'İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür' hükmü ile anayasal düzeyde kurala bağlanmıştır" Danıştay 2.D, E.2016/13828, K.2017/449, 31.01.2017, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 08.02.2024); "İdarenin tazmin sorumluluğunun kaynağı Hukuk Devleti İlkesidir. Bu ilkenin Anayasamızda yerini bulan hükümlerinden biri de Anayasasının 125. maddesidir. Nitekim madde metninde yer alan; 'idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür' ifadesi, idarenin sorumluluğunun anayasal dayanağını oluşturmaktadır" Danıştay 15. D, E. 2015/9336, K. 2016/2014, 24.3.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 08.02.2024).

⁴⁵ Yayla, s. 351.

⁴⁶ Yayla, s. 352. "İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile bireyler arasında bireyler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı maddi ve manevi zararların idarece tazmin edilmesini sağlayan hukuksal bir kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin mal varlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da artış olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, yine bu suretle kişi varlığında oluşan manevi zararların karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır" Danıştay 10. D, E. 2017/2572, K. 2021/5024, 25.10.2021, T.C. Danıştay Kararlar Dergisi, S. 2, 2022, s. 336.

zarardır⁴⁷.

Mobbing dolayısıyla bireylerin kişilik hakları ihlal edilmekte ve kişi nezdinde manevi zarar oluşmaktadır⁴⁸. Bunun yanı sıra mobbing, bireyin mal varlığında azalmaya yahut artışın engellenmesine neden olan maddi zarara da yol açabilir⁴⁹. Söz gelimi aylıktan kesme disiplin cezasının mobbing aracı olarak kullanılması halinde memurun malvarlığında meydana gelen zarar maddi zarar niteliğindedir⁵⁰. Mobbing teşkil eden davranışlar kamu görevlisinin kusurlu davranışı neticesinde meydana geldiği için hizmet kusuru ile yakın ilişki içerisinde. Bu nedenle öncelikle hizmet kusuru ve türlerinin izah edilmesi gerekmektedir.

B. Hizmet Kusuru

İdarenin tazmin borcunun genel ve doğal nedeni kusurluluktur⁵¹. Diğer bir ifadeyle kusurlu sorumluluk idarenin asli sorumluluk türüdür⁵². Hizmet kusuru olarak da ifade edilen kusurlu sorumlulukta idare, yürütmekle yükümlü olduğu faaliyetleri gereği gibi yürütemediğinden veya hiç yürütemediğinden yahut geç yürüttüğünden dolayı objektif olarak eksik, kötü ve yetersiz görülerek kusurlu sayılmaktadır⁵³.

İdari faaliyetin gereği gibi yürütülmemesi, başka bir deyişle hizmetin kötü işlemesi hizmet kusurunun en eski ve kapsamlı sahasını oluşturmaktadır⁵⁴. İdareye tevdi edilen evrakın kaybolması gibi maddi kusurlar veya hukuk kuralının yanlış yorumlanması gibi hukuki kusurlar hizmetin kötü işlemesine sebep olabilir⁵⁵. İdare, hizmetin kötü işlemesi neticesinde meydana gelen zararlardan idari kusur nedeniyle sorumludur⁵⁶.

İdarenin kusurlu sorumluluğunu doğuran bir diğer idari kusur, hizmetin geç işlemesidir⁵⁷. Hizmetin geç işlemesi, kanunda ve düzenleyici işlemlerde hizmetin ifası için öngörülen sürede

⁴⁷ “Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ızdırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama zevci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir” Danıştay 15.D, E. 2016/399, K. 2016/4145, 8.6.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 10.02.2024).

⁴⁸ Erkal, s. 233.

⁴⁹ Erkal, s. 233.

⁵⁰ Erkal, s. 233.

⁵¹ Duran, Lütfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 26.

⁵² Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III*, 1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1698; Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2023, s. 294.

⁵³ Duran, s. 26; Yayla, 361. “Hizmet kusuru; idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi gözetim ve denetiminin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik, sakatlık halleridir” Danıştay 10. D, E. 2013/5175, K. 2016/1543, 21.03.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 10.02.2024).

⁵⁴ Onar, s. 1736; Duran, s. 28. “Kamu hizmetlerini yürütmekle mükellef olan idarenin, hukuka bağlı olması, dolayısıyla mevzuata uygun kararlar alması gerekir. İdarenin mevzuta aykırı karar alması, hizmetin kötü işlediğini ve yanlış tanzim edildiğini ifade eder. İdare hukuku esaslarına göre hizmetin kötü işlemesi ise, hizmet kusurunu oluşturur” Danıştay 6. D, E. 2017/51, K. 2020/13038, T. 17.12.2020, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 10.02.2024).

⁵⁵ Onar, s. 1736.

⁵⁶ Duran, s. 29.

⁵⁷ Onar, s. 1737; Duran, s. 29; Yayla, 364.

gerçekleşmemesi halinde söz konusu olur⁵⁸. İdarenin kendisine verilen görevi tam olarak yerine getirmiş sayılmak için faaliyetlerini zamanında yapması gerekmektedir⁵⁹. Buna göre idare, acil hastaya cerrahi müdahalenin geç yapılması, tahliyesi gelen mahkumun geç tahliye edilmesi, idareye yapılan başvuruya geç yanıt verilmesi, derhal uygulanması gereken bir kanunun geç uygulanması gibi hallerde hizmetin geç işlemesi nedeniyle kusurlu sorumlu sayılacaktır⁶⁰.

Hizmet kusuru son olarak, idari faaliyetin hiç yerine getirilmemesi halinde meydana gelmektedir⁶¹. İdare kendisine kanunla verilen görevi ifa etmekten kaçınmayacağı için kamu hizmetinin hiç işlememesinden doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁶². Bir idari faaliyetin yapılmadığından söz edebilmek için evvela idareye bu faaliyetin bir görev olarak verilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca idarenin bir faaliyeti yürütüp yürütmeme konusunda takdir yetkisi mevcutsa hizmetin hiç işlememesi nedeniyle kusurlu sorumluluğu doğmaz meğerki idarenin takdir yetkisini yerinde kullanmadığı mahkeme tarafından tespit edilsin⁶³.

İdarenin hizmet kusurunun bir kısmı, kamu hizmetini ifa etmekle yükümlü kamu görevlilerinin işlem ve eylemleri ile görünüm kazanmaktadır. Bu itibarla hizmet kusuru, kamu görevlisinin görevini ifa ederken veya yetkisini kullanırken veyahut da bu görev veya yetki nedeniyle bulundurduğu araçlar vasıtasıyla işlediği kusurlu davranışları ifade eden kişisel kusur ile bir kişisel kusur türü olan görev kusuru olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir.

1. Kişisel Kusur

Kişisel kusur, idari sorumluluk hukukunun en tartışmalı kavramlarından birisidir. Kişisel kusur kanuni düzenlemelerde tanımlanmış değildir⁶⁴. Doktrinde ve yargı kararlarında ise kişisel kusur kavramı farklı şekillerde algılanmakta ve tanımı yapılmaktadır. Kişisel kusur konusuna ilişkin ne doktrinde ne de yargı kararlarında bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir⁶⁵. Kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında personelin üçüncü kişilere vermiş olduğu zarar hizmetten ayrılamayan bir görev kusuru olabileceği gibi hizmet ile bağıni koparan salt kişisel kusur da olabilir⁶⁶. İşte kamu görevlilerinin görevleri esnasında ancak görevden ayrılabilen kusurlu davranışları kişisel kusur olarak ifade edilmektedir⁶⁷. Kamu görevlisinin kişisel kusuru yürütülmesi gereken hizmet ve görev ile gerek teşkilat gerekse faaliyet yönünden ilişkilidir⁶⁸. Kişisel kusurun bu şekilde yapılan tanımına göre, kişisel kusur idarenin kusur sorumluluğuna yol açan bir idari kusurdur⁶⁹.

⁵⁸ Onar, s. 1737, Duran, s. 29; Yayla, 364.

⁵⁹ Duran, s. 29

⁶⁰ Onar, 1737; Duran, s. 29; Kaplan, 294.

⁶¹ Duran, s. 1736.

⁶² Duran, s. 33.

⁶³ Duran, s. 31.

⁶⁴ Söyler, Yasin. “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2010, s. 564.

⁶⁵ Özay, İl Han. *Gün Işığında Yönetim: XXI nci Yüzyılın İlk Çeyreğinin “Jön Türk”lerine*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 866.

⁶⁶ Duran, s. 105; Özay, s. 866.

⁶⁷ Söyler, s. 565.

⁶⁸ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 140.

⁶⁹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 140. *Akyılmaz*, kişisel kusuru, kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında ortaya çıkan kusurlu davranışın hangi kamu görevlileri tarafından yapıldığının belirlenebilir olması hallerinde söz konusu olan bir idari kusur türü olarak tanımlanmıştır. Bkz. Akyılmaz, Bahtiyar. “Danıştay ve AYİM kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller”, *Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1139.

Öte yandan kamu görevlilerin yürüttükleri hizmetten, yetki ve görevlerinden, resmi sıfatlarından tamamen bağımsız olan kusurlu davranışları da kişisel kusur olarak nitelendirilmektedir⁷⁰. Bu hallerde kamu görevlisinin resmi sıfatı ile bağı tamamen kopmuş bir vaziyettedir ve alelade bir kimse olarak kabul edilmektedir⁷¹. Kişisel kusurun tanımının bu şekilde kabul edilmesi halinde kamu görevlisinin kusurlu eylemi, özel hukuktaki haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmasına yol açacaktır⁷². Ancak doktrinde kişisel kusurun haksız fiil sorumluluğu olarak tanımlanması kişisel kusurun idare hukukuna özgü ve kamu görevlisinin görevi ve yetkileri, sıfatı ve hizmete ait araç ve gereçler ile bağlantısı bulunan bir kusur türü olması gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁷³. Esasında kamu görevlisinin haksız fiil sorumluluğuna yol açan kusur şeklinde nitelendirilen bu tür kişisel kusurun, salt kişisel kusur olarak ifade edilmesi tanım karmaşasını gidermek açısından faydalı olacaktır. Nitekim doktrinde de kamu görevlisinin görevi ile bağının olmadığı kusurlu davranışlarından doğan sorumluluk salt/saf kişisel kusur olarak ifade edilmektedir⁷⁴. Benzer şekilde *Günday*, kamu görevlisinin kişisel kusurunu hizmet içindeki kişisel kusur ve hizmet dışındaki kişisel kusur şeklinde tasnif etmektedir. Buna göre, kamu görevlisinin haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulmasına yol açan kusurlu tutum ve davranışlarını hizmet dışındaki kişisel kusur olarak ifade etmektedir⁷⁵. Bu çalışmada da kişisel kusur kavramı bir idari kusur türü olarak yukarıda açıklanan ilk anlamı ile kullanılmıştır.

2. Görev Kusuru

Görev kusuru, Türk idare hukuku doktrininde 1970li yıllarda ortaya çıkmış bir kavramdır. *Duran* tarafından özellikle kullanılan ve geliştirilen görev kusuru, kamu personelinin görevinden ayrılmayan kişisel kusurları şeklinde ifade edilmektedir⁷⁶. Görev kusuru, kamu görevlisinin idari faaliyeti yürütürken kanunda öngörülen usul ve gereklere aykırı bir biçimde hareket etmesi neticesinde ortaya çıkan kusurlu davranışlardır. Bu hallerde hizmet kusurunun anonimliği ortadan kalkar ve kusur kamu görevlisine atıf ve izafe edilebilir⁷⁷. Diğer bir ifadeyle *Duran*'a göre görev kusuru, hizmet kusurunun failinin belirlenebilir olduğu kusurdur⁷⁸.

Danıştay 10. Dairesi hizmet kusurunun bir parçası olarak görev kusurunu bir kararında şöyle açıklamıştır:

⁷⁰ *Güran*'a göre kamu görevlisinin resmi sıfatı ile ilişkisi olmayan, görev ve faaliyetler ile hizmet araç gereçlerinden tam ve mutlak surette ayrılan, kamu görevlisinin herhangi bir kimse olarak işlediği kusurlar kişisel kusurlardır. Bkz. Güran, Sait. "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, 1979, s. 55-56; Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 374; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 139; *Duran*, kişisel kusuru kamu personelinin şahsına tamamen bağlı olan ve şahsi sorumluluğunu gerektiren kusur olarak hizmet kusurundan ayırmakta ve kamu personelinin bu şekilde doğrudan sorumluluğuna yol açan kusur türüne "şahsi kusur" denmesinin yerinde olacağını düşünmektedir. Bkz. *Duran*, s. 27. *Gözler*, kişisel kusuru kısaca kamu hizmetinin ifasından ayrılabilen nitelikteki kusur olarak tanımlamaktadır. Buna göre, kişisel kusur üç farklı şekilde ortaya çıkabilir: ilki kamu görevlisinin özel hayatında işlediği kusurlardır ki bu kusurlar "saf kişisel kusur" olarak adlandırılır, ikincisi kamu görevlisinin görevin ifası esnasında işlediği fevkalade ağır kusurlardır, sonuncusu ise kamu görevlisinin görevi dışında ancak görevi dolayısıyla işlediği kusurlardır. Bkz. *Gözler*, Kemal. *İdare Hukuku Cilt II*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 1138.

⁷¹ Günday, s. 374; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 140.

⁷² Günday, s. 374-376.

⁷³ Bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 140.

⁷⁴ Kaya, Seyithan. "Fransız ve Türk İdare Hukukunda Kişisel Kusur Kavramı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 55, s. 216.

⁷⁵ Günday, s. 376.

⁷⁶ *Duran*, s. 27.

⁷⁷ Güran, s. 57.

⁷⁸ *Duran*, s. 27.

“...kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, yaptıkları eylem ve kusurları, idareden ayırlamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen ‘görev kusuru’ niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır”⁷⁹.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise bir kararında görev kusurunu geniş anlamda kişisel kusurun içerisinde değerlendirerek şöyle açıklamaktadır:

“...geniş anlamda kişisel kusur olmakla birlikte, aslında hizmet kusuru niteliği taşıyan, ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkararak, idare ajanının hizmet içinde veya hizmet dolayısıyla, kendisine verilen ödev, yetki ve araçlardan yararlanarak işlediği, kendisine atıf ve izafe edilebilecek nitelikteki hukuka aykırı davranışları olarak tanımlanabilecek görev kusurunun mevcudiyeti halinde de, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu anlamda görev kusuru, idarenin ajanının hizmet ve görevden ayırlamayan kişisel kusurudur”⁸⁰.

Yukarıda yer verilen ilk kararda görev kusuru hizmet kusurunun bir parçası olarak ifade edilirken ikinci kararda görev kusuru geniş anlamda kişisel kusurun bir parçası olarak görülmektedir. Esasında gerek yargı kararlarında gerekse de doktrinde görev kusurunun bir tür hizmet kusuru olup olmadığı veya kişisel kusurun içerisinde yer alıp almadığı ya da üçüncü bir kusurlu sorumluluk türü olup olmadığı konusunda görüş birliği mevcut değildir. Her ne kadar tartışmalı olsa da bu çalışmada görev kusuru, kamu görevlilerinin hizmet içindeki kişisel kusurunun bir türü olduğu görüşü benimsenerek devam eden açıklamalar bu doğrultuda yapılmıştır⁸¹.

Hangi tutum ve davranışların görev kusurunu oluşturacağı her somut olayın özelliğine göre tespit edilebilir. Zira kamu görevlisinin mevkisi, kanunda kendisine verilen görev ve yetkiler, yetenekleri, halihazırdaki hizmet koşulları ile idare hukukunun genel ve özel esasları personelden neyin beklediği noktasında belirleyicidir⁸². Eğer somut olayda kamu görevlisinin görev kusuru söz konusu ise, zarara uğrayan kimse doğrudan personel aleyhine dava açamaz. Bu husus Anayasa’nın 40’ıncı maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan düzenlemede, “Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır” şeklinde ifade edilirken, 657 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesinde ise, “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar (...) Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır” şeklinde ifade edilmektedir. O halde idare aleyhine açılan davada kamu görevlisinin görev kusurunun varlığı tespit edilirse, idare adli yargıda açacağı rücu davası ile ödediği tazminatı kamu görevlisinden talep edebilecektir⁸³. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kamu görevlisinin görevlerini ifa ederken işlediği kusurun meydana getirdiği zararın tazmini için öncelikle idare aleyhine dava açılabilceğini bir kararında şöyle ifade etmektedir:

“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy. K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler

⁷⁹ Danıştay 10. D, E. 2011/985, K. 2013/7802, 06.11.2013, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 15.02.2024).

⁸⁰ Danıştay İDDK, E. 2010/2740, K. 2012/194, 15.03.2012, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 12.03.2024).

⁸¹İlgili görüş için bkz. Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 514-516.

⁸² Duran, s. 27; Güran, s. 57.

⁸³ Gözler, s. 1186.

içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır.

(...)

Davaya konu edilen olayda, davacının ... Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksek Okulu Müdürü ve Antrenörlük Bölümü Başkanı olarak görev yaptığı sırada, aynı üniversitede Tıp Fakültesi Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Ana Bilim Dalı Başkanı olan davalı tarafından sistemli olarak mobbing (psikolojik baskı) uygulandığı ve bu nedenle zarara uğranıldığı ileri sürüldüğüne göre, Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1. maddesi gereğince kamu görevlisi hakkında dava açılmayacağından kast ve kusur aranmaksızın husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir”⁸⁴.

Sonuç olarak, kamu görevlilerine izafe edilebilen kusurlu davranışlar görev kusuru yahut kişisel kusur olarak ifade edilmektedir. Söz konusu kusurlu davranışların mobbingi oluşturan unsurları bünyesinde bulundurması halinde kamu görevlisinin mobbing dolayısıyla kusurlu sorumluluğu mevcut olacaktır. İşte bu kusurlu davranışlar sadece idari işlem şeklinde değil idari eylem şeklinde de cereyan edebilir. O halde bu davranışların öncelikle idari eylem ile bağının ortaya konması gerekmektedir.

C. İdari Eylem ve Kamu Görevlilerinin İdari Eylemleri

İdare kendisine Anayasa ve kanun ile verilen görevleri yerine getirirken çeşitli nitelikte işlem ve pek çok sayıda eylem yapar⁸⁵. İdarenin idari fonksiyonun icrası kapsamında yaptığı bu işlem ve eylemler çoğu zaman onun nam ve hesabına kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilir⁸⁶. Bu nedenle kamu görevlilerinin idare adına yaptığı irade açıklamaları ve idare işlevi kapsamındaki davranışlarının tanımlanması, kamu görevlisinin hangi davranışlarının mobbing teşkil edeceği ve idarenin hizmet kusuru açısından bu davranışlardan doğan sorumluluğunun bağlantısının kurulması açısından önemlidir.

İdari eylem, idari fonksiyonun ifası esnasında ortaya çıkan fiil, hareket, ameliye, davranış veya işler yahut hareketsiz kalınmasıdır⁸⁷. İdari eylem idari işlemin icrası, diğer bir ifadeyle bir idari işlemin uygulaması niteliğinde bir eylem olabileceği gibi, bir idari işlemin doğrudan veya dolaylı sonucu olmayan salt idari eylem niteliğinde de olabilir⁸⁸. İdari eylemin bir idari işlemin icrası niteliğinde olduğu hallerde, idari işlemin sonucu olarak eylemin öngörüldüğü bir irade açıklaması mevcuttur. Oysa bir idari işlemin doğrudan sonucu niteliğinde olmayan salt idari eylemde, başlangıçta o idari eylemin doğurduğu hukuki sonucun gerçekleştirilmesine yönelik bir irade açıklaması mevcut değildir⁸⁹. Öyleyse salt idari eylem, hukuk alanında herhangi bir değişiklik yahut yenilik getirmeye yönelik bir irade açıklamasını bünyesinde barındırmaz.

Danıştay kararlarında ise idari eylem yukarıda ifade edildiği gibi hem idari işlemin icrası hem de salt idari eylem şeklinde değil, yalnızca salt idari eylem şeklinde tanımlanmaktadır. Örneğin Danıştay

⁸⁴ Yargıtay 4. HD, E. 2013/7143, K. 2013/9201, 20.05.2013, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 15.03.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2011/12700, K. 2012/15375, 18.10.2012; Yargıtay HD, E. 2013/4620, K. 2013/8890, 15.05.2013; Yargıtay 4. HD, E. 2014/11852, K. 2014/16401, 01.12.2014; Yargıtay 4. HD, E. 2016/6844, K. 2018/2431, 29.03.2018; Yargıtay 4. HD, E. 2012/18983, K. 2013/17403, 11.11.2013.

⁸⁵ Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 380.

⁸⁶ Duran, 1982, s. 380.

⁸⁷ Duran, 1982, s. 381; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 333; Ayanoglu, Taner. *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 325.

⁸⁸ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 333.

⁸⁹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 335.

15. Dairesi bir kararında idari eylemi, “*idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir olayı, bir tutumu; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları(...)*” şeklinde tanımlamıştır⁹⁰. Benzer şekilde Danıştay 10. Dairesi’ne göre, “*Temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ile idarenin hareketsiz kalması (...), idari eylem olarak adlandırılmaktadır*”⁹¹. O halde Danıştay tarafından idari eylem, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13’üncü⁹² maddesinde kast edildiği üzere “salt idari eylem” olarak anlaşılmaktadır⁹³.

Yukarıda yer verilen tanımlardan anlaşılacağı üzere, kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmet kapsamında yapmış oldukları bir hareket, gerçekleştirdikleri bir olay, bir tutum yahut hareketsiz kalmaları idari eylem niteliğindedir⁹⁴. Kamu görevlilerinin idari eylemleri neticesinde meydana gelen zararın bizatihi kaynağı, kamu görevlisinin kusurlu davranışlarıdır⁹⁵. Kamu görevlisi kusurlu davranışı hizmetten yararlanan üçüncü kişilere karşı gerçekleştirebileceği gibi hiyerarşik üstüne, astına veya eşit düzeydeki diğer kamu görevlilerine karşı da gerçekleştirebilir. İşte kamu görevlisinin idari eyleminin belli bir kamu görevlisine yönelik olarak kasten veya ihmalen sistematik bir şekilde belirli bir süre gerçekleştirilmesi durumunda, bu davranışlara maruz kalan kamu görevlisinin mobbinge uğraması söz konusu olabilir. Bu durumda ise idari eylem niteliğinde olan tüm bu sistematik davranışlar bütünü doğurduğu maddi ve manevi zararlar, kamu görevlisinin görevine yahut kamu hizmetine ilişkin sayılarak kusurlu sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmelidir.

Bununla birlikte kamu görevlisinin bizim idari eylem olarak nitelendirdiğimiz davranışlarının, kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olduğu ve bu yüzden haksız fiil esaslarına göre tazminin sağlanması gerektiği gerek yargı kararlarında gerekse de doktrinde ileri sürülmektedir⁹⁶. Mobbing teşkil

⁹⁰ Danıştay 15. D, E. 2016/1825, K. 2016/3031, 28.4.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 19.02.2024). Aynı şekilde bkz. Danıştay 15. D, E. 2016/1825, K. 2016/3031, 28.04.2016; Danıştay 10. D, E. 1999/1746, K. 1999/5376, 02.11.1999; Danıştay 10. D, E. 2019/8210, K. 2020/6940, 24.12.2020; Danıştay 15. D, E. 2013/3730, K. 2014/498, 05.02.2014; Danıştay 15. D, E. 2013/3361, K. 2014/1509, 06.03.2014; Danıştay 10. D, E. 2013/4249, K. 2015/1659, 08.04.2015; Danıştay 10. D, E. 2019/5480, K. 2020/6953, 24.12.2020; Danıştay 10. D, E. 2014/6726, K. 2016/110, 14.01.2016; Danıştay 10. D, E. 2014/6726, K. 2016/110, 14.01.2016; Danıştay 10. D, E. 2019/6002, K. 2021/2543, 24.5.2021.

⁹¹ Danıştay 10. D, E. 2006/237, K. 2008/172, 25.01.2008, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 19.02.2024). “*İdarenin, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyeti (fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar) veya hareketsiz kalması ise idari eylem olarak tanımlanmaktadır*” Danıştay 14. D, E. 2013/8488, K. 2015/3405, 29.4.2015, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 19.02.2024); “*Tam yargı davası açılmasının temel koşulu ‘idari eylem’in bulunmasıdır. İdari eylem ise, idarenin kamu hukuku alanındaki maddi fiil ve hareketlerini ifade eder*” Danıştay 6. D, E. 2008/2291, K. 2010/1825, 01.03.2010, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 19.02.2024).

⁹² **2577 sayılı İYUK m. 13:** “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir*”.

⁹³ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 334.

⁹⁴ Ayanoglu, s. 66; Erdoğan, Talha. *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 66.

⁹⁵ Erdoğan, s. 67.

⁹⁶ Bkz. Dipnot 109; “*Olayda, kişinin davacıya yönelik olduğu öne sürülen hakaret içerikli sözlerini, kamu görevinin ifası sırasında gerçekleştirmiş olduğu görülmekte ise de, bu tavrının kamu hizmetinin bir gereği olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu itibarla üçüncü kişinin ağır kişisel kusuruna dayalı eylemi sonucu idarenin hizmet kusuru ile dava konusu olay arasındaki illiyet bağının kesildiği açıktır. Bu durumda, davalı idarede hekim olarak görev yapan kişinin, aynı hastanede yine hekim olarak çalışan davacıya hakaret ettiği ileri sürülerek, tazminata hükmedilmesi istemiyle açılan davanın, haksız fiillere özgü özel hukuk hükümleri*

eden davranışların neden idari eylem olarak nitelendirilmesi gerektiğini izah etmek için öncelikle kamu görevlileri açısından mobbingin uygulanma şeklinin örneklerle açıklanması ardından konunun salt kişisel kusur ve kişisel kusur açısından değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

D. Kamu Görevlileri Açısından Mobbing Teşkil Eden Davranışlar

Kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden davranışları çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Hiyerarşik bir ilişki türü olan amir – memur ilişkisi içerisinde çoğunlukla, üstün astına karşı disiplin soruşturması açma, sicilini düşürülmesi, görev alanını belirleme, emir veya talimat verme gibi yetkileri kullanmak suretiyle mobbing uyguladığı görülmektedir⁹⁷. Bu şekilde gerçekleşen mobbing, “*hiyerarşik (dikey) mobbing*” olarak adlandırılmaktadır⁹⁸. Örneğin Danıştay 8. Dairesi İstanbul Ticaret Borsası’nda memur olarak görev yapan davacının amir ve yöneticileri tarafından mobbing sürecinde gerçekleştirdikleri davranışları bir kararında şöyle sıralamıştır:

“2003-2010 yılları arasında davalı idarenin merkez biriminde çalışan ve olumsuz sicili bulunmayan davacının, davalı idarenin bir kısım amir ve yöneticileri hakkında yürütülen ceza davasında ifade vermesinin ardından, yargı kararı ile sabit olduğu üzere 04/08/2010 tarihinde usulsüz şekilde üstünün aranmasıyla başlayan süreçte pek çok disiplin soruşturması ve disiplin cezasına muhatap olduğu, söz konusu disiplin cezalarının tamamının yargı kararları ile iptal edildiği, mahkeme kararlarının gerekleri şeklen yerine getirilerek aynı cezaların tekrar verildiği, davacının işten atılmasını gerektiren koşullar oluşmadığı halde meclis toplantısında bir idareci tarafından davacının işten atılması gerektiğinin ifade edildiği, davacının görev yerinin değiştirilerek ikametgahına çok uzak bir yere görevlendirildiği, sağlık sorunlarına ilişkin aldığı raporlara itibar edilmeyerek hakem hastaneye gönderildiği ve sağlık sorunlarına dayalı görev yeri değiştirme talepleri ile izin ve diğer özlük haklarına yönelik istemlerinin karşılanmadığı, eşinin doğum yapmasından bir gün önce talep ettiği yarım gün iznin verilmediği, memur olan kadrosunun yardımcı hizmetler sınıfı olarak değiştirildiği, davacının fiziksel ve ruhsal sağlığının bu süreçte bozulduğu ve davalı idarenin haksız ve sistematik baskısı sonucunda, uzun yıllar süren ağır bir psikolojik tacize (mobbinge) maruz kaldığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır”⁹⁹.

çerçevesinde, özel hukuk kişisine karşı açılması gerektiği de gözetilerek, adli yargı yerinde görülmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır” Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2020/76, K. 2020/331, 28.5.2020, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 07.05.2024).

⁹⁷ Erkal, s. 29; Kasapoğlu Turhan, s. 96-97.

⁹⁸ Çaptuğ Dilek, s. 363.

⁹⁹ Danıştay 8. D, E. 2019/6046, K. 2021/1626, 07.03.2021, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 25.02.2024). “Dosyanın incelenmesinden, öğretmen olan davacının, ders programının haftanın geneline yayılarak zorlaştırıldığı ve aynı gün birkaç okula gidecek şekilde program yapıldığı, birbirine uzak dört okulda birden görevlendirildiği, davacıya birbiriyle çakışan görevler verildiği, idarece uygulanan mobbing neticesinde ruhsal ve psikolojik sağlığının bozulduğu, çalışma şevkinin kırılmak suretiyle manevi zarara uğratıldığı, tüm bunların neticesinde yaşadığı ağır manevi acı ve ıstırap nedeniyle davalı idareden maddi ve manevi tazminat isteminde bulunması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davacının iddialarının fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurlar değerlendirildiğinde; ders programının haftanın geneline yayılarak zorlaştırılması ve aynı gün birkaç okula gidecek şekilde program yapılması, birbirine uzak dört okulda birden görevlendirilmesi, davacıya birbiriyle çakışan görevler verilmesi şeklindeki eylemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, davacı üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmaktadır. Nitekim, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Sağlık Araştırma Ve Uygulama Merkezi’nce davacı hakkında düzenlenen ve dosya içerisinde yer alan 21/01/2014 günlü raporda, “davacının ilk defa 3 yıl önce yaşadığı ve devam eden çalışma hayatındaki sorunlar sonrası oluşan ruhsal belirtileriyle travma sonrası stres bozukluğu öntanısıyla izlemi ve tedavisinin devam ettiği” hususlarına yer verildiği görülmüştür. Sonrasında da, travma sonrası stres bozukluğu tanısıyla, davacıya çok sayıda istirahat raporu verildiği görülmüştür” Danıştay 2. D, E. 2015/6046, K. 2017/6537, 25.10.2017, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 27.02.2024); “(...)davacının çalışma masasının, özel eşyalarının ve üstünün hukuksuz bir şekilde davalı kurum elemanlarınca zorla aranmasıyla başlayan süreçte, sırf bu davranışı sebebiyle davacının disiplin cezası yaptırımına tabi tutulması, daha davacının işten atılmasını

Danıştay 8. Dairesi'nin kararında açıkladığı üzere, amirler mobbing sürecinde kişisel davranışları ile mobbing uygulayabileceği gibi hiyerarşi yetkisinden kaynaklanan idari işlem ya da idari eylemler yoluyla da mobbing uygulayabilir¹⁰⁰.

Mobbing davranışları eşit düzeyde yer alan kamu görevlileri arasında da gerçekleşebilir. Bu şekilde eşit düzeyler arasındaki mobbing “fonksiyonel (yatay) mobbing” olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹. Eşit düzeydeki kamu görevlileri arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı için mobbing davranışları hiyerarşi yetkisinden kaynaklanan işlemler olarak değil, daha çok aşağılama, hakaret etme, kötüleme, diğer kamu görevlilerini mağdura karşı kışkırtma, diğer kamu görevlileri ile mağdura karşı hareket etme şeklinde söz konusu olabilmektedir¹⁰².

E. Kamu Görevlilerinin Mobbing Davranışlarının Salt Kişisel Kusur ve Kişisel Kusur Açısından Değerlendirilmesi

Kamu idare ve kurumlarında mobbing, yukarıda açıklandığı üzere üstler ile astlar arasında veya eşit düzeydeki kamu görevlileri arasında meydana gelmektedir. Kamu görevlilerinin meslektaşlarına yönelik gerçekleştirdiği mobbing davranışlarının tazmini meselesinde yargı kararları arasında farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu noktada mobbing davranışlarının idari eylem ile bağlantısının ortaya konulması halinde hizmet ile bağı kopmayan kişisel kusur dolayısıyla idarenin sorumluluğu kabul edilirken, mobbing davranışlarının haksız fiil ile bağlantısının ortaya konulması halinde salt kişisel kusur dolayısıyla kamu görevlisine karşı doğrudan adli yargıda dava açılabilmesi kabul edilmektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nda memur olarak görev yapan davacının görev yaptığı birimin müdürü tarafından sözlü ve fiili cinsel tacize uğraması ile sicilini bozmaya yönelik davranışlar sergileyerek kendisine mobbing yaptığını ileri sürmesi hakkında açılan manevi tazminat istemli davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini şöyle açıklamaktadır:

“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy.K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde

gerektiren koşulların oluşmadığı bir sırada meclis toplantısında bir idareci tarafından davacının işten atılması gerektiğinin ifade edilmesi ve bu yönde tutum sergilenmesi, çok basit suçlamalarla davacının savunmasının istenilmesi, mahkeme kararlarının gerekleri şeklen yerine getirilerek aynı cezaların tekrar verilmesi, görev yeri değiştirilerek işe gidiş-gelişlerde ve iş ortamında davacının çalışma koşullarının zorlaştırılmaya çalışılması, ekonomik olarak zor durumda bırakmak için ikramiye ve yol ücreti ödemelerinin yapılmaması, eşinin doğum yapacağı bir gün önce talep ettiği yasal ve insanı nedenlerle kabulü gereken yarım gün izin dahi verilmeyerek amirine hakaret etmeye zorlanan davacının disiplin cezasına muhatap kılınması, idarenin tüm takdir haklarını davacının aleyhine kullanması, esasen disiplin cezasına dahi konu yapılamayacak aynı nitelikteki suçlamalardan dolayı tekerrür hükümleri uygulanarak iki kez ‘meslekten çıkarma’ cezası ile cezalandırılması, sağlık özüne dayanarak görev yerinin değiştirilmesine ilişkin makul taleplerinin reddedilmesi, memur olduğu halde hizmet sınıfının genel idare hizmetleri sınıfından, yardımcı hizmetler sınıfına alınması nedenleriyle; aşağılanma, özgüven zedelenmesi, yalnızlaşma, kendisini değersiz hissetme, çökkün duygudurum, içe kapanma, keyifsizlik, baş ağrısı, enerji kaybı, ilgi istek kaybı, stres, uyku ve iştah azalması, konsantrasyon kaybı, depresif şikayetler, bu sebeplerle eşi ile sıkıntı yaşadığı ve intihara kalkıştığı anlaşılan davacının, davalı idarenin haksız ve sistematik baskısı sonucunda, ağır bir psikolojik tacize (mobbinge) maruz kaldığı sonucuna varıldığı...” Danıştay 8. D. E. 2021/7835, K. 2023/1975, 12.4.2023, Lexpera İçtilhat Bankası, (Erişim Tarihi 29.02.2024).

¹⁰⁰ Erkal, s. 31; Kasapoğlu Turhan, s. 96.

¹⁰¹ Çaptuğ Dilek, s. 364.

¹⁰² Erkal, s. 29.

düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır. Somut olayda davalının görevi sırasındaki ve bu görevi ile ilgili eylem ve işlemleri nedeni ile tazminat talep edilmiş olmasına göre davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekmektedir”¹⁰³.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi yapmış olduğu değerlendirmede, kamu görevlisinin sözlü ve fiili olarak gerçekleşen cinsel taciz davranışları ile davacının sicilini bozmaya yönelik davranışlarını, “*davalının görevi sırasındaki ve bu görevi ile ilgili eylem ve işlemleri*” olarak değerlendirmiş ve hizmet kusuru ile bağlantılı olduğuna kanaat getirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda kamu görevlisinin görevi esnasında ve görevle ilgili yetkilerini kullanırken işlediği kusurun hizmet kusuru ile bağlantılı bir kişisel kusur niteliğinde olduğu dolayısıyla Gaziantep Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Biyoloji Bölümünde profesör olarak çalışan davacının, bölüm başkanı ve diğer öğretim üyeleri tarafından hakkında usulsüz müracaat ve şikayette bulunma, görevini işbirliği içerisinde yapmama, girdiği bazı dersleri vermesinin engellenmesi ve başka bir hocaya verilmesi, derslerinin günün geç saatlerine konulması şeklinde gerçekleşen mobbing davranışları nedeniyle uğradığı zararın tazmini için idare aleyhine dava açılması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ayrıca, kamu görevlisinin hizmeti yürütürken ya da hizmetle ilgili bir yetkisini kullanırken sergilediği davranışların suç teşkil etmesi veya ağır kusur olması yahut düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetli olarak bir kimseye zarar vermesi hallerinde dahi idarenin denetim, gözetim ve iyi kamu personeli seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusurundan sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir.

Öte yandan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi başka bir kararında, Marmara Üniversitesi’nde öğretim görevlisi olarak görev yapan davacının hiyerarşik amiri olan davalı tarafından sürekli bir şekilde aşağılama ve hakaretlere maruz kalarak mobbinge uğraması nedeniyle manevi tazminat isteminin adli yargıda görülmesi gerekliliğini şöyle ifade etmiştir:

“Anayasa m. 129/5’de, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılabileceği benimsenmiştir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanılma alanı ile, eş anlatımla, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Özellikle, haksız eylemlerde (fiili yol); kamu görevlisinin, Anayasa’nın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda, davalının hakaret ettiği ileri sürülmüştür. Kamu görevlilerinin hakaret etmeleri açıkça kişisel kusur oluşturur ve hiç bir biçimde görev ile ilişkilendirilemez. Bu sava dayanan davaların, Anayasa m.129/5 kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, davalıya husumet yöneltilebileceği benimsenmeli ve işin esası incelenmelidir. Şu durumda, işin esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Hüküm, açıklanan nedenlerle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir”¹⁰⁵.

¹⁰³ Yargıtay 4. HD, E. 2014/4414, K. 2014/5893, 07.04.2014, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 05.03.2024).

¹⁰⁴ Yargıtay HGK, E. 2014/1334, K. 2016/1067, 16.11.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 05.03.2024). Öte yandan Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında, kamu görevlisinin mobbing teşkil eden kusurlu davranışının hizmet kusuru mu yoksa salt kişisel kusur mu oluşturduğu tespit edilmek suretiyle kamu görevlisine karşı idari yargı da mı yoksa adli yargıda mı husumetin yöneltilebileceği sonucuna ulaşılacağını belirtmiştir. Somut olayda Eczacılık Fakültesinde Temel Eczacılık Bilimlerinde bölüm başkanı olarak görev yapan davacının, davalı dekan tarafından psikolojik baskı ve yıldırma amacıyla ilgili komisyonlarda görev verilmemesi, diğer öğretim üyelerinin davacıya karşı doldurulması, etkinliklerde davacıya yer verilmeyerek dışlanması şeklinde uygulanan davranışların kişisel kusur niteliğinde olduğundan hareketle adli yargıda doğrudan kamu görevlisine karşı dava açılabileceğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2014/110, K. 2015/2600, 11.11.2015, Lexpera İçtihat Bankası, (05.03.2024).

¹⁰⁵ Yargıtay 4. HD, E. 2015/1495, K. 2015/3648, 25.03.2015, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 06.03.2024). Aynı yönde bkz: “*Davacı, olarak görev yaptığını, aynı hastanede başhekim olan davalının psikolojik taciz ve*

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ilk karardan farklı olarak hiyerarşik üstün astına karşı gerçekleştirdiği aşağılama ve hakaretleri haksız fiil niteliğinde kabul ederek kamu görevlisinin bu eylemlerini hizmetten ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusur olarak değerlendirmiştir. Bu yüzden kamu görevlisine karşı adli yargıda doğrudan husumet yöneltilebileceğini kabul etmiştir. Benzer şekilde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi başka bir kararında, öğretmen olarak görev yapan davacının amiri tarafından uğradığını iddia ettiği mobbing davranışlarının salt kişisel kusur niteliğinde olduğu ve bu yüzden davalıya adli yargıda doğrudan husumet yöneltilebileceğini şöyle ifade etmiştir:

“(...)davacı, kendisine karşı psikolojik baskı ve sudan sebeplerle soruşturma açılarak disiplin cezası uygulandığı gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı müdürün göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmamasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmamasına göre, eldeki davada husumetin davalıya yöneltmesinde isabetsizlik de bulunmamaktadır”¹⁰⁶.

Danıştay’ın kamu görevlilerinin mobbing davranışının salt kişisel kusur mu yoksa hizmet ile bağı kopmayan kişisel kusur mu olduğuna ilişkin farklı kararları söz konusudur. Örneğin Danıştay 8. Dairesi, öğretim üyesi olan davacının, hakkında açılan disiplin soruşturmaları nedeniyle psikolojik taciz ve prestij kaybına uğradığı iddialarının açıklığa kavuşturulabilmesi için söz konusu disiplin soruşturmalarının hizmet kusurundan mı yoksa hizmet ile bağı kopan salt kişisel kusurdan mı

şiddetine maruz kaldığını, tüm baskılara dayanamayarak istifa etmek zorunda kaldığını, davalı tarafından diğer personelin yanında sürekli rencide edildiğini, kendisine mobbing yapıldığını, davalının kişisel hırs ve öfkesine dayalı olarak hareket ettiğini belirterek kişilik haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur.(...) 29/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası’nın 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda, davacı, davalının başkaları yanında kendisini rencide ettiği, kişisel hırs ve öfkesine dayalı olarak hareket ettiği, davalının kişisel kusuruyla kendisine mobbing uygulandığı iddiasına dayandığına göre davalı kamu görevlisinin bu şekilde hareket etmesi kişisel kusur oluşturur ve hiç bir biçimde görev ile ilişkilendirilemez. Bu sava dayanan davanın, Anayasa m.129/5 kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, davalıya husumet yöneltilebileceği benimsenmeli ve işin esası incelenmelidir” Yargıtay 4. HD, E. 2016/2878, K. 2016/7137, 30.05.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 07.03.2024).

¹⁰⁶ Yargıtay 4. HD, E. 2015/16592, K. 2016/7912, 15.6.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 07.03.2024). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, eczacılık fakültesinde öğretim üyesi olarak çalışan eşit düzeydeki kamu görevlilerinin, aynı fakültede görev yapan diğer bir öğretim üyesine yönelik mobbing davranışlarını da salt kişisel kusur olarak değerlendirmektedir. Bkz. “Davacı vekili, davacı ile davalıların... Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Toksikoloji Anabilim Dalında öğretim üyesi olduklarını, davalı ...’nın davacıya hakaretlerde bulunduğunu, davalıların sistemli ve organize bir şekilde yıpratma ve yıldırma amaçlı psikolojik taciz uyguladıklarını, müvekkilinin 5 yıl süren psikolojik tacize tahammül etmeye çalıştığını, müvekkiline çalışma yaşamında mobbing uygulandığını, davalıların davacıya ortak kullanıma açık olan kamu mali laboratuvarlarını kullandırılmadığını iddia ederek müvekkilinin uğradığı manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur Anayasa’nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası’nın 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda, dava dilekçesinde belirtilen maddi olgulardan, davacının, açıkça davalıların kişisel kusur ve eylemine dayandığı anlaşılmaktadır. Şu halde, kamu görevlilerinin kişisel kusuruna dayalı eldeki davada, davalılara husumet yöneltilebileceği ve idari yargıda gerçek kişiler aleyhine dava açılmayacağı hususu da gözetilerek işin esasının incelenmesi(...)”. Yargıtay 4. HD, E. 2016/3923, K. 2016/6842, 24.5.2016, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 09.03.2024).

kaynaklandığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlgili Daire yapmış olduğu değerlendirmede süreklilik arz eden ve kamu görevlisini sindirmeye yönelik olan idari eylem ve/veya işlemlerin bir zarar doğurması halinde idare hukuku kuralları çerçevesinde idarenin hizmet kusuru gereğince zararı tazmin etmesi gerektiğini, ayrıca idari eylem ve/veya işlemlerin kamu personelin çalışma hayatına etkisinin çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmasına rağmen idarenin etkin önlemler almayarak gerekli denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle de hizmet kusuru açısından sorumluluğunun doğacağına dikkat çekmiştir. Bununla birlikte ilgili Daire, kamu idare ve kurumlarında mobbing davranışlarının görünüş şekilleri dikkate alındığında mağdura kusurlu davranışların doğrudan kamu görevlisinin kişisel davranışlarıyla gerçekleşmesi halinde artık salt kişisel kusurdan söz edileceği ve doğrudan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabileceğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle:

“(...)kamu kurum ve kuruluşlarında psikolojik tacizin(mobbing) görülüş şekilleri dikkate alındığında; ilgililerin mobbinge maruz kaldıkları yolundaki iddiaları, psikolojik tacizin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanın aşağılanması, küçümsemesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, çalışma hayatı içerisinde rencide edilmesi suretiyle doğrudan kamu görevlisinin kişisel davranışlarıyla gerçekleşmesi halinde, kişisel kusur kapsamında doğrudan kamu görevlisi aleyhine açılacak tazminat davaları adli yargıda; kurum ve kuruluşlar içerisindeki hiyerarşi ilişkisinden kaynaklı olarak kamu görevlisi tarafından, görev ve yetkisinde olan idari işlemlerin hukuka aykırı olarak tesisi suretiyle (hukuka aykırı olarak verilen ve süreklilik arz eden disiplin cezaları, atama, atamama ve nakile ilişkin işlemler, ders görevlendirmesine yönelik tesis edilen işlemler, geçici görevlendirme vb.) çalışanın baskı altına alınarak yıldırılması halinde görev kusuru kapsamında doğrudan idare aleyhine idari yargıda açılacak tazminat davaları ise idari yargıda görülecektir”¹⁰⁷.

Danıştay 8. Dairesi salt kişisel kusur ve görev kusuruna ilişkin yaptığı hukuki açıklamaların ardından somut olayda, davacı hakkında açılan soruşturmanın davalı idare tarafından şikayet konusu hususların aydınlatılması için kendisine verilen görev doğrultusunda açıldığı, mevzuata aykırı iş ve işlemlerde bulunduğu ileri sürülen davacı hakkında idarenin harekete geçmesi gerekliliğinin bir yükümlülük olduğu aksi halde idarenin hizmet kusurunun ortaya çıkacağı, dolayısıyla yasal yükümlülüğünü yerine getiren idareye atfedilebilecek bir hizmet kusurunun söz konusu olmadığına kanaat getirmiştir. Öte yandan, Danıştay 8. Dairesi başka bir kararında, öğretim üyesi olarak görev yapan davacının aynı bölümde görev yapan diğer iki öğretim görevlisi tarafından sürekli bir şekilde mobbinge maruz kaldığı iddiasıyla açılan davada, davacıya karşı uygulanan eylemlerin kamu hizmetinden ayrılmaz nitelikte olduğu ve hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁰⁸.

Esasında Danıştay kararlarında da Yargıtay kararlarında olduğu gibi mobbing teşkil eden eylemlerin kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olduğu mu yoksa hizmet ile bağı kopmayan kişisel kusur mu olduğu mu konusunda bir görüş birliğine varılmış değildir. Kamu görevlisinin hiyerarşi yetkisinden kaynaklı idari işlemlerinin mobbing aracı olarak kullanılması halinde, kusurlu davranış idari kusur olarak görülerek hizmet kusuru ile bağlantısı kurulmaktadır. Ancak kamu görevlisinin idari işlem

¹⁰⁷ Danıştay 8. D, E. 2020/3456, K. 2021/3660, 08.07.2021, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 10.03.2024). Aynı şekilde Danıştay 8. Dairesi başka bir kararında da, kamu idare ve kurumlarında mobbingin görünüş şekillerini değerlendirirken, kamu görevlisinin diğer bir kamu görevlisi tarafından aşağılanması, küçümsemesi, dışlanması, kişiliğinin zedelenmesi, rencide edilmesi suretiyle gerçekleşmesini doğrudan kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olarak kabul edilmesi gerektiğini, kamu görevlileri arasında hiyerarşik ilişkiden kaynaklanan disiplin cezası verme, atama, atamama, nakile ilişkin işlemler, ders görevlendirmesine ilişkin işlemler gibi idari işlemlerin baskı ve yıldırı amaçlı sürekli bir biçimde yapılması halinde ise hizmet kusuru kapsamında kabul edilmesi gerektiğinden söz etmektedir. Karar için bkz. Danıştay 8. D, E. 2021/1352, K. 2021/3452, 29.06.2021, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

¹⁰⁸ Danıştay 8. D, E. 2018/5292, K. 2022/2874, 20.4.2022, Lexpera İçtihat Bankası, (Erişim Tarihi 13.03.2024).

olarak ortaya çıkmayan mobbing davranışlarının kamu hizmeti veya görevi ile bağı kopararak, doğrudan kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olarak görme yönünde bir eğilim mevcuttur. Bu durum eşit düzeydeki kamu görevlileri arasında ve astın üstüne karşı sistematik bir şekilde ve belli bir süre boyunca kasıtlı yahut ihmali olarak gerçekleştirdiği yıldırma amaçlı mobbing davranışlarından dolayı idarenin sorumluluğunun doğmaması ile sonuçlanmaktadır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere 657 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca devlet memurlarının çalışma ortamında iş birliği içerisinde davranmaları ve çalışırken gerekli özeni gösterme yükümlülükleri dolayısıyla birbirlerine karşı sergiledikleri davranışlar ile kamu görevlisi olmak ve yürütülen hizmetin göz ardı edilemez bir bağı vardır. Şöyle ki; kamu görevlilerinin birbirlerine karşı dikkatli ve özenli davranma yükümlülüğü 657 sayılı Kanun'un kamu görevlisi olmaya bağladığı sonuçlar ile ilişkililikten, bu şekilde davranma yükümlülüğü hizmetin etkili ve verimli sunulmasının da bir gereğidir. Bu açıdan bakıldığında kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden davranışlarının görevden ayrılamayan bir yönü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁹. Dahası bir kamu görevlisinin diğer bir kamu görevlisine yönelik hakaret, aşağılama, dışlama, iftira atma, taciz etme vb. şekillerde ortaya çıkan davranışları her ne kadar görev ve yetkisini aşan nitelikte davranış biçimleri olsa dahi yine de bu davranışlar kendilerine verilen resmi görev ve yetkilerden faydalanmak suretiyle gerçekleştiğinden hizmet ile bağının tamamen kopmasını engellemekte ve hafifte olsa bir bağ ile irtibatının ortaya çıkmasını sağlamaktadır¹¹⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesi yakın tarihli *Ebru Bilgin Başvurusunda* psikolojik taciz nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği yönünde davacı tarafından ileri sürülen iddiaları değerlendirirken kurum müdürü tarafından gerçekleştirilen mobbing davranışlarının kamu hizmeti ile bağının tamamen kopmadığına dikkat çekmiştir¹¹¹. Kurum müdürünün başvurucuya yönelik hukuka aykırı bir şekilde sık sık disiplin soruşturması açması, savunma alması, görev yerini değiştirmesi gibi idari işlemler aracılığıyla gerçekleşen mobbingi kamu hizmeti ile bağlantılı görmesinin yanı sıra hakaret, tehdit gibi gerçekleşen davranışları da idari eylem niteliğinde görerek kamu hizmeti ile bağlantılı olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararı ile kurum müdürü olarak görev yapan kamu görevlisinin mobbing teşkil eden davranışlarını salt kişisel kusur olarak değil hizmet ile bağlantılı kişisel kusur olarak nitelendirmektedir. Anayasa Mahkemesi ile benzer şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi de üniversitede okutman olarak görev yapan davacının çalışma hayatında diğer kamu görevlileri tarafından maruz bırakıldığı mobbing niteliğindeki davranışları değerlendirirken söz konusu davranışların kamu hizmeti ve görevi ile bağlantılı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle davacının mobbing iddiası ile açtığı davanın kamu görevlisinin görev ve yetkileri ile bağı kopmadığından idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir¹¹².

Bunun yanı sıra kamu idare ve kurumlarının, kamu görevlilerinin birbirlerine karşı uyguladıkları mobbingin tekrarlanmasını önleyecek tedbirleri alması, yeniden huzurlu bir çalışma ortamının sağlanması için gerekli çabayı göstermesi hizmet kusurunun meydana gelmesini önlemenin bir gereğidir. Zira idarenin Anayasa'nın 10'uncu, 12'nci, 17'nci, 49'uncu maddeleri uyarınca kamu görevlisinin maddi ve manevi varlığının korunması için gerekli tedbirleri alma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca bu durum kamu hizmetinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülmesine hizmet edecektir. Öyleyse bir kamu görevlisinin diğer kamu görevlisine yönelik mobbing

¹⁰⁹ Doktrinde bir kamu görevlisinin diğer bir kamu görevlisine yönelik yıldırma, bezdirme, bıktırma şeklindeki mobbing eylemlerinin idari olma niteliğini kaybettiği için idari eylem olarak nitelendirilemeyeceği, dolayısıyla idarenin bu eylemlerden dolayı sorumlu tutulamayacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kamu görevlisinin mobbing teşkil eden eylemlerinin kişisel kusur olarak kabul edilmesi ve ortaya çıkan zararın tazmini için adli yargıya başvurulması gerekmektedir. Aksi yöndeki bu görüş için bkz. Kasapoğlu Turhan, s. 118-121.

¹¹⁰ Sarıca, s. 57.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018, BB 2014/7998 (Ebru Bilgin) (RG: 26/9/2018-30547).

¹¹² Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2015/720, K. 2015/723, T. 26.10.2015.

davranışlarının idari işlem aracılığıyla gerçekleşmesinde olduğu gibi idari eylem aracılığıyla gerçekleşmesi halinde de hizmet ile bağı kopmayan kişisel kusurunun varlığı kabul edilerek idarenin sorumluluğu yoluna gidilmesi kabul edilmelidir¹¹³.

SONUÇ

Kamu görevlileri arasında gerçekleşen mobbing sıklıkla idari işlem ve idari eylem niteliğindeki davranışlar aracılığıyla ortaya çıkmaktadır. Mobbing aracı olarak kullanılan idari işlem ve eylemlerin mobbing mağduru olan kamu görevlisi açısından bir zarar meydana getirmesi halinde Anayasa'nın 125'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmü ile son fıkrasında yer alan, "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" hükmü uyarınca idari sorumluluk esaslarına göre idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

Amirin memura karşı veya memurun amirine karşı ya da memurların birbirlerine karşı gerçekleştirdiği mobbing teşkil eden davranışlar kamu görevlilerinin kusurlu davranışı neticesinde meydana geldiği için hizmet kusuru ile bağlantılıdır. İdarenin hizmet kusurunun bir kısmı, kamu hizmetini ifa etmekle yükümlü kamu görevlilerinin işlem ve eylemleri ile görünüm kazanmaktadır. Kamu görevlisinin görevini ifa ederken görev ile bağı kopmayan kusurlu davranışları hizmet ile bağı kopmayan kişisel kusuruna, hizmet ile bağı olmayan şahsi nitelikteki kusurlu davranışları ise salt kişisel kusuruna yol açmaktadır. Bu bağlamda mobbing teşkil eden davranışların kişisel kusur mu yoksa salt kişisel kusur mu oluşturduğunun tespit edilmesi mobbing nedeniyle meydana gelen zararın tazmininde görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Çalışma boyunca ortaya konulduğu üzere, kamu görevlilerinin mobbing teşkil eden davranışlarının kamu görevi ile ayrılmayan bir yönü bulunmaktadır. Buna göre, bir kamu görevlisinin diğerine karşı taciz, aşağılama, hakaret, şeklindeki davranışlarının her ne kadar görevi aşar nitelikteki davranışlar olduğu ileri sürülse de bu davranışların kamu görevlisi sıfatı nedeniyle kendilerine verilen yetki ve sorumluluklar ile bir arada çalışma yükümlülüğü dahilinde gerçekleştiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Öte yandan, kamu görevlileri arasındaki mobbingin sadece hiyerarşi yetkisinin kullanılması neticesinde tesis edilen idari işlemler aracılığıyla gerçekleşebileceğinin kabulü, eşit düzeydeki kamu görevlileri ile astın üste yönelik yıldırma amaçlı sistematik davranışları sonucu uğramış olduğu zarara karşı tazmin hakkının doğmamasına neden olacaktır. Sonuç itibarıyla, bu nitelikte gerçekleşen mobbing davranışlarının bir idari eylem olarak kabul edilmesi ve idari yargının görev alanına sokulması yerinde olacaktır.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

¹¹³ Doktrindeki bir görüşe göre kamu görevlisinin mobbing niteliğindeki davranışlarının hizmet içindeki kişisel kusur olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kamu görevlisinin mobbing olarak sonuçlanan kusurlu davranışı görevinden bağımsız ve hizmet ile ilişkilendirilemeyen salt kişisel kusur niteliğinde değil hizmet içindeki kişisel kusur olarak kabul edilmesi gerekir. İlgili görüşü için bkz. Çaptuğ Dilek, s. 387. Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise, kamu görevlisinin mobbing amaçlı davranışlarının aynı zaman Türk Ceza Kanunu'nda suç teşkil etmesi veya özel kanunlarda suç olarak nitelendirilen davranışlardan biri olması halinde salt kişisel kusur olarak kabul edilerek adli yargının görev alanına sokulmalı aksi takdirde adli yargıda dava husumet yönünden reddedilmelidir. İlgili görüş için bkz. Çınarlı, Serkan, Çelik, Selçuk Sinan. "Yargı Kolunun Tespitinde Kamu Görevlisinin Görev Kusuru, Kişisel Kusuru Ayrımı ve Mobbing Uygulamalarının Durumu", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 118, 2016, s. 55.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

BIBLIOGRAPHY

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- Akyılmaz, Bahtiyar. “Danıştay ve AYİM kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller”, *Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Ayanoğlu, Taner. *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Boge, Cecilie / Larsson, Anna. “Understanding Pupil Violence: Bullying Theory as Technoscience in Sweden and Norway”, *Nordic Journal of Educational History*, C. 2, S. 5, 2018, ss. 131-149.
- Çınarlı, Serkan / Çelik, Selçuk Sinan. “Yargı Kolunun Tespitinde Kamu Görevlisinin Görev Kusuru, Kişisel Kusuru Ayrımı ve Mobbing Uygulamalarının Durumu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 118, 2016, ss. 41-56.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, , 2007, ss. 113-146.
- Dilek Çaptuğ, Mehpere. “İş Yerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan Kamu Personelinin İzleyebileceği Hukuki Başvuru Yolları”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2022, ss. 359-396.
- Duffy, Maureen / Len Sperry, *Mobbing: Causes, Consequences, and Solutions*, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2012.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Duran, Lütfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Erdem, Mustafa Ruhan/ Parlak Benay. “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *TBB Dergisi*, S. 88, 2010, ss. 261-286.
- Erdoğan, Talha. *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Erkal, Atila. *İdare Hukukunda Mobbing*. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Cilt II*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Güran, Sait. “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 1979, ss. 55-62.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2023.
- Leymann, Heinz. “Mobbing and Psychological Terror at Workplaces”, *Violence and Victims*, C. 2, S. 5, 1990, ss. 119-126.
- Leymann, Heinz. “The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, C. 2, S. 5, 1996, ss. 165-184.

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C III*. 1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Özay, İl Han. *Gün Işığında Yönetim: XXI nci Yüzyılın İlk Çeyreğinin “Jön Türk”lerine*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Söyler, Yasin. “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2010, ss. 555-592.

Tınaz, Pınar/ Bayram, Fuat/ Ergin, Hediye. *Çalışma Psikolojisi Ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*. 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008.

Turhan Kasapoğlu, Mine. “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105, 2013, ss. 89-128.

Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, 1. Basım, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2010.

Online Kaynaklar

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://mevzuat.gov.tr/>

<https://lexpera.com.tr/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>

Hükümlülerin Süreli veya Süresiz Yayınlarından Yararlanma Hakkı (CvGTİHK m. 62)

Berrin AKBULUT *

¹ Selçuk Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi	ÖZET
Makale Geçmişi Geliş Tarihi: 06.04.2024 Kabul Tarihi: 06.06.2024 Yayın Tarihi: 28.06.2024 Anahtar Kelimeler: Yayın, Süreli veya süresiz yayın, Ceza infaz kurumu, Hükümlü, Anayasa Mahkemesi.	<p>Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun'un (CvGTİHK) 62. maddesinde, ifade özgürlüğü kapsamında nitelendirilen süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Düzenleme hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkını hükme bağlamaktadır. Ancak bu haktan CvGTİHK m. 116 gereğince tutukluların da yararlanması kabul edilmiştir.</p> <p>CvGTİHK'nin 62. maddesinde, hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlardan hangilerinden ve hangi şartlarda yararlanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa m. 13 gereğince temel haklara sınırlamanın ancak kanunla yapılması kabul edildiğinden hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlardan yararlanmasına getirilecek sınırlamaların neler olduğu açıkça ifade edilmiştir.</p> <p>Hükümlüler ve tutuklular, CvGTİHK'nin 62. maddesinin dışında CvGTİHK'nin 61. maddesi gereğince kütüphanedeki yayınlardan ve 70. maddesi gereğince de dini yayınlardan yararlanabilmektedir.</p> <p>Bu çalışmada 62. madde hükmü, süreli ve süresiz yayınlarda yararlanılacak ve yararlanılmayacak yayınlar ayrımı yapılarak Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelenecek, yaşanan sorunlar ve tartışmalar belirtilecektir. Ayrıca diğer maddelerin getirdiği düzenlemelere yer verilecektir.</p>

Convicts Right to Benefit from Periodical or Non-Periodical Publications (LESSM Art. 62)

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 06.04.2024 Accepted: 06.06.2024 Published: 28.06.2024 Keywords: Publication, Periodical or non-periodical publication, Penal execution institution, Convict, Constitutional Court.	<p>Article 62 of the Code on the Execution of Penalties and Security Measures (CEPSM) regulates the right to benefit from periodical or non-periodical publications, which is considered within the scope of freedom of expression. The regulation stipulates the right of convicts to benefit from periodical or non-periodical publications. However, pursuant to Article 116 of the CEPSM, it is accepted that detainees may also benefit from this right.</p> <p>Article 62 of the CEPSM regulates which periodical or non-periodical publications the convicts may benefit from and under which conditions. In addition, since it is accepted to limit fundamental rights only by law pursuant to Article 13 of the Constitution, the limitations to be imposed on the convicts' access to periodicals or non-periodical publications are clearly stated.</p> <p>In addition to Article 62 of the CEPSM, convicts and detainees can benefit from publications in the library in accordance with Article 61 of the CEPSM and religious publications in accordance with Article 70.</p> <p>In this study, the provision of Article 62 will be analyzed in the light of the decisions</p>



of the Constitutional Court by making a distinction between publications that will be utilized and those that will not be utilized in periodical and non-periodical publications, and the problems and discussions will be indicated. In addition, the regulations introduced by other articles will be included.

To cite this article:

Akbulut, B. (2024). Hükümlünün Süreli veya Süresiz Yayınlarından Yararlanma Hakkı (CvGTİHK m. 62), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 264-290. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.118>

* bakbulut@selcuk.edu.tr

GİRİŞ

Suç işleyen kişileri hapisanelere koyma 17. yüzyıldan sonra standart hâle gelmeye başlamıştır. Kişi özgürlüğünü kısıtlamak önceleri tek başına caydırıcı ve iyileştirici bir uygulama olarak görülürken, zamanla tek başına yeterli olmadığı anlaşılmıştır. 19. yüzyılda hükümlülerin eğitim yoluyla sosyalleştirilmesi, yeniden topluma kazandırılması benimsenmiştir¹. Dolayısıyla ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin haklarının bulunduğu uzun yıllar tereddütle yaklaşmış, 19. yüzyılın sonuna, 20. yüzyıla kadar hükümlülerin hakları olmadığı ve cezaevi idaresinin keyfine bırakıldığı kabul edilmiştir. 19 yüzyılın sonlarında Almanya’da *Wahlberg*, 20. yüzyılın başlarında *Freudenthal* devlet ile hükümlü arasındaki ilişkinin hukuki karakterini ortaya koymuş, cezaevlerindeki hükümlülerin haklarına ilişkin belirleme yapmışlardır. Özellikle *Freudenthal*’in çalışması sonuçsuz kalmamış ve geliştirilmiştir². Türk hukuku açısından duruma bakıldığında Osmanlı Dönemi’nde ceza infaz kurumlarıyla ilgili çeşitli yasal düzenlemeler ve fiziki iyileştirmeler yapılmışsa da hükümlülerin eğitilmesi ve ıslahına ilişkin uygulamaya rastlanmamaktadır. Bu yöndeki çalışmalar Cumhuriyet Dönemi’yle başlamış ve gelişmiştir³. Cumhuriyet Dönemi’nde yapılan infaz kanunlarında da haklara ilişkin belirleme yapılarak zaman içinde geliştirilmiştir. 1990’lı yılların sonlarından itibaren yeni yapılan ceza infaz kurumlarında hükümlülerin haklarını sağlamaya yönelik kütüphane, birden fazla derslik, çok amaçlı salon, spor salonları ve iş atölyeleri inşa edilmiştir⁴.

Bugün ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların özgürlüğünden yoksun olmakla beraber haklarının bulunduğu kabul edilmekte, bu haklarından yoksun bırakılmalarının düşünülemeyeceği belirtilmektedir⁵. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olup, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz

¹ Tekin, Cevdet. “Türkiye Ceza İnfaz Kurumlarında Eğitim ve İyileştirme (Faaliyetler ve Yasal Dayanakları)”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2023, C. 22, S. 87, s. 1201.

² Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 207

³ Tekin, Cevdet/Sağlam, İsmail. “Ceza İnfaz Kurumu Öğretmenlerinin Sorunları Üzerine Nitel Bir Araştırma: Bursa İli Örneği”, *BAİD*, 2021, S. 14, s. 405.

⁴ Bkz.: Çimen, Adem. Ceza İnfaz Kurumlarında Sosyalleşme ve İslah İlişkisi, *ÇÜİFD*, 2015, C. 15, S. 2, s. 163, 164 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/266860>).

⁵ Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 165. Hükümlülerin farklı ülkelerdeki hakları için bkz.: Demirbaş, s. 207 vd.

hâle getiren sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır⁶ (Anayasa m. 13). Dolayısıyla ceza infaz kurumunda özgürlüğü kısıtlanmış olan kişiler, bir insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlere sahip olup, ceza infaz kurumunda olmaları nedeniyle doğal olarak bazı sınırlamalara tabi oldukları gibi, kanunla getirilen bazı sınırlamalara da katılmak durumundadırlar.

Cezanın infaz edilmesiyle güdülen asıl amaç, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştiren kişinin işlediği suçtan dolayı uyarılması, etkin bir pişmanlık duymasının sağlanması, ileride de sosyal sorumluluğa sahip, suçsuz bir hayat sürmeye yatkın bireyler hâline getirilmesi, tekrar topluma kazandırılmasıdır⁷. Bir başka ifadeyle ıslahının, sosyalleşmesinin sağlanması hedeflenmektedir. Islah ile bağlantılı olarak mahkûmların kendilerini geliştirici ve eğitici yeterli sayıda kitap, gazete, dergi veya diğer yayınları okumaları, radyo dinlemeleri, konferansları veya kurum idaresinin çıkardığı veya denetlediği benzeri araçları izlemeleri sağlanarak düzenli olarak bilgi ve haberlere erişimleri gerçekleştirilmelidir⁸. Bu çerçevede sağlanan haklardan biri de süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkıdır. Bu hak CvGTİHK'nin 62. maddesinde düzenlenmiştir. Süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkı 62. maddede düzenlenirken aynı zamanda sınırlamalara da yer verilmiştir. Hükümlünün ıslahını güçleştireceği değerlendirilen bilgi ve haber kaynaklarına hükümlünün erişimine; kurum disiplinine, düzenine veya güvenliğine zarar verecek veya tehlikeye uğratabilecek yayınların hükümlüye verilmesine sınırlamalar getirilmiştir.

I. Genel Olarak

Hükümlülerin süreli ve süresiz yayınlardan yararlanmasının düzenlendiği 62. madde, Ceza İnfaz Kurumunda Hükümlünün Hakları, Güvenceleri ve Kısıtlamalar ismini taşıyan üçüncü kısımda Savunma Haklarının Kullanılması, Kültür ve Sanat Etkinliklerine Katılma, İfade Özgürlüğü başlığını taşıyan birinci bölümde hükme bağlanmıştır.

CvGTİHK'nin 62. maddesinde, hükümlülerin süreli ve süresiz yayınlardan yararlanması bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu hak, ifade özgürlüğü kapsamında nitelendirilen bir haktır⁹. Anayasa Mahkemesi de verdiği birçok kararında, süreli ya da süresiz yayınların ceza infaz kurumlarına kabul edilmemesini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir¹⁰. Bu hakka aynı zamanda tutuklular da sahiptir. CvGTİHK'nin 116. maddesinde, 62. maddede yer alan düzenlemenin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olması şartıyla tutuklular için de uygulanabileceği belirtilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu hakkın tutuklular için de uygulanacağını kabul etmektedir¹¹.

Hükümlülerin, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ortak alanı kapsamında

⁶ AYM, *Mehmet Balaban*, B. No: 2020/7697, T. 20/6/2023, § 28.

⁷ Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 845, 846. “Ceza infaz kurumlarında cezasını çeken hükümlülerin toplumdan tamamen uzaklaştırılması değil, bilakis öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak amaçlanmaktadır (CvGTİHK m. 3)”: Akbulut, Berrin/Demirkol, Neslihan/Turan, Taha Yasin. *İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 254.

⁸ AYM, *Sinan İyit Başvurusu (2) [GK]*, B. No: 2013/1495, T. 30/11/2017, § 38.

⁹ AİHM'in ifade özgürlüğü kararları için bkz.: Fendoğlu, Hasan Tahsin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, *TAAD*, 2016, Y. 7, S. 25, s. 2 vd.; Yüksek, Mehmet. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, *TAAD*, 2016, Y. 7, S. 25, s. 105 vd.

¹⁰ Bu kararlar için bkz.: AYM, *İbrahim Kaptan (2)*, B. No: 2017/30723, T. 12/09/2018, § 23; AYM, *Recep Bekik ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2016/12936, T. 27/03/2019, § 24; AYM, *Ahmet Sil ve Taner Yay*, B. No: 2017/35227, T. 30/09/2020, § 31, AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 23.

¹¹ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 23.

kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahip olduğu kabul edilmektedir¹². Süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkının kapsamında kabul edildiği ifade özgürlüğü de, Anayasa ve Sözleşme çerçevesinde koruma altında olan bir haktır¹³. Ayrıca Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kuralları'nın (Nelson Mandela Kuralları) 63. maddesinde, “*Mahpusların gazete, dergi veya kurumların özel yayınlarını okumaları, radyo dinlemeleri, konferansları veya kurum idaresinin çıkarmış olduğu yahut denetlediği benzeri araçları izlemeleri sağlanarak, önemli haberler hakkında düzenli olarak bilgi sahibi olmaları sağlanır*” şeklinde düzenleme yapılarak hükümlülerin yayınlardan bilgi sahibi olmaları gerektiği düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğü, bilgi ve düşünceleri edinme özgürlüğünü (haber alma ve öğrenme özgürlüğünü), kanaat özgürlüğünü ve bunları yayma özgürlüğünü (düşüncenin açıklanması özgürlüğünü) içermektedir. İfade özgürlüğünün düzenlendiği AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki, “*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar*” hükmüyle bu özgürlüğün kapsamına belirtilen üç hususun girdiği ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, “*ifade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına*”¹⁴ gelmektedir. Anayasa'nın 26. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar*”. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, tutuklu ve hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlara ulaşabilmesini, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün somut yansıması olan ifade özgürlüğünün koruması altında olduğunu kabul etmekte, Ceza İnfaz Kurumlarında tutuklu veya hükümlü olanlara gelen yayınların verilmemesini haber veya fikir alma özgürlüğüne, dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak değerlendirmektedir¹⁵. AİHM de, hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğünün bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünü içerdiğini vurgulamaktadır¹⁶.

İfade özgürlüğünün sınırının ne olduğu AİHS'in 10. maddesinden hareket etmek ve AİHM kararlarından yola çıkmak suretiyle şu şekilde kabul edilmektedir: Sınırlamanın kanunla öngörülmesi, meşru bir amaca dayanması ve demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. Anayasa Mahkemesi de süreli ve süresiz yayınlardan yararlanmanın engellendiği gerekçesiyle yapılan başvuruları bu üç husus kapsamında incelemektedir.

II. Yararlanılacak Yayınlar

A. Bedeli Ödenerek Yararlanılacak Süreli ve Süresiz Yayınlar

CvGTİHK'nin 62. maddesine göre, hükümlü ve tutukluların yararlanacağı yayınların ilki, bedeli ödenerek yararlanılacak süreli ve süresiz yayınlardır (mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla).

Süreli yayın, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları

¹² AYM, *Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri*, B. No: 2013/583, T. 10/12/2014, § 65. AİHS sisteminde yer alan insan hakları için bkz.: Fendoğlu, s. 5 vd. Hapsedilenlerin hakları ile ilgili olarak bkz.: Sever, D. Çiğdem. “Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı”, *TBB Dergisi*, 2016, S. 122, s. 146 vd.

¹³ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 26.

¹⁴ AYM, *Mustafa Hidayet Vahapoğlu*, B. No: 2019/19608, T. 22/02/2022, § 29; AYM, *İlyas Bulcay*, B. No: 20220/24527, 09/02/2023, § 29.

¹⁵ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, §§ 27, 28.

¹⁶ AYM, *Ahmet Temiz (6)*, B. No: 2014/10213, T. 01/02/2017, § 18.

yayınlarını ve internet haber sitelerini ifade etmektedir (Basın Kanunu m. 2/c). Her ne kadar süreli yayın kapsamına haber ajansları yayınları ve internet haber siteleri dahilse de CvGTİHK'nin 62. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen süreli yayın, belli aralıklarla yayımlanan basılmış eserleri ifade etmektedir. Hükümlünün radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkı 67. maddede ayrıca düzenlendiğinden 62. madde kapsamına girmemektedir. CvGTİHK'nin 62. maddesi kapsamında basılmış eser, yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserleri belirtmektedir. Süreli yayınlardan, yaygın süreli yayın, tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını ifade etmektedir. Süreli yayınlardan bölgesel süreli yayın, tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayın olarak tanımlanmaktadır. Süreli yayınlardan yerel süreli yayın ise, tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınlar olarak belirtilmektedir (Basın Kanunu m. 2/d, e, f). Süresiz yayın, belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri ifade etmektedir (Basın Kanunu m. 2/h).

CvGTİHK'nin 62. maddesine göre, hükümlü ve tutuklular süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir. Dolayısıyla hükümlü ve tutuklular yukarıda ifade edilen süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödemek suretiyle yararlanacaklardır. Bu kapsamda tutuklu ve hükümlüler, ceza infaz kurumlarında bulunan emanet hesabına yatırılan paradan karşılanması şartıyla herhangi bir yayının kurumca satın alınarak kendilerine verilmesini isteyebilmektedirler¹⁷. Ayrıca hükümlü ve tutuklular Türkçe yayınlara abone olabilecekler ve satın alabileceklerdir. Zira 62. maddenin 4. fıkrası, yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığını yetkili kıldığından, hükümlü ve tutuklular Türkçe yayınlara bedelini ödeyerek abone olabilecekler ve onları satın alabileceklerdir.

CvGTİHK'nin 62. madde düzenlemesinde süreli ve süresiz yayın ifadesi geçmekte, diğer yayınlara ilişkin bir belirleme yer almamaktadır. Ancak basılmış eser kapsamında ifade edilen yayınlar dışındaki diğer yayınların da madde kapsamında hükümlü ve tutuklulara verileceğini düşünmekteyiz. Zira 62. maddenin 3. fıkrasında, “kurum disiplini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan **hiçbir yayın**”ın hükümlüye verilemeyeceği düzenlendiğinden ve hiçbir yayın ifadesiyle bütün yayınlar ifade edildiğinden basılmış eser kapsamına girmeyen yayınlar da madde kapsamındadır. Ancak bu sonuca dolaylı yoldan ulaşmaktayız. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda sadece düzenleme metnine bağlı kalınmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Kanuni düzenlemenin olduğu durumlarda da hak ihlaline neden olmamak için lehe olmak şartıyla kıyas yapılabileceğini düşünüyoruz. Dolayısıyla madde kapsamına girmeyen yayınların da 3. fıkradaki şartları taşıması kaydıyla hükümlü veya tutuklulara verilebileceğini düşünüyoruz. Ancak şu da belirtilmelidir ki 62. maddedeki basılmış eser kapsamında kullanılan süreli ve süresiz yayın kavramı günümüz şartlarında yeterli değildir. Yapılması gereken sadece basılmış yayınları değil, diğer yayınların da madde kapsamında olduğunu ifade edecek bir düzenlemeye gidilmesidir. Anayasa Mahkemesi, hükümlünün, içeriğinde “Devrimden Sonra” adlı yerli sinema filminin yer aldığı kompakt diskin (CD), hükümlü olarak tutulduğu Ceza İnfaz Kurumu idaresince kendisine verilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ettiği başvuruda, başvuruyu 62. madde kapsamında değerlendirmiş ve 62. maddenin kanunilik ilkesini CD'ler yönünden de karşıladığını kabul etmiştir¹⁸.

¹⁷ AYM, İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, T. 12/09/2018, §§ 31, 32

¹⁸ AYM, Ali Karatay, B. No: 2012/990, T. 10/12/2014, §§ 50-52.

Fotokopiler, defterler gibi yayım kapsamında sayılmayan ürünler 62. madde kapsamında hükümlü ve tutuklulara verilecek yayınlar kapsamına girmemektedir. Anayasa Mahkemesi, hükümlü ve tutuklulara gönderilen fotokopi şeklindeki dokümanların denetime tabi tutulmasının ve hükümlü veya tutuklulara verilmesinin beklenmesinin, ceza infaz kurumu idareleri ve derece mahkemeleri üzerine makul olmayan bir yükümlülük getirilmesi anlamına geleceğini, kitap fotokopisi şeklindeki dokümanların telif hakları mevzusunu da gündeme getirebileceğinin gözden kaçırılmaması gerektiğini, bu nedenle de kitap fotokopisi şeklindeki dokümanların denetimlerinin mümkün olmadığından bahisle hükümlü olan başvurucuya verilmemesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığından bahsedilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁹. Anayasa Mahkemesine göre fotokopi şeklindeki dokümanların zorlayıcı bir ihtiyaç olmadığı müddetçe, herhangi bir denetime tabi tutulmaksızın yüksek güvenlikli ceza infaz kurumuna alınmaması kural olarak Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır²⁰. Ancak verilmesini gerektiren zorlayıcı bir neden varsa fotokopilerin de hükümlü veya tutukluya iletilmesi gerekmektedir. Hak ihlaline neden olmamak gerekir.

Hükümlülerin ve tutukluların kalmış oldukları odalarda veya koğuşlarda bulundurabilecekleri yayın sayısına dair herhangi bir sınırlama veya belirleme Kanunda yer almamaktadır. Sadece CvGTİHK'nin 62. maddesinin 3. fıkrasında, “*kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren*” ibaresi yer almaktadır. Dolayısıyla yayım sayısının fazlalığı kurum düzenini tehlikeye düşürecek nitelikte ise hükümlü veya tutukluya istediği sayıda yayım verilemeyecektir. Nitekim Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik m. 8’de buna ilişkin düzenleme getirilerek, “*hükümlülerin mensup olduğu dinin kutsal kitabı ile eğitimleri için gerekli ders kitapları hariç olmak üzere oda, koğuş ve eklentilerinde aynı anda bulundurulabilecek süreli veya süresiz yayım sayısı, kurumun fiziki imkânları ve güvenliği göz önünde bulundurularak idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenir*” belirlenmesi yapılmıştır. Dolayısıyla bu hüküm gereğince hükümlü veya tutukluların oda, koğuş ve eklentilerinde bulunduracakları yayım sayısı kurumun fiziki imkânları ve güvenliği göz önünde bulundurularak idare ve gözlem kurulu tarafından sınırlanabilecektir. Ceza infaz kurumunda bulunacak yayım sayısı, idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen sayı çerçevesinde olacaktır. Bu belirleme belirtilen şartlar çerçevesinde yapılmış ve ölçülü ise hak ihlaline neden olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir başvuruda cezaevinde hükümlü olarak bulunan kişi, mevzuatta bir sınırlama olmadığı hâlde, odasında beşi kendisine ait beşi de kütüphaneye ait olmak üzere on kitaptan daha fazla kitap bulundurmasına izin verilmediğini belirterek, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir²¹. Olayda Ankara 2 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olan başvurucu yanında bulundurduğu kitap sayısının artırılması için Eğitim Kurulu Başkanlığına talepte bulunmuştur. Kurul, 31/8/2012 tarihli kararı ile tutuklu ve hükümlülerin yanlarında kütüphaneye ait beş adet ve kendilerine ait beş adet olmak üzere toplam on adet kitap bulundurmalarına müsaade edildiğini, ayrıca bu kitapları her on beş günde bir değiştirebildiklerini belirterek talebi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık

¹⁹ AYM, *Diyadin Akdemir*, B. No: 2015/9562, T. 04/04/2018, §§ 21, 22.

²⁰ AYM, *Eşref Arslan*, B. No: 2014/14655, T. 18/07/2018, § 46.

²¹ “*Başvurucu, 6 yıldır cezaevinde hükümlü olarak bulunduğunu, bu süre içerisinde beş yüze yakın kitap okuduğunu ve artık cezaevi kütüphanesinde okuyacağı kitap kalmadığını, ailesi vasıtasıyla kitap getirttiğini ancak aynı anda şahsına ait beş kitap bulundurabileceği gerekçesiyle daha fazla kitabın kendisine verilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, mevzuatta bir sınırlama olmadığı hâlde, odasında beşi kendisine ait beşi de kütüphaneye ait olmak üzere on kitaptan daha fazla kitap bulundurmasına izin verilmediğini, bu sayı sınırlaması nedeniyle araştırma ve incelemelerini yapamadığını, görüş alıp vermeyi ve kanaat oluşturmayı da kapsayan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvurucu, daha fazla sayıda kitap bulundurma talebinin herhangi bir yasal mevzuata dayalı olmaksızın cezaevi yönetimince keyfi olarak sınırlandırılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmiştir*”, AYM, *Özkan Kart*, B. No: 2013/1821, T. 05/11/2014, § 16.

Yönergesi'nin 30. maddesini ve 5275 sayılı Kanun'un 60, 61 ve 62. maddelerini gerekçe göstererek kanuniliğin bulunduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Başvuruya konu olayda cezaevinde oda veya koğuş düzeninin sağlanması için her on beş günde bir değiştirmek üzere mahkûmun cezaevi dışından beş kitap getirtmesine müsaade edilmektedir. Somut olayda başvurusunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ağır olduğu söylenemez. Buna karşın müdahalenin önemi ve ağırlığı bir olayın kendine özgü olguları ile yakın ilişki içerisinde...yüksek güvenlikli cezaevinde hükümlü olarak bulunan başvurusunun odasında bulundurduğu kitap sayısının on ile sınırlandırılması ile elde edilmek istenen oda ve koğuş düzeninin sağlanması amacına ulaşmak için yapılan sınırlama işleminin ölçülü olmadığı söylenemez. Bu sebeplerle başvurusunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine yönelik şikâyetinin reddine karar verilmesi gerekir"²².

B. Resmi Yayınlar ve Vakıflar ve Kamu Yararına Çalışan Derneklerin Çıkardığı Yayınlar

CvGTİHK'nin 62. maddesine göre, hükümlünün yararlanacağı yayınlardan diğeri resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlardır. Bu yayınlar, hükümlülere ve tutuklulara ücretsiz olarak ve serbestçe verilecektir. Belirtilen yayınlar kamu kurumlarının kontrolünde olduğundan veya mahkemelerce yasaklanmadığından hükümlü ve tutuklulara verilmesi kabul edilmiş, ücretsiz olarak yararlanılacağı ifade edilmiştir.

Yukarıda belirtilen yayınlar da basılı eserlerdir. Zira düzenlemede gazete, kitap ve basılı yayınlar ifadesiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir. Daha önce yaptığımız ve sadece basılı eserlerin kabul edilmesinin yeterli olmadığı eleştirisini burada da yinelemek istiyoruz. Yayın sınırlaması açısından bir önceki başlıktaki açıklamalar geçerlidir.

C. Ders Kitapları

CvGTİHK'nin 62. maddesine göre, hükümlülerin yararlanacağı yayınlardan bir diğeri ders kitabıdır. Ders kitaplarından yararlanma, Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğretim hakkı kapsamına girmektedir. CvGTİHK'nin 62. maddesi gereğince, eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulmaksızın hükümlüye verilmektedir. Herhangi bir engel getirilmeden hükümlü ve tutukluların yararlanması sağlanmaktadır. Ders kitabı mahiyetindeki yayınları hükümlü ve tutuklu kendisi alabileceği gibi, bu yayınlar kurum tarafından da temin edilebilir. Ders kitapları hükümlü ve tutuklunun yakınları tarafından getirilmiş ya da posta yoluyla gönderilmiş de olabilir²³.

Düzenlemede her ne kadar denetime tabi tutulamayacak ders kitabından bahsedilmekteyse de ders kitapları dışındaki diğer yayınlar da hükümlü ve tutukluya verilebilecektir. Örneğin derslerde verilen dergi şeklindeki yayınlar, gazetede çıkan sorular verilebilecektir. Zira 62. madde düzenlemesi (2. fıkra) sadece kitapların denetlenemeyeceğine ilişkin belirleme niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla kitap dışındaki diğer yayınlar da hükümlü ve tutuklulara verilebilecektir. Her ne kadar yayın olmasa da fotokopi şeklindeki ders dokümanlarının da hükümlü ve tutukluya verilebileceğini düşünüyoruz.

Eğitim hakkı, kamu ve özel eğitim kurumlarını kapsadığı gibi ilk, orta ve yüksek öğrenim programlarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla lisans ve lisansüstü ders kitapları da eğitim hakkı kapsamındadır. Nitekim 62. madde gerekçesinde, her düzeyde eğitim ve öğrenimine devam eden hükümlülerin ders kitaplarının denetime tabi tutulamayacağı açıklanmıştır. Yine Gözlem ve

²² AYM, Özkan Kart, B. No: 2013/1821, T. 05/11/2014, §§ 54, 56.

²³ AYM, Mahmut Sinan Abit, B. No: 2017/19431, T. 20/03/2019, § 32.

Sınıflandırma Merkezleri İle Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik m. 26'da da eğitim ve öğretim programları kapsamında yükseköğretim programları ve lisansüstü eğitim ve doktora programları da²⁴ yer almaktadır²⁵. Dolayısıyla her düzeyde eğitim ve öğrenimine devam eden hükümlülerin ders kitapları m. 62 kapsamındadır. Anayasa Mahkemesi sınavlara hazırlık (ALES, YDS gibi) kitaplarının ders kitabı niteliğinde olmadığını, başvurucunun emanet hesabına ücretinin yatırılması hâlinde başvurucunun istediği kitabı kurum idaresi aracılığıyla talep etme hakkı olduğunu belirterek bu kitapların verilmemesinin eğitim hakkının ihlali niteliğinde olmadığını kabul etmiştir²⁶.

Hükümlü veya tutukluya verilecek ders kitaplarının sayısına ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir. Zira Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik m. 8'e göre, "hükümlülerin mensup olduğu dinin kutsal kitabı ile eğitimleri için gerekli ders kitapları hariç olmak üzere oda, koğuş ve eklentilerinde aynı anda bulundurulabilecek süreli veya süresiz yayın sayısı, kurumun fiziki imkânları ve güvenliği göz önünde bulundurularak idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenir". Dolayısıyla hükümlü veya tutuklu oda, koğuş ve eklentilerinde aynı anda sayı sınırlaması olmaksızın ders kitapları bulundurulabileceklerdir. Diğer yayınlar açısından da bu hükmün geçerli olduğunu düşünüyoruz. Yayınların ne kadar kalacağına ilişkin bir süre sınırlaması da mevzuatta bulunmadığından süre sınırlamasının uygulanmayacağını kabul ediyoruz.

D. Yabancı Dildeki Yayınlar

CvGTİHK'nin 62. maddesine göre, hükümlüler, yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerden de yararlanabilmektedir. Yabancı dilde yayımlanmış yayın, Türkçe dışında yayımlanmış yayınlardır. Bunun kapsamına İngilizce, Fransızca, Arapça, Almanca, İtalyanca gibi yayınlar girdiği gibi, resmi dil dışında kullanılan Kürtçe gibi diller de girmektedir.

Yabancı dilde yayımlanmış yayınlardan da hükümlü veya tutuklu bedelini ödemek suretiyle yararlanabilecektir. Hatta Adalet Bakanlığının kabul ettiği yabancı dildeki yayınlara da bedelini ödemek şartıyla abone olabilecektir.

CvGTİHK'nin 62. madde düzenlemesi sadece gazete ve dergilere ilişkin belirleme yapmıştır. Kitap ve diğer yayınlara ilişkin düzenleme içermemektedir. Daha önce de belirtildiği gibi sınırlı

²⁴ Lisansüstü eğitimin doktora eğitimini de kapsadığı gerekçesiyle doktora kavramının ayrıca belirtilmesi eleştirilmiştir: Tekin, s. 1216

²⁵ "Eğitim ve öğretim programları

MADDE 26 – (1) Eğitim ve öğretim programları; ilgili mevzuat ve Bakanlık ile kurum ve kuruluşlar arasında yapılan iş birliği protokolleri çerçevesinde yürütülür.

(2) Hükümlülerin;

a) Temel eğitim (I. kademe okuma yazma kursu, yetişkin II. kademe başarı kursu ve ortaokul) programları,

b) Örgün ya da yaygın ortaöğretim programları,

c) Yükseköğretim programları,

ç) Seviye tespit sınavları ve bunlara hazırlık maksadıyla yürütülen bireysel gelişim programları,

d) Lisansüstü eğitim ve doktora programları,

e) Tahliye sonrasına hazırlama eğitimleri,

f) Örgün ve yaygın iş-meslek eğitimleri ile diğer yaygın eğitim programları,

gibi eğitim ve öğretim programlarına katılması ve yarım kalan eğitim programlarını tamamlaması sağlanır. Hükümlüler gerektiğinde bir üst eğitim programına yönlendirilir.

(3) Bu eğitim ve öğretim programları, hükümlünün ilk gözlemi sonunda ortaya çıkan risk düzeyi ve bireysel ihtiyaçlarına göre eğitim ve öğretim servisinde hazırlanan ve her iki dönemde bir güncellenen iyileştirme planına göre yürütülür. Hükümlünün bu programlara katılımı ve gösterdiği gelişimi gözlem değerlendirme ve gelişim değerlendirme raporlarına işlenir".

²⁶ AYM, Halil Özhan Koral, B. No: 2017/18895, T. 09/01/2019, § 32.

belirleme yapılması düzenleme açısından eksiklik oluşturmaktadır. Ancak yabancı dildeki kitap ve diğer yayınların kontrol edilmek ve 3. fıkradaki şartlara aykırı olmamak suretiyle hükümlü veya tutuklulara verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksine uygulama hak ihlali niteliği taşıyacaktır.

CvGTİHK m. 62 düzenlemesinde yabancı yayınların²⁷ ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı yetkili kılınmıştır²⁸. Uygulamada, yabancı yayınların hükümlülere ulaştırılmasında sorun yaşandığı, bu yayınların denetimini yapacak personel bulunmaması gerekçesi ile çoğu kez yayın talebinin reddedildiği belirtilmekteydi²⁹. Nitekim AİHM'e yapılan bir başvuruda mahkeme herhangi bir gerekçe gösterilmeden reddedilen taleple ilgili hak ihlali kararı vermiştir. Olayda "*Bolu F tipi cezaevinde tutuklu olan başvuranın, Kürtçe yayınlanan Azadiye Welad gazetesinin kendilerine verilmesi yönündeki taleplerini inceleyen cezaevi eğitim kurulu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 62. maddesinin 3. fıkrasındaki "Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez" hükmüne dayanarak söz konusu gazetenin Kürtçe yazıldığını ve ceza infaz kurumunda Kürtçe bilen personel bulunmadığını, bu gazetenin çevirisinin yapılmadığını bu sebeple gazetenin içeriğinin 5275 sayılı yasanın 62. maddesinin 3. fıkrasındaki şartlara uygun olup olmadığını denetleyemediğini belirterek gazetenin verilmesi talebini reddetmiştir. Başvuranın bu karara karşı yaptığı itirazlar da adli makamlarca reddedilmiştir. Başvuran, sözkonusu Kürtçe yayın yapan gazetenin Türkiye'de serbestçe satıldığını ve herhangi bir toplatma kararının bulunmadığını, gazetenin çevirisini yapamadığını belirten eğitim kurulunun içeriğini bilmeden ve sakıncalı olduğu yönünde bir tespitle bulunmadan talebini reddettiğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile İHAM'a başvurmuştur. İHAM, yaptığı inceleme sonunda, tutuklu ve hükümlülerin özgürlük hakkı dışında İHAS'ın güvence altına aldığı diğer tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam edeceklerini, talep ettiği gazetenin*

²⁷ Türkçe yayınların kabul edilmesinde eğitim kurulu görevlidir. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m. 31'e göre, "*f) Kurum kitaplık veya kütüphanesine satın alma, bağış ya da ödünç alma gibi yollarla kazandırılacak yayınların tespitini yapmak.*

g) Kuruma gelen kitabın, kitaplık ya da kütüphaneye kabul edilip edilmemesine karar vermek.

ğ) (Değişik:RG-12/11/2021-31657-CK-4773/13 md.) Kuruma gelen her türlü yayının, kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan nitelikte olup olmadığına karar vermek" eğitim kurulunun görevleri kapsamındadır.

²⁸ Yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı yetkilidir düzenlemesinin, "*Anayasa'nın 27. maddesi uyarınca yabancı dilde yayımlanmış yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının ancak kanunla düzenlenebileceği, dolayısıyla yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde kanunda herhangi bir ölçüt ve çerçeve öngörülmeden bu yetkinin Bakanlığa verilmesinin kanunla düzenleme ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri ile bağdaşmadığı belirtilerek"* Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş, Mahkeme, "*100. 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinde yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Bakanlığın yetkili olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 62. maddesinin (3) numaralı fıkrasında kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlüye verilmeyeceği öngörülme suretiyle Türkçe ve yabancı dilde yayımlanmış bütün yayınları kapsayacak şekilde ceza infaz kurumuna kabul edilebilecek yayınlarla ilgili genel ilkeler belirlenmiştir. Dolayısıyla yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde de Kanun'un 62. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen ilkeler uygulanacaktır. Bu bağlamda kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin de ceza infaz kurumuna kabul edilmeyeceği anlaşılmaktadır. 101. Bu itibarla yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Bakanlığın yetkili olduğunu öngören kuralda belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır."* şeklinde belirleme yaparak Anayasaya aykırılık görmemiştir: AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 20/10/2021-31634.

²⁹ Aras, Bahattin. *AİHM Kararları Işığında Hükümlü ve Tutuklu Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 186.

verilmemesinin başvuranın haber ve bilgi alma hakkını içeren ifade özgürlüğüne bir müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiştir³⁰. Kanun koyucu 14/4/2020 tarihinde 7242 sayılı Kanun’la 62. maddenin 4. fıkrasına eklediği hükümlerle yabancı dilde yayımlanmış dergilerden hükümlülerin yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin meselelerde keyfiliği engelleyecek bir mekanizma öngörmüş ve söz konusu dergilerin ceza infaz kurumuna alınmasında bir sakınca olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin yerel otoritelerce değil, daha geniş imkânlarla sahip olan Adalet Bakanlığınca yapılacağını düzenlemiştir³¹. 5275 sayılı Kanun’un 62. maddesinin 3. fıkrasında yer alan sınırlamaların yabancı yayınlar için de geçerli olduğu belirtilmelidir.

E. Dinî Yayınlar

Hükümlü veya tutukluların yararlanabileceği diğer bir yayın, dinî yaşamları bakımından zorunlu olan kitap ve eserlerdir. Bu eser ve kitaplar CvGTİHK m. 62’de değil, 70. maddede düzenlenmiştir. CvGTİHK m. 70’de, “*hükümlü, ceza infaz kurumunda, mensup bulunduğu dinin ibadetlerini, düzeni bozmayacak ve çalışmayı engellemeyecek biçimde serbestçe yerine getirebilir ve ibadette kullanılan eşyayı, dinî yaşamı bakımından zorunlu olan kitap ve eserleri temin ve bulunduğu yerlerde muhafaza edebilir*” hükmü yer almaktadır. 70. madde eser kavramını kullanarak geniş belirleme yapmış, eser kavramına giren yayınlar dinî yaşam bakımından zorunlu olmak şartıyla madde kapsamına girecektir.

Düzenlemede mensup oldukları din belirlemesi yer almaktadır. Mensup olduğu din belirlemesi, objektif olarak var olan bir dinî ifade etmektedir. Zira AİHM’e yapılan bir başvuruda, infaz kurumu müdürü tarafından başvuran resmî kayıtlara ‘Wicca’ dinine mensup olarak kaydedilmemiştir. Kaydedilmemenin hak ihlali oluşturduğu gerekçesiyle yapılan başvuruda Mahkeme, “*başvurucuya dinini uygulaması yönünde belirli ayrıcalık ve imkan tanınması durumunda söz konusu dinin objektif varlığının mevcut olması gerektiğini belirtmiş ve başvurucunun başvurusunda böyle bir dinin varlığına ilişkin belge yahut olgu ibraz edemediği*” gerekçesiyle Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir³². Dolayısıyla hükümlü veya tutuklu mensup olduğu dinin, dinî yaşamı bakımından zorunlu olan kitap ve eserlerini temin edebilecek ve bulunduğu yerde muhafaza edebilecektir. Mensup olduğu din dışındaki kitapları veya eserleri almak istiyorsa bunları 62. maddedeki hükümler çerçevesinde edinebilecektir.

Ders kitaplarında olduğu gibi dinî yayınlar açısından da Kanun’da sayı sınırlaması getirilmemiştir. Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik m. 8’de ise, “*hükümlülerin mensup olduğu dinin kutsal kitabı ile eğitimleri için gerekli ders kitapları hariç olmak üzere oda, koğuş ve eklentilerinde aynı anda bulundurulabilecek süreli veya süresiz yayın sayısı, kurumun fiziki imkânları ve güvenliği göz önünde bulundurularak idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenir*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla hükümlü veya tutuklu oda, koğuş ve eklentilerinde aynı anda sayı sınırlaması olmaksızın mensup olduğu dinin kutsal kitabını bulundurulabilecektir. Düzenleme, sadece mensup olduğu dinin kutsal kitabı açısından sayı sınırlaması içermemektedir. Bununla birlikte CvGTİHK m. 70 gereğince hükümlü dinî yaşamı bakımından zorunlu

³⁰ Yüksek, s. 126, 127. Mahkeme sorunu kanunilik ilkesi açısından da incelemiş ve 62. madde düzenlemesinin yayınların resmi dil dışında bir dilde olması sebebiyle tutuklu ve hükümlülere verilmesine kısıtlama getirilebileceği yönünde belirleme içermediği ve gerekçede de talebin 62/3 gereğince reddedildiğine ilişkin belirleme olmaması nedenleriyle yasa ile öngörülme şartını karşılamadığını belirtmiştir. AİHM, tutuklu olan başvuranın talep ettiği Kürtçe gazetenin verilmemesinin, haber ve bilgiye ulaşımın engellenmesi şeklinde müdahale olduğunu, yasa ile öngörülmediğini, dolayısıyla da başvuranın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir: YÜKSEK, s. 127.

³¹ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 55.

³² AİHM, X/Birleşik Krallık Komisyon Kararı, B. No: 7291/75, 04/10/1977, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_9_TUR.

olan kitap ve eserleri bulundurabileceğinden bu nitelikteki eserler bakımından da sayı sınırlaması olmadığını düşünüyoruz. Ceza infaz kurumunda bulundurulacak dinî yayınlar açısından da süre sınırlamasının olmadığını kabul ediyoruz. Zira 70. maddede, hükümlünün dinî yaşamı bakımından zorunlu olan kitap ve eserleri bulunduğu yerlerde muhafaza edebileceği ifade edilerek süre sınırlaması yapılmamıştır.

F. Kütüphanelerdeki Yayınlardan Yararlanma

CvGTİHK'nin 61. maddesi gereğince hükümlüler ve tutuklular kütüphanelerden de yararlanabilmektedirler. Dolayısıyla ceza infaz kurumunda bulunan bu kişiler kütüphanede var olan yayınlardan da yararlanma imkanına sahiptirler. Kütüphanede bulunan yayınlardan yararlanma, CvGTİHK'nin 61. maddesinde ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in 73. maddesinde düzenlenmiştir. 61. maddeye göre, ceza infaz kurumlarında, kurumun büyüklüğüne göre, kütüphane veya kitaplık oluşturulmaktadır. Kütüphanelerde veya kitaplıklarda, verilen derslere kaynaklık edecek kitapların yanı sıra olanaklar ölçüsünde hükümlülerin boş zamanlarını değerlendirmelerini, okuma alışkanlığı edinmelerini ve kültür bakımından ufuklarını geliştirmelerini sağlayacak kitaplar da bulundurulmaktadır. Dolayısıyla hükümlüye kurum kütüphanesinden ve yayınlardan yararlanma imkânı verilmektedir. Ayrıca, hükümlüler kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı kütüphanelerde bulunan yayınlardan da yararlandırılabilirler. Hükümlüler ve tutuklular, ayrıca gezici kitaplıklardan da yararlanabilmektedirler. Genel iyileştirme programı uygulanmayan hükümlüler ise her zaman kütüphaneden yararlanabilmektedirler (Yönetmelik m. 73/6)³³. Ayrıca ceza infaz kurumlarında birer kütüphane veya kitaplık kurulması, bunların kuruluş ve idaresi, donatılması, işleyişi, kütüphane veya kitaplıklardan yararlanma şekilleri ile ilgili bir de Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi bulunmaktadır. Yönerge'nin 5. maddesine göre “*Hükümlü ve tutukluların boş zamanlarını okuyarak değerlendirmek, eğitim ve iyileştirme çalışmaları ile ulaşılması hedeflenen amaçların gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak ve pekiştirmek, ceza infaz kurumunda görevli personel için gerekli eğitim ve iyileştirme çalışmalarında, ihtiyaç duyulan kaynakları hazır hâlde bulundurmaya maksadı ile müdürü bulunan ceza infaz kurumlarında birer kütüphane, diğer ceza infaz kurumlarında ise birer kitaplık kurulur*”. Kurumun kütüphane ve kitaplıklarında ihtiyaç duyulan, süreli ve süresiz yayınlar, Adalet Bakanlığınca kuruma gönderilen ödeneklerden, Adalet Bakanlığınca gönderilen yayınlardan, ceza infaz kurumu idaresine yapılacak bağışlardan, cumhuriyet başsavcılığı bürolarından, hükümlü ve tutukluların bağışlarından sağlanmaktadır (Yönerge m. 7). Diğer Bakanlıklara bağlı kütüphane ve kitaplıklardan da okutulmak üzere ödünç süreli ve süresiz yayınlar alınabilmekte, bakanlıkların gezici kütüphanelerinden, bir ay süre ile ceza infaz kurumu idaresince zimmetle yayın alınabilmektedir (Yönerge m. 9). Kütüphane veya kitaplıklara alınacak veya kabul edilecek yayınların:

- a) İyileştirme ve eğitim programları ile derslere kaynaklık edecek nitelikte olması,
- b) Hükümlü ve tutukluların genel ve mesleki bilgilerini artırıcı nitelikte olması,
- c) Hükümlü ve tutuklulara insan, yurt ve millet sevgisini güçlendirecek nitelikte bulunması,
- d) Hükümlü ve tutukluların manevî kalkınmalarını sağlayacak vasıfları taşıması,

³³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nda(m. 28/5) “*ceza infaz kurumlarında hükümlülerin faydalanması amacıyla eğlendirici ve eğitime yönelik kaynak, kitap ve diğer kitle iletişim araçlarıyla yeterli şekilde donatılan zengin bir kütüphane bulunmalıdır ve mümkün olabildiği ölçüde cezaevi kütüphanesi toplumdaki kütüphane hizmetleriyle işbirliği yapılarak düzenlenmelidir*” şeklinde hükmü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (89) 12 sayılı Tavsiye Kararı'nda ise “*hükümlülerin en az haftada bir kez iyi şartlara haiz kütüphaneye girebilmeleri*” belirlemesi yer almaktadır.

e) Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılaplarına uygun olması,

f) Hükümlü ve tutukluların boş zamanlarını değerlendirmelerini, okuma alışkanlığı edinmelerini ve kültür bakımından ufuklarını geliştirmelerini sağlayacak nitelikte olması gerekir (Yönerge m. 12). Oda veya koğuşta okunmak üzere, kütüphane ve kitaplıklarda bulunan süreli ve süresiz yayınlar, hükümlü ve tutuklulara zimmetle verilmektedir. Verilecek yayın sayısı, kütüphane ve kitaplık hizmetlerini aksatmayacak, oda veya koğuş düzenini bozmayacak şekilde, oda veya koğuştaki hükümlü ve tutuklu mevcudu ile kütüphane veya kitaplıkta bulunan yayın sayısı dikkate alınarak eğitim kurulu kararıyla belirlenmektedir. Verilen yayınlar, en çok onbeşinci günün sonunda kütüphane veya kitaplığa iade edilmektedir. Bu sürenin bitiminde, sürenin uzatılmasını isteyenlere; yayın adedine, yayına gösterilen ilgiye ve faydalanma maksadına göre kütüphane veya kitaplık sorumlusu tarafından ek süre verilebilmektedir.

Kütüphane ve kitaplıklardan alınacak yayın sayısına ilişkin sınırlama Kanun'un 61. maddesinde bulunmamaktadır. Ancak Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi m. 30'da (fıkra 2'de) kütüphane ve kitaplıklardan alınacak yayınların sayısına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, hükümlü ve tutukluya verilecek yayın sayısı, kütüphane ve kitaplık hizmetlerini aksatmayacak, oda veya koğuş düzenini bozmayacak şekilde, oda veya koğuştaki hükümlü ve tutuklu mevcudu ile kütüphane veya kitaplıkta bulunan yayın sayısı dikkate alınarak eğitim kurulu kararıyla belirlenecektir. Dolayısıyla düzenlemede belirtilen şartlara ve ölçülük ilkesine uygun olmak şartıyla eğitim kurulu kararıyla belirlenecek sayı çerçevesinde hükümlü veya tutuklular kütüphane ve kitaplıklardan yararlanabileceklerdir. Bu düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşünülebilirse de CvGTİHK m. 62 gereğince kanunilik ilkesinin sağlandığı söylenebilir. Zira kütüphanedeki yayınlar, 62. madde kapsamına giren yayınlardan olduğundan kurum düzeni açısından sınırlama getirilebilecektir.

G. Kargo Yoluyla veya Ziyaretçilerin Getirdiği Yayınlar

CvGTİHK'nin 62. maddesinde, tutuklu ve hükümlülere kargo yoluyla gelen ya da ziyaretçileri aracılığıyla getirilen süreli ya da süresiz yayınların (ders kitapları hariç) ceza infaz kurumlarına kabul edilmesi düzenlenmemiştir. Anayasa Mahkemesi *İbrahim Kaptan (2)*³⁴ ve *H.Y. kararlarında*³⁵ 5275

³⁴ "33. Somut olayda başvuru, hükümlü ve tutuklulara kargo yoluyla ya da ziyaretçileri aracılığıyla getirilen süreli ya da süresiz yayınların tümünün kategorik olarak kuruma kabul edilmemesini şikâyet etmiştir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 2018 yılının Mayıs ayı itibarıyla ceza infaz kurumlarında yaklaşık 245.000 hükümlü ve tutuklu bulunmaktadır. Bu kişilerin tümüne gönderilen yayınları yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca (bkz. § 32) incelenerek mahpuslara verilmesini istemenin ceza infaz kurumu idareleri üzerinde kurum düzeni ve güvenliği ile suç işlenmesinin önlenmesi görevlerini layıkıyla yerine getirmelerine engel olacak derecede yükümlülük oluşturulmasına yol açabileceği açıktır. Nitekim Kurulun 27/12/2016 tarihli kararında da terör örgütü mensuplarının haberleşmelerinin, emir ve talimat göndermelerinin önlenmesi amaçlarından bahsedilmektedir. 34. Bununla birlikte söz konusu uygulama nedeniyle başvurunun bilgiye ulaşmasının ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün adil olmayan bir şekilde kısıtlandığından da bahsedilemez. Başvurucunun emanet hesabına ücretinin yatırılması hâlinde İnfaz Kurumu idaresi aracılığıyla süreli ve süresiz yayın talep etme hakkı olduğu gibi İnfaz Kurumu kütüphanesinden yararlanma hakkı da bulunmaktadır. Başvurucunun şikâyetinin somut bir yayına veya bilgiye erişememesine ilişkin olmadığı hatırlanmalıdır. Başvurucu; ücreti yatırılarak yayın talep etme sisteminin düzgün işletilmediğinden, İnfaz Kurumu kütüphanesinin yetersiz olduğundan ya da belirli bir haber veya düşünceye erişiminin sağlanması için devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğinden şikâyetçi olmamıştır. Dolayısıyla somut olayda Anayasa Mahkemesi İnfaz Kurumunun, kurum güvenliği ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yönelen şikâyet konusu uygulamasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve orantısız da olmadığı kanaatine ulaşmıştır", AYM, *İbrahim Kaptan (2)*, B. No: 2017/30723, T. 12/09/2018, §§ 33, 34.

³⁵ Başvuruya konu olan olayda, başvurucuya ziyaretçisi tarafından "Pİ", "Fİ" ve "Çİ" adlarını taşıyan üç adet kitap getirilmiştir. Söz konusu kitapları inceleyen Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu Başkanlığı (Eğitim Kurulu) 12/4/2018 tarihinde, kitapların müstahcen içerik barındırdığı gerekçesiyle başvurucuya verilmemesine ve emanete alınmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu olayla ilgili olarak, başvuru konusu kitapların ziyaretçi aracılığıyla getirildiği dikkate alındığında *İbrahim Kaptan (2)* kararında varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir

sayılı Kanun'un tutuklu ve hükümlülere kargo yoluyla gelen ya da ziyaretçilerinin getirdiği süreli ya da süresiz yayınların (ders kitapları hariç) teslimini öngörmediğini, bu nedenle de yayınların hükümlülere bu şekilde temin edilemeyeceğini kabul etmiştir³⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi, ceza infaz kurumu idarelerinin tutuklu ve hükümlülerin eğitim hakkı kapsamında ders kitabı mahiyetinde olduğunu tespit ettikleri yayınları -yakınları tarafından getirilmiş ya da posta yoluyla gönderilmiş olsa dahi- 62. maddenin 3. fıkrası yönünden yapılacak bir değerlendirme sonucunda da sakıncalı bulunmaması hâlinde başvuruçulara teslim etme yükümlülükleri bulunduğu kanaatinde³⁷. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları sonucunda, 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la CvGTİHK'nin 69. maddesi yeniden düzenlenmiş ve kargo yoluyla gelen ya da ziyaretçileri aracılığıyla getirilen süreli ya da süresiz yayınların hediye kapsamında hükümlüye (ve tutukluya) verilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenleme gereğince hükümlü ve tutuklular, iki ayda bir gönderilen (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarının ilk haftasında) kitaplar kargo yoluyla gelse ya da ziyaretçileri tarafından getirilse dahi kabul etme hakkına sahip olmuş; böylelikle kargo yoluyla veya ziyaretçi aracılığıyla gelen kitaplara ulaşma, yayınlardan yararlanma yöntemleri arasına girmiştir³⁸. Ayrıca dinî bayram, yılbaşı (her yıl 31 Aralık günü yılbaşı sayılarak) veya kendi doğum günlerinde hükümlü veya tutuklular hediye olarak gönderilen kitabı kabul etme hakkına sahiptir. Ancak Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m. 77'ye göre kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler yayınlardan hediye olarak sadece kitap kabul edebileceklerdir. Düzenleme gereğince gazete veya dergilerin hediye olarak kabul edilmesi söz konusu değildir. Gazete ve dergiler ya satın alınabilecek veya kurum tarafından dağıtılabilecektir. Ancak kurum tarafından denetlenmek şartıyla gazete ve dergilerin de verilmesinin mümkün olması gerekir. Açık kurumlar ile çocuk eğitim evlerinde barındırılan hükümlülere verilebilecek ya da gönderilecek hediyelerin cins ve miktarı ile hediye zamanları, bahsedilen kurumların idare ve gözlem kurulu tarafından belirleneceğinden, kapalı kurumlara ilişkin sınırlandırma açık ceza infaz kurumları için geçerli olmadığından idare ve gözlem kurulu tarafından kabul edilmek şartıyla gazete ve dergiler de açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülere verilebilecektir. Çocuk ve altmış beş yaşını tamamlamış hükümlüler ile beraberinde çocuğu bulunan kadın hükümlüler, idare ve gözlem kurulu tarafından alınacak karar doğrultusunda belirtilen zaman dilimi dışında da kurumlara girmesi yasak olmayan, kurum ve kişi güvenliği ile genel

durumun bulunmadığını, İdare ve derece mahkemelerince ortaya konan gerekçe her ne olursa olsun -başvuru konusu kitaplara mevcut yöntemlerden biri ile erişilemediği de iddia edilmediğine göre- başvuruya konu kitapların teslim edilmemesi şeklinde başvuruçunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin bir ihlal teşkil etmediğinin açık olduğu sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir: AYM, H.Y., B. No: 2018/22011, T. 27/07/2022, § 22.

³⁶ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 36. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün (Genel Müdürlük) 16/11/2016 tarihli ve 3196/131111 esas sayılı yazısında da, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. maddesi uyarınca ceza infaz kurumlarında terör suçundan tutuklu ve hükümlü olarak bulunanlara, öğretimine devam edenlere gelen ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen hiçbir dokümanın teslim edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu yazıda, talep edilen hukuki mevzuatın ve kurum kütüphanesinde bulunmayan yayınların ise -ücretleri tutuklu ve hükümlülerin emanet para hesabından karşılanması koşuluyla- ceza infaz kurumu aracılığıyla temin edilebileceği ifade edilmiştir. Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu da 27/12/2016 tarihinde bu yazı doğrultusunda kurumda terör suçundan tutuklu ve hükümlü olarak bulunanlara, öğretimine devam edenlere gelen ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen hiçbir dokümanın teslim edilmemesine karar vermiştir. Kurul kararında; örgütsel faaliyetlerinin engellenebilmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi ile bunlara emir ve talimat verilmesinin önüne geçilebilmesi ve kurumda herhangi bir güvenlik zafiyeti yaşanmaması gerekçelerine de yer vermiştir. Kararda, 5275 sayılı Kanun'un 61. maddesi uyarınca ihtiyacın kurum bünyesindeki kütüphaneden giderilebileceği belirtilmiştir.: AYM, *Erdoğan Kardeşler*, B. No: 2018/15777, 7/4/2021, §§ 10, 11.

³⁷ AYM, *Mahmut Sinan Abit*, B. No: 2017/19431, T. 20/03/2019, § 34.

³⁸ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 37.

sağlığı tehlikeye düşürmeyen nitelikteki eşyayı hediye olarak alabilmektedirler (CvGTİHK m. 77)³⁹. Sayı ve süre açısından daha önce yapılan değerlendirmeler geçerlidir.

H. Hükümlülerin Kendi Aralarında Kitap Alışverişi

Hükümlülerin kendi aralarında kitap alışverişinin yapıp yapılmayacağına ilişkin bir düzenleme 62. maddede bulunmamaktadır. Doktrindeki bazı yazarlara⁴⁰ ve Yargıtay'a⁴¹ göre hükümlülerin kendi

³⁹ “Dışarıdan gönderilen hediyeleri kabul etme hakkı

MADDE 77- (Değişik:RG-12/11/2021-31657-CK-4773/30 md.)

(1) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlü Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarının ilk haftasında ve dinî bayramlarda, her yıl 31 Aralık günü yılbaşı sayılarak yılbaşında veya kendi doğum günlerinde dışarıdan gönderilen ve kurum güvenliği ve kişilerin sağlığı için tehlikeli olmayan bir hediyeyi kabul etme hakkına sahiptir.

(2) Hediye kabulüne ilişkin aşağıdaki esaslar uygulanır:

a) Hükümlü, hediye olarak ancak kitap veya giyim eşyası kabul edebilir. Hediye olarak kitabın ücreti de gönderilebilir, bu durumda kitap, kurum kantini aracılığıyla temin edilir.

b) Hediye, ziyaretçi tarafından verilebileceği gibi posta veya kargo yolu ile de gönderilebilir.

c) Bir hükümlü, aynı tarih için bir kez hediye kabul edebilir.

ç) Gönderilen eşya, güvenlik ve hijyen kontrolünden geçirilir.

d) Kurumlarda bu amaçla “Hediye Kayıt Defteri” tutulur. Bu defterde;

1) Hediye olarak gönderilen eşyanın nitelikleri ve miktarı,

2) Hediyein kuruma gönderiliş, geliş ve hükümlüye teslim tarihleri,

3) Hediyei gönderenin, alıcının veya getirenin kimlik bilgileri, posta veya kargo yoluyla gelmediyse getirenin imzası,

4) Hediyein hükümlü tarafından teslim alındığına ve teslim edildiğine dair hükümlü ve görevli memurun imzası, bulunur ve hediye işlemlerine ilişkin gerekli diğer kayıtlar tutulur.

(3) Kişi, kurum veya kuruluşlar tarafından hükümlülere dağıtılmak üzere dışarıdan toplu olarak getirilen veya gönderilen eşya hakkında 143 üncü madde uygulanır.

(4) Çocuk ve altmış beş yaşını tamamlamış hükümlüler ile beraberinde çocuğu bulunan kadın hükümlülere, idare ve gözlem kurulu tarafından alınacak karar doğrultusunda, belirtilen zaman dilimi dışında ve kurumlara girmesi yasak olmayan, kurum ve kişi güvenliği ile genel sağlığı tehlikeye düşürmeyen nitelikteki eşya hediye olarak verilebilir, idare ve gözlem kurulu bu kişiler bakımından zaman kısıtlamasını kaldırabilir.

(5) Kurumda anasıyla birlikte kalan çocuklara; kurum güvenliğini tehlikeye sokmayan ve çocuk gelişimine uygun olan oyuncak veya diğer eşya ile sağlıklı gıda maddesi hediye olarak her zaman gönderilebilir.

(6) Hediye edilecek eşyanın tahmini değeri hükümlülerin haftalık olarak yapabilecekleri harcama limitinden fazla olamaz.

(7) Açık kurumlar ile çocuk eğitim evlerinde barındırılan hükümlülere verilebilecek ya da gönderilecek hediyelerin cins ve miktarı ile hediye zamanları, bahsedilen kurumların idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenir.

(8) Hediyein hükümlüye tesliminde Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ve Kurum İç Yönergesi'nde belirtilen usul ve esaslar dikkate alınır.

(9) Kurumlar internet sayfalarında, hediye göndermeye ilişkin kuralları ve kısıtlamaları duyururlar. Hükümlüler de bu hususlarda bilgilendirilir”.

⁴⁰ ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Hükümlünün Hakları”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2008, s. 451.

⁴¹ “Kocaeli 1 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu Başkanlığının hükümlüler arasında kitap alışverişi taleplerinin reddine dair 28.09.2006 tarihli ve 40 sayılı kararına PKK-KONGRA-GEL örgütü mensubu olan tutuklu ve hükümlüler, şikayeti üzerine, Tüzüğü 92. maddesinde yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığından anılan işlemin iptaline dair, Kocaeli 4. Asliye Ceza Mahkemesinin (İnfaz Hâkimliği) 02.10.2006 tarihli ve 2006/261-262 sayılı kararına itirazın reddine ilişkin, Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 06.10.2006 tarihli ve 2006/809 sayılı kararının; 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un “Kütüphaneden yararlanma” başlıklı 61. maddesi ile “Süreli veya süresiz yayınlarından yararlanma hakkı” başlıklı 62. maddesinde hükümlülerin kütüphane ve kitaplıklardan ne şekilde yararlanabilecekleri gösterilmiş olup, yine 20.03.2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilerek 06.04.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz

aralarında kitap alışverişinde bulunmalarının ceza infaz kurumunun emniyetini tehlikeye düşürme ihtimali bulunduğu reddedilmesi uygundur. Ancak doktrindeki bazı yazarlara göre ise açıkça yasaklanmamış olan kitap alışverişinin serbest olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴². Kanundaki boşlukların hükümlünün temel haklarının aleyhine yorumlanmaması, bir hükümlü tarafından okunabilen bir kitabın diğer hükümlülerden kaçırılmaması gerektiği, aksine uygulamanın ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edeceği belirtilmektedir⁴³.

Kanaatimizce de hükümlülerin kendi aralarında kitap alışverişine izin verilmelidir. Ceza infaz kurumunda bulundurulması yasak olmayan bir yayın kontrol edilmek suretiyle hükümlüler kendi aralarında kitap alışverişini yapabilmelidir.

III. Yararlanılamayacak Yayınlar

A. Genel Olarak

Ceza infaz kurumunda bulunmanın bazı zorunlulukları ile infaz kurumlarının sahip oldukları imkânlar, hükümlü ve tutukluların yayınlara erişmelerinde doğal olarak bazı sınırlamalar doğurmaktadır. Ancak bu doğal sınırların dışında kanundan kaynaklanan sınırlamalar da bulunmaktadır. Anayasa m. 13 gereğince, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğinden CvGTİHK'nin 62. maddesinde her yayının hükümlüye ve tutukluya verilmesi kabul edilmemiş, bazı sınırlamalar getirilmiştir. Zira cezanın, infaz hukukunun amacına uygun olarak infaz edilebilmesi, başka bir ifadeyle hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenlerin güçlendirilmesi, toplumun suça karşı korunması, hükümlünün iyileştirilmesi amacının gerçekleştirilmesi, kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumun kolaylaştırılması amacıyla her yayının hükümlüye verilmesi amaca uygunluk taşımayacaktır. CvGTİHK m. 3'te de, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamanın, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmenin, toplumu suça karşı korumanın, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmenin, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmanın olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca sınırlama olmadan her yayının ceza infaz kurumuna kabul edilmesi hâlinde ceza infaz kurumunda düzenin, disiplinin ve güvenliğin sağlanmasında, diğer bir ifadeyle ceza infaz kurumunda kamu düzeninin sağlanmasında güçlükler yaşanabilecektir⁴⁴. Dolayısıyla her yayının hükümlü ve tutukluya

Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 86 ve 87. maddelerinde Kanun'a paralel düzenlemelere yer verildiği, hükümlülerin kendi aralarında kitap alışverişini yapabileceklerine dair bir düzenleme bulunmadığı gibi, terör ve organize suç örgütü üyelerinin bulunduğu yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında örgütsel bağların devam ettirilmemesi, güçlendirilmemesi ve yönetici konumundaki hükümlü ve tutukluların alt kademedeki örgüt üyeleri ile ilişkilerinin kesilmesi hususlarında idarenin bir kısım tedbirler almasının kurum içi disiplin kurallarına riayet edilmesini temin bakımından önemli olduğu gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 20.12.2006 gün ve 60662 sayılı Kanun yararına bozma talebine dayanılarak Yargıtay C. Başsavcılığının 19.01.2007 gün ve 2006/323489 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla dosya incelenerek gereği düşünüldü: Kanun yararına bozma talebine atfen düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 6.10.2006 tarih ve 2006/809 D. İş sayılı kararının CMUK. nun 309. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın gereği için Yargıtay C. Başsavcılığına (TEVDİİNE), oybirliği ile karar verildi", Yargıtay, 9. CD, 21.02.2007, E. 2007/931, K. 2007/1289.

⁴² Özbek, s. 177; Aras, s. 184.

⁴³ Aras, s. 184.

⁴⁴ AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634, §§ 107, 109.

verilmesi kabul edilmemiş, sınırlama getirilmiştir.

B. Mahkemelerce Yasaklanmış Yayınlar

Hükümlü ve tutukluların yararlanamayacağı yayınlardan ilki mahkemelerce yasaklanmış yayınlardır. CvGTİHK m. 62 gereğince hükümlü ve tutukluların mahkemelerce yasaklanmamış süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkı bulunmaktadır. Yasaklanmış yayınlardan hükümlü ve tutuklular yararlanamayacaktır. Anayasa'nın 28. maddesine göre (5. fıkraya göre), süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hâllerinde kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararı en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır. Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır (6. fıkra). Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayınlardan mahkum olma hâlinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır (7. fıkra). Basın Kanunu'nun 25. maddesine göre ise, soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kolluk el koyabilmektedir. Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da, Anayasa'nın 174. maddesinde yer alan inkılap kanunlarında⁴⁵, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinin ikinci fıkrasında (anayasayı ihlal suçu), 153. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında (Askerleri itaatsizliğe teşvik etme suçu), 155. maddesinde (halkı askerlikten soğutma suçu), 311. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında (suçu işlemeye tahrik suçu), 312. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında (halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu), 312/a maddesinde (halk arasında korku ve panik yaymak amacıyla alenen tehdit suçu) ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla (terör örgütünün; cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapma suçu) ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilmektedir. Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin yukarıda belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması hâlinde, bunların Türkiye'de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükümsüz kalır (fıkra 1, 2, 3).

Anayasa Mahkemesi tarafından, hakkında toplatma kararı bulunan bir yayının veya bu yayınlardan alıntı içeren dokümanların hükümlüye verilmemesi şeklindeki bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme, bireylerin ifade özgürlüğüne toplatma ve elkoyma kararlarıyla müdahalede bulunulan hâllerde, mevcut olan zorunlu toplumsal ihtiyacın özellikle

⁴⁵ İnkılap kanunlarından eğitim ve öğretimde birliği koruyan "Kanuna aykırı eğitim kurumu" başlıklı TCK m. 263 (17/4/2013 tarihli 6460 sayılı Kanun'la) ile şapka ve Türk harflerini koruyan "Şapka ve Türk harfleri" başlıklı TCK m. 222 (2/3/2014 tarihli 6529 sayılı Kanun'la) yürürlükten kaldırılmıştır. "Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören" başlıklı TCK m.230'un 5. ve 6. fıkraları ise, Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli, 2014/36 E. ve 2015/51 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bkz.: ŞEN, Ersan: "Basılmış Eserlere Elkoyma", <https://www.hukukihaber.net/basilmis-esere-elkoyma> (Erişim Tarihi 12.03.2024).

terörle mücadelenin söz konusu olduğu durumlarda tutuklu ve hükümlüler yönünden de mevcut olduğunu, hakkında toplatma kararı bulunan yayınların ya da bu yayınlardan alıntı içeren dokümanların tutuklu ve hükümlülere verilmemesi şeklindeki müdahalenin ceza infaz kurumunun güvenliği, düzeni ve disiplininin sağlanması ile mahkûmun ıslahı amaçlarının gerçekleştirilmesi için gerekli olmadığından bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir⁴⁶. Toplatma kararı bulunan yayınlardan alıntılar içeren yayınların sakıncalı olduğu değerlendirilen bölümlerin ilgili yayından ayrılması ve geri kalan kısmın mahpusa verilmesi mümkünse bunun yapılması gerekmektedir. Sakıncalı kısımların yayından ayrılmasının mümkün olmadığı veya bu kısımlar çıkarıldığında geri kalan bölümün bir öneminin kalmadığı hâllerde yayının tümünün hükümlü ve tutukluya verilmemesi yoluna gidilebilecektir. Ancak bu hâlde özel durumun ilgili kararda gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Hakkında toplatma kararı bulunan yayından bir başka yayının sadece faydalandığının tespit edilmiş olmasının demokratik toplum gereklerine uygunluk yönünden yeterli bir gerekçe olarak görülemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁷.

C. *CvGTİHK'nin 62. maddesinin 3. fıkrasındaki Yayınlar*

Hükümlü ve tutukluların yararlanamayacağı yayınlardan diğeri, 7242 sayılı Kanun'la değişik 62. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. 3. fıkra göre, kurum disiplini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmeyecektir. Bu düzenlemeye göre, eğer süreli veya süresiz yayın kurum disiplini, düzenini veya güvenliğini bozacak nitelikteyse ya da tehlikeye düşürecekse, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıracaksa yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsıyorsa hükümlü ve tutukluya verilmesi söz konusu değildir. Kurum disiplini, ceza infaz kurumunun düzenli ve planlı bir şekilde işlenmesini ifade etmektedir. Kurum güvenliği kavramı, kişilerin ceza infaz kurumunda herhangi bir saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye uğramadan yaşamalarını, bir arada bulunmalarını, bunun için endişe duymamalarını ifade etmektedir⁴⁸. Kurum düzeni ise, ceza infaz kurumu idaresinin korumak ve sağlamakla görevli olduğu düzeni ifade etmektedir⁴⁹. Müstehcen yayın ise, şehvet hissine yönelik,

⁴⁶ AYM, *Recep Bekik ve Diğerleri*, B. No: 2016/12936, T. 27/03/2019, § 41.

⁴⁷ AYM, *Sinan İyit*, B. No: 2013/1495, T. 30/11/2017, § 56, 58. Anayasa Mahkemesi *İbrahim Bilmez* başvurusunda da hakkında herhangi bir yasaklama kararı olmayan herkesin erişebileceği bir derginin, PKK terör örgütü lideri Öcalan'ın ceza infaz kurumuna girdikten sonra yazmış olduğu eserden alıntılara yer vermesi nedeniyle adı geçeni ve terör örgütünü öven ve meşru göstererek kurumun güvenliğini tehlikeye soktuğundan bahisle eğitim kurulunca yasaklanarak hükümlünün erişimine izin verilmemesinde; "*Başvuruya konu olayda, "cezaevi güvenliği" başlığı altında somutlaşmış olan "kamu düzeninin korunması" meşru amacı çerçevesinde, başvuruçunun Dergiye erişimi engellenmiştir. Gerçekten, Derginin 72 ilâ 77. sayfalarındaki makale incelendiğinde, yazarın, terör örgütünün yürüttüğü şiddet içeren silahlı faaliyetlerini, "Kürt Özgürlük Hareketi" olarak nitelendirdiği, bu kapsamda yapılan silahlı şiddet eylemlerini meşrulaştıran ifadeler kullandığı ve terör örgütünün toplumun değişik tabakalarını hedef alan illegal yapılanmalarını övdüğü anlaşılmaktadır*" belirlemesi yapmakla beraber hak ihlali kararı vermiştir. Zira, "*tüm bunlara rağmen, Ceza İnfaz Kurumunun iç güvenliğinden sorumlu kamu otoritesinin bir parçası olan Eğitim Kurulunun müdahale oluşturan kararının gerekçesinden, Derginin başvuruçuya ulaştırılmasına izin verilmesinin, Kurum güvenliği bakımından ne tür somut risk ve tehlikeler taşıdığı anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda, anılan kararda dayanılan, Dergide Abdullah Öcalan'ın kitaplarından alıntılar yapılması (kıyasen bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 101), adı geçeni ve terör örgütünü övücü, meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verilmesi olarak ifade edilen gerekçelerin, "cezaevi güvenliği" bağlamında "ilgili ve yeterli" olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, Dergiye erişiminin engellenmesi suretiyle başvuruçunun haber veya fikirlere ulaşma hakkına getirilen kısıtlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olduğu kanaatine ulaşılamamıştır*" gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir: AYM, *İbrahim Bilmez*, B. No: 2013/434, T. 26/02/2015, §§ 84, 85.

⁴⁸ Kamu güvenliği kavramı için bkz.: Güneş, Mehmet: "*Kamu Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kamu Güvenliği Gerekçesinin Hukukiliği*", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 27, S. 3, s. 444.

⁴⁹ İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/21510?locale-attribute=fr>

şehvet hissini tahrik, ar ve haya duygusunu tahrik eden yayınlardır⁵⁰. Bir eserin müstehcen nitelikte sayılması için üç unsurun bir arada bulunması gerektiği belirtilmektedir. Birincisi eserin bütünüyle veya önemli ölçüde cinsel dürtüleri tahrik amacına yönelik olması, ikincisi insanın kişi olmaktan çıkarıp obje hâline getirmesi, üçüncüsü ise cinsel hareketlerin kaba, saygısız, estetikten uzak, rahatsız edici, bıktırıcı ve kışkırtıcı nitelikte anlatılmasıdır⁵¹. Hükümlü ve tutukluların yararlanamayacağı yayınlara örnek olarak, ceza infaz kurumunda bulundurulacak yayın sayısı kurum düzenini bozacak nitelikte olduğunda sınırlama getirilebilmesi verilebilir. Yine ayrımcılık, nefret içeren, şiddeti özendirilen veya teşvik eden, müstehcen içeriğe sahip yayınlar hükümlü ve tutukluya verilemeyecektir. Hükümlü ve tutukluları paniğe düşürecek, örgütsel haberleşmelere aracılık eden, tehdit ve hakaret içeren yayınlar verilmeyecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m. 10/2'de, “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” şeklinde sınırlama nedenleri sayılmıştır. Sözleşmede ifade özgürlüğünün sınırlanma nedeni olarak diğer nedenlerin yanı sıra sağlık ve ahlakın korunmasına da (arasına veya bağlacı koyularak) yer verilmiştir⁵². Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrası ise, “Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” hükmünü taşımaktadır. Ancak Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün sınırlanması nedeni olarak genel ahlak, dolayısıyla da müstehcenlik kavramı yer almamaktadır⁵³. Bu anlamda Anayasa'nın 26. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre nispeten daha özgürlükçü olduğu, buna karşın uygulamada tam tersi yönde kararlar verildiği ifade edilmektedir⁵⁴. Kanun koyucu uygulamada da sorun olan müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yayın kavramına 62. maddede yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise, müstehcen kavramıyla ilgili doktrinde birçok tanıma yer verildiğini, müstehcenlik kavramına yönelik bu

⁵⁰ AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634. Doktrinde müstehcenlik, “toplumun sahip olduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine saldırı niteliği taşıyan söz ve/veya davranışlar” olarak tanımlanmaktadır. Bkz.: Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 868.

⁵¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 870.

⁵² Düzenlemenin özellikle genel ahlakın korunması amacıyla müstehcenliğe getirilen sınırlamalar bakımından, ifade özgürlüğü ile devletin genel ahlakın korunması yükümlüğünden hangisine öncelik verilmesi gerektiği konusunda bazı sorunlara neden olduğu belirtilmektedir. Bu sorun daha çok müstehcen yayın ve eserlere ilişkin davalarda görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ahlakın korunması sebebinin yorumlanmasında uluslararası yargıçtan daha iyi durumda olduklarını belirttiği yerel mahkemelere geniş takdir hakkı tanınması nedeniyle ciddi hak kayıplarına yol açtığı belirtilmektedir. Mahkemenin ifade özgürlüğü lehine ve aleyhine farklı kararları bulunmaktadır. Tüm bunlar için bkz.: Topaç, Tahir Hami/ Gürühan, Caner/Aygün. Aydın, “Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, *TAAD*, 2016, Y. 7, S. 25, s. 155-158.

⁵³ Düzenlemede yer almamasının nedeninin özel hayatın gizliliği, basın hürriyeti, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve sendika kurma hakkı gibi hak ve özgürlüklerin Anayasada ayrıca düzenlenmesi nedeniyle ifade özgürlüğü açısından düşünülmediği belirtilmektedir: Topaç/Gürühan/Aygün, s. 157.

⁵⁴ Topaç/Gürühan/Aygün, s. 157.

tanımlarda, şehvet hissine yönelik, şehvet hissini tahrik, ar ve haya duygusunu tahrik eden gibi bazı unsurların ortak olarak bulunduğunu, müstehcenlik kavramına zaman içinde doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığını belirterek Anayasa'ya aykırılık görmemiştir⁵⁵. Fıkra, 7242 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmiş ve kurum disiplinini, düzenini ve güvenliğini bozan, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yazı, resim veya yorumları içeren yayınların da hükümlüye verilmeyeceği kabul edilmiştir. Getirilen değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuşsa da⁵⁶, Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık görmemiştir⁵⁷.

⁵⁵ “97. Kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlüye verilmeyeceğini öngören kuralda yer alan müstehcen kavramıyla ilgili doktrinde birçok tanıma yer verilmektedir. Müstehcenlik kavramına yönelik bu tanımlarda, şehvet hissine yönelik, şehvet hissini tahrik, ar ve haya duygusunu tahrik eden gibi bazı unsurların ortak olarak bulunduğu anlaşılmaktadır. 98. Sürekli değişen toplumsal yapı karşısında müstehcen yayınların neler olduğunun önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesindeki güçlük gözardı edilemez. Bununla birlikte müstehcenlik kavramına zaman içinde doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığı da bir gerçektir (AYM, E. 2011/44, K. 2012/99, 21/6/2012). Dolayısıyla anılan kavram genel kavram niteliğinde olmakla birlikte bu kavramın belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez. 99. Bunun yanı sıra kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yayınlar farklı şekillerde olabileceğinden bunların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve kanunda tek tek sayılması zorunluluğundan da söz edilemez. Zira kanunların genel ve soyut olması; somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle kuralların belirsiz ve öngörülemez olduğu söylenemez. Bu itibarla kurallarda temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerektiğine ilişkin anayasal ilkeye aykırı bir yön bulunmamaktadır”, AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634.

⁵⁶ Başvuru dilekçesinde “... kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlüye verilmeyeceğini öngören dava konusu kuralla basılması ve dağıtılması konusunda herhangi bir yasak bulunmayan yayınlara hükümlülerin erişmesinin engellendiği, kuralın muğlak, belirsiz, hukuk dilinden uzak, öznel ve öngörülemez ifadeler içerdiği, kuralla ceza infaz kurumu idaresine keyfi kullanıma açık geniş bir takdir yetkisinin verildiği, bu bağlamda keyfi müdahalelere karşı herhangi bir güvence içermeyen kuralın kanunla sınırlama koşulunu sağlamadığı” ileri sürülmüştür. AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634, § 89.

⁵⁷ “103. Dava konusu kurallarla ceza infaz kurumunda disiplinin, düzenin ve güvenliğin sağlanması, hükümlülerin iyileştirilmesi amacının gerçekleştirilmesi açısından hükümlülere verilecek yayınların denetim altına alındığı görülmektedir. Diğer yandan ceza infaz kurumlarında düzen ve disiplinin sağlanması diğer bir ifadeyle bu kurumlarda kamu düzeninin sağlanması devletin pozitif yükümlülükleri kapsamındadır. Bu bağlamda kurallarla ceza infaz kurumlarında kamu düzeninin sağlanması amacıyla ifade ve basın özgürlüğüne sınırlandırma getirildiği, sınırlamanın anayasal anlamda meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır. 104. Diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerine yönelik sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması, bir başka ifadeyle demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekir. 105. Bu bağlamda cezanın infaz hukukunun amacına uygun olarak infaz edilebilmesi, başka bir anlatımla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenlerin güçlendirilmesi, toplumun suça karşı korunması, hükümlünün iyileştirilmesi amacının gerçekleştirilmesi, kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumun kolaylaştırılması amacıyla getirilen sınırlamanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığı söylenemeyeceğinden kuralların demokratik toplum düzeninin gereklerini ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır. 106. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kurallarla ifade ve basın özgürlüklerine getirilen sınırlamanın meşru bir amacının bulunması ve kuralların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmemesi yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması da gerekir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengeyi gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. 107. Kanun'un 3. maddesinde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamanın, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmenin, toplumu suça karşı korumanın, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmenin, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk

Yabancı yayınlar için de yukarıdaki sınırlamalar geçerlidir. Bir başka ifadeyle, kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yabancı yayın hükümlü ve tutukluya verilmeyecektir. Hükümlü ve tutukluların istedikleri yabancı yayınların kurum güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediğini denetlemek için tercüme ettirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmışsa, kurum dışından bulunacak bir bilirkişiden destek alınabilecek, maddi külfet ise yayını talep edene yüklenebilecektir. Ancak tercüme ücretinin ödenmemesi hâlinde ceza infaz kurumu idarelerinin eserin niteliği, devletin olanakları, kurumların imkân ve kapasitesi ile infaz hukukunun gereklilikleri bağlamında ikna edici gerekçeler göstermeden kategorik değerlendirmede bulunmaları ve talebi reddetmemeleri gerekmektedir⁵⁸. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir olayda, bir tutuklu İspanyolca öğrendiğini ve dil kazanımlarını kaybetmek istemediğini belirterek Ceza İnfaz Kurumundan "*Don Kişot*" isimli klasik eserin iki ciltten oluşan İspanyolca versiyonunun temini talebinde bulunmuştur. Ceza infaz kurumu idaresi talep üzerine kendisine, adı geçen eseri tercüme ettirmeleri gerektiğini, tercüme ücretinin karşılanması durumunda eseri satın alacaklarını sözlü olarak iletirler. Bunun üzerine başvuru infaz hâkimliği, CvGTİHK'nin 62. maddesi gereğince yabancı dilde yazılmış eserlerin ceza infaz kurumunun düzeni ve güvenliği için denetlemesinin zorunlu olduğunu, dolayısıyla bu nitelikteki eserlerin tercümesinin gerekebileceğini, adı geçen eserin personel yokluğu nedeniyle kurum tarafından tercüme ettirilemediğini, bu nedenle eserin Kurum dışında tercümesinin yapılmasının gerektiğinin kendisine bildirildiğini, Kurum dışından tercüme ettirilmesi nedeniyle ortaya çıkacak maddi külfetin kendisinden talep edildiğini, başvuru ücretini karşılamayacağını idareye bildirdiğini ifade ederek adı geçen kitabın tercümesinin bu sebeple yaptırılmadığını ve başvuru için temin edilemediğini açıkladıktan sonra somut olayda Kurum uygulamasının usul ve kanunlara uygun olduğunu dile getirmiş, itiraz üzerine mahkeme de talebi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, "*Başvuruya konu kitap gibi insanlığın ortak kültür mirasında olan kitapların denetlenmesi için bütünüünün tercüme edilmesi gerekmemektedir. Kanun koyucu tarafından kurum idarelerine yapılan emir, tercüme değil inceleme zorunluluğuna ilişkindir. Dünya çapında bilinen, birçok dilde yayımlanmış ve Türkçe tercüme bulunan yayınların Türkçe nüshaları üzerinden denetlenmesi de mümkündür. Eğer gerekiyorsa bu tür eserlerin bilirkişi incelemelerinin yabancı dildeki nüshalarının Türkçe nüshaları ile aynı olup olmadığının tespiti ile sınırlı tutulması hâlinde içeriğin denetlenmesi hem daha kolaydır hem de kurum idarelerince yapılabilir. Bu yolun daha az bir maddi külfet oluşturacağı, tutuklu ve hükümlülerin bilgiye*

taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmanın olduğu hükme bağlanmıştır. 108. Kanun'un 6. maddesinde ise hapis cezalarının infazında gözetilmesi gereken temel ilkeler düzenlenmiştir. Buna göre hükümlülerin ceza infaz kurumlarında güvenli bir biçimde ve kaçmalarını önleyecek tedbirlerin alınarak düzen, güvenlik ve disiplin çerçevesinde tutulması, ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmelerinin sağlanması, cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve imkânların kullanılması bu temel ilkeler arasında kabul edilmiştir. Hükümlülerin iyileştirilmesi ilkesi ise hükümlülerin suç işleme eğilimlerinin kaldırılarak toplumla bütünleşmesinin ve suç işlemeksizin sosyal açıdan sorumlu yaşama yeteneğinin kazandırılmasının sağlanmasıdır. 109. Bu bağlamda dava konusu kurallarda öngörülen nitelikleri taşımayan yayınların ceza infaz kurumuna kabul edilmesi hâlinde ceza infaz kurumunda düzenin, disiplinin ve güvenliğin sağlanmasında diğer bir ifadeyle ceza infaz kurumunda kamu düzeninin sağlanmasında güçlükler yaşanabilecektir", AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634.

⁵⁸ "*Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği kararlarda mahpusların istedikleri yabancı yayınların kurum güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediğini denetlemek için tercüme ettirilmesi gerektiği kanaatine varılmışsa kurum dışından bulunacak bir bilirkişiden destek alınabileceğine, maddi külfetin ise yayını talep edene yüklenebileceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre yabancı yayınlar üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi nedeniyle ceza infaz kurumu idareleri üzerinde doğacak maddi külfet, idarelerin asıl görevlerini layıkıyla yerine getirmelerine engel olacak derecede bir yükümlülüğe yol açabilir (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. A.K. ve Semi Can, B. No: 2018/30532, 14/9/2022, §§ 28, 30). Bununla birlikte ceza infaz kurumu idarelerinin devletin olanakları, kurumların imkân ve kapasitesi ile infaz hukukunun gereklilikleri bağlamında ikna edici gerekçeler göstermeden kategorik değerlendirmelerde bulunmaları ifade özgürlüğünün adil olmayan bir şekilde kısıtlaması sonucunu doğurur", AYM, Hasan Ataç, B. No: 2020/1413, T. 21/11/2023, § 36.*

ulaşmasını kolaylaştırıcı bir yol olacağı açıktır. Öte yandan "Don Kişot"un kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan bir yayın olarak nitelendirilmesi ise abesle iştigal olacaktır... Somut olayda Ceza İnfaz Kurumu ve derece mahkemeleri, başvurusunun yabancı dilde yazılan bir yayına ulaşma talebini kategorik ve indirgemeci bir yaklaşımla reddetmiş, bilgiye erişim hususunda aşılabilir bir külfet getirmiştir" gerekçeleriyle hak ihlali kararı verir⁵⁹.

CvGTİHK'nin 62. maddesinde ders kitaplarının denetime tabi tutulamayacağı belirtildiğinden diğer yayınlar denetime tabi tutulacaktır. Dolayısıyla 3. fıkra çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme sonucunda yayınların sakıncalı bulunmaları hâlinde hükümlü ve tutuklulara teslim edilmeyecektir. Anayasa Mahkemesi, her düzeyde eğitim ve öğrenimine devam eden hükümlülerin ders kitaplarının denetime tabi tutulamayacağını bir çok kararında ifade etmekle beraber⁶⁰, doktora öğrencisi olduğunu söyleyen başvurusunun istediği akademik kitaplarla ilgili bir başvuruda farklı belirleme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan eğitim ve öğrenim hakkının, kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellemeye negatif ödevini yüklemekle birlikte Anayasa'da öngörülen ilköğretim dışında devletin tüm bireylere eğitim ve öğrenim sağlama şeklinde pozitif bir ödev yüklenmediğini, devletin özellikle lisansüstü eğitim almak isteyen herkese bunu sağlama şeklinde pozitif bir ödevinin bulunmadığını kabul etmektedir⁶¹. Anayasa Mahkemesi kararında, 5275 sayılı Kanun'un ders kitapları ile ilgili öngördüğü ders kitaplarının denetime tabi tutulmaksızın verilmesi pozitif yükümlülüğün ileri düzey akademik alanlarla ilgili bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek durumları değil, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları açısından geçerli olduğu üzere "ders kitabı"nın tanımının kapsamına giren yayınları kapsadığını kabul etmiş, ceza infaz kurumu idarelerinin kendilerinden beklenemeyecek bir değerlendirme yükümlülüğü altına sokacak yayınları kapsamadığını ifade etmiştir⁶². Ancak doktora çalışmasının ileri düzey çalışmayı gerektirecek nitelikte olacağını belirtilmesi gerekmeyle birlikte, üniversitelere sorularak problemin aşılabileceğini düşünüyoruz.

Dinî yayınlar da aynı şekilde 3. fıkra çerçevesinde denetime tabi tutulacaktır.

Hükümlüye yayının verilmesinin kabul edilmemesi nedeni, 62. maddede (3. fıkrada) belirtilen yayınlardan olmasına dayanmalıdır. Yayının neden kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozduğu ya da tehlikeye düşürdüğü, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştırdığı yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yayın niteliğinde olduğu gerekçesiyle gösterilmelidir⁶³. Bu çerçevede ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin

⁵⁹ AYM, *Hasan Ataç*, B. No: 2020/1413, T. 21/11/2023, §§ 39, 40.

⁶⁰ AYM, *Hikmet Balabanoglu*, B. No: 2012/1334, T. 17/09/2013, § 28; AYM, *Mahmut Sinan Abit*, B. No: 2017/19431, T. 20/03/2019, § 28.

⁶¹ AYM, *Hikmet Balabanoglu*, B. No: 2012/1334, T. 17/09/2013, §§ 28, 29.

⁶² Anayasa Mahkemesi başvuruya konu olayda, başvuru 26/12/2016 tarihinde İnfaz Kurumu Müdürlüğüne verdiği dilekçede, Hacettepe Üniversitesi Nanotıp ve Nanoteknoloji bölümünde doktora öğrencisi olduğunu, alanıyla ilgili bir ders kitabı yazdığını ve mesleki yeterlilik sınavına hazırlandığını belirtmiş; bu nedenle eşi tarafından İnfaz Kurumuna getirilecek olan orijinal akademik kitapların kendisine ulaştırılmasını talep etmiştir. Başvurucunun dilekçede kendisine ulaştırılmasını istediği kitaplar "Amerikan Oftalmoloji Akademisi Serisi", "Snell's Clinical Anatomy of the Eye", "Gözün Anatomisi" ve "Janoff Ophthalmology" isimli akademik kaynaklar olarak belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, yukarıda belirtilen gerekçeyle eşi tarafından getirilen ve ders kitabı olduğu iddia edilen yayınların İnfaz Kurumu idaresince ders kitabı olup olmadığı değerlendirilmeksizin tutuklu olarak bulunan başvurusu teslim edilmemesi nedeniyle başvurusunun eğitim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir: AYM, *Mahmut Sinan Abit*, B. No: 2017/19431, T. 20/03/2019, §§ 41, 42.

⁶³ Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuruda, başvuru, içeriğinde "Devrimden Sonra" adlı yerli sinema filminin yer aldığı kompakt disk (CD), hükümlü olarak tutulduğu Ceza İnfaz Kurumu idaresince kendisine verilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Olayda gerek Eğitim Kurulu, gerekse İnfaz Hâkimliği, sinema filminde siyasi ve halkı bölmeyi amaçlayan propagandalar yapıldığı ve belli ideolojilerin övüldüğü gerekçeleriyle yayını vermemiştir. Mahkeme, "71. Başvuruya konu sinema filmi incelendiğinde,

gereklerine” ve “ölçülülük” ilkelerine uygun olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğü ile ceza infaz kurumunun güvenliği, disiplini ve düzeninin sağlanması ihtiyacı arasında adil bir denge sağlanmalıdır⁶⁴. Tutuklu ve hükümlülerin süreli veya süresiz yayınlara ulaşabilmesine getirilecek sınırlandırma ifade özgürlüğüne müdahale oluşturacağından bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olması gerekmektedir⁶⁵. İdari ve yargısal otoritelerin aldıkları kararlarla kişilerin süreli veya süresiz yayınlara ulaşmasını engelleyici veya zorlaştırıcı bir tutum sergilemeleri devletin ifade özgürlüğü kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunu doğurabilecektir⁶⁶.

kurgusal olarak Türkiye’de gerçekleşen bir sosyalist devrimin ardından günlük hayatta ortaya çıkan değişimlerin konu edildiği; devrimin, hayatın her alanında ve farklı toplumsal kesitlerdeki yansımalarının sıradan insanların gözüyle irdelendiği; filmin senaryosunun, birbirinden bağımsız farklı farklı hikayeler üzerine kurgulandığı; bu kapsamda, siyasi iktidarın el değiştirmesinin ardından ülkeden kaçmaya çalışan varlıklı bir kari-koca arasındaki tartışma, toprakların kolektifleştirilmesinin ardından şaşkınlık yaşayan köylüler, oturduğu evin kirasını ödeyemeyen bir kiracı ile ev sahibi arasında geçen diyalog, Afganistan’da görev yapan askeri birlikte yaşananlar, elektrik, su ve doğalgaz faturaları gelmeyen yaşlı bir kadının yaşadığı şaşkınlık, fabrikaları kamulaştırılan tekstil işçilerinin kaygıları, devrim yanlısı bir yazarın katilinin başından geçenler ve sağlık sorunları olan emekli bir işçi ile doktor arasındaki diyalogun dramatize edildiği görülmüştür. 72. İdare ve İnfaz Hâkimliği kararlarındaki, filmin propagandist yönüne ilişkin tespitlerin, filmin içeriği ile kabaca uyumlu olduğu görülmekte ise de, belirtilen kararlarda özellikle, filmin hangi sahnelerinde ve ne şekilde halkı bölmeyi amaçlayan propaganda yapıldığı çok kısa da olsa tartışılmamıştır. 73. Öte yandan, anılan tespitler, Kanunda, bir yayının cezaevine kabul edilmeme nedenleri arasında doğrudan düzenlenmemiştir. Siyasi ve halkı bölmeyi amaçlayan propaganda ve belli ideolojilerin övülmesi, kurum güvenliğini tehlikeye düşürme ihtimali yönünden değerlendirmeye tabi tutulabilirse de müdahaleye ilişkin kararlarda hiçbir şekilde, filmin içeriği hakkında yapılan tespitlerin, hangi yönden kurum güvenliğini tehlikeye sokabileceği, CD’nin başvurucaya teslim edilmesinin cezaevi güvenliği bakımından hangi somut riskleri barındırdığı açıklanmamıştır. Hatta soyut olarak dahi, anılan filmin kurum güvenliğini tehlikeye sokabilecek bir niteliğe sahip olduğundan söz edilmemiştir. 74. Somut başvurunun özel koşulları çerçevesinde, başvuruya konu kararlarda, başvurucağın ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekliliği hususunda ikna edici bir açıklama yapılmadığından, müdahalenin amaçlanan hedefler açısından orantısız olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır” gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir: AYM, Ali Karatay, B. No: 2012/990, T. 10/12/2014, §§ 71-74.

⁶⁴ AYM, Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, T. 01/02/2017, § 35.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi 3. fıkra düzenlemesinin 13. maddeye aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir: AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634, § 125.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir olayda başvurucağın, kültürel ve mesleki yayınlar yaptığını belirttiği Güncel Hukuk, Terazi, Analist ve Atlas gibi bazı dergileri abone olmak suretiyle temin etmek istemiştir. Başvurucağın, Ceza İnfaz Kurumuna yaptığı başvuruda söz konusu abonelik işleminin Kurum tarafından internet üzerinden yapılabileceği gibi ailesinin Ceza İnfaz Kurumunu adres olarak göstererek kendisi adına abonelik işlemini yapabileceğini belirtmiştir. Kurul, Ceza İnfaz Kurumunda barındırılmakta olan tutuklu ve hükümlülerin bedelini ödemek koşuluyla gazete alabildiklerini ancak gazete teminini sağlayan firmanın dergi ve kitap gibi ürünleri satmadığını, YAYSAT isimli gazete ve dergi dağıtımını yapan şirketin bayilerinde de başvurucağın talep ettiği dergilerin bulunmadığını belirtmiş; bu nedenle söz konusu dergilerin temin edilemediğini ifade etmiştir. Kurul, başvurucağın derginin nasıl temin edilebileceğine dair açıklamalarına da değinmiştir. Kurul, başvurucağın internet üzerinden yapılacak abonelik işlemi ile dergilerin temin edilebileceğine dair açıklamasının mevzuatta bu hususta hüküm olmamasını gerekçe göstererek yerinde olmadığı sonucuna varmıştır. Son olarak Kurul, terör suçları kapsamında Ceza İnfaz Kurumunda bulunan kişilere ders kitapları haricinde kitap verilemeyeceği noktasında 27/12/2016 tarihinde Kurulca bir karar alındığını belirtmiş, söz konusu karardan yola çıkıldığında başvurucağın ailesi aracılığıyla söz konusu dergileri temin edemeyeceğini kabul etmiştir. Bu açıklamalar sonrasında Kurul, başvurucağın talebinin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise, idarenin başvuru konusu olayda başvurucağın talebinin karşılanması için alternatif yolların bulunup bulunmadığını araştırmadığını, özellikle başvurucağın abonelik işleminin kendisi adına ailesi tarafından yapılmasına yönelik talebinin idarece ilgili bir gerekçe gösterilmek suretiyle değerlendirilmediğini, önceki kararın tutuklu ve hükümlülere kargo yoluyla ya da ziyaretçileri aracılığıyla getirilen yayınlara ilişkin olduğunu, oysa başvurucağın, derginin ailesi tarafından getirilmesini ya da postayla kendisine gönderilmesini talep etmediğini, abonelik işleminin idarece yerine getirilememesi durumunda buna alternatif olarak kendi adına abonelik işleminin ailesince yapılmasını istediğini belirterek, başvurucağın dergilere ulaşmasının türlü gerekçelerle reddedilmiş olduğunu, ancak her türlü ürüne

D. Basın İlan Kurumu Aracılığıyla Resmî İlan ve Reklam Yayınlama Hakkı Bulunmayan Gazeteler

Hükümlü ve tutukluların yararlanamayacağı yayınlardan bir diğeri, Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunmayan gazetelerdir (m. 62/4). Zira bu gazeteler ceza infaz kurumuna kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bu gazetelerin hükümlü ve tutuklularca satın alınması, abone olunması mümkün olmadığı gibi, hükümlü ve tutuklulara dağıtılması ve hediye edilmesi de söz konusu değildir. Ancak ilan ve reklamın geçici süreyle kesilmesi hâli, bu hükmün dışındadır.

Resmî İlan ve Reklam Yönetmeliği m. 8'e göre, Basın İlan Kurumu, her ayın son iş günü, takip eden ayda resmî ilan ve reklam verilebilecek süreli yayınların isimleri ile gerekli görülen diğer bilgileri kapsayan listeyi kendisine ait internet siteleri üzerinden duyurmaktadır. Resmî ilan yayımlama hakkının kazanılması, durdurulması, bu hakkın yeniden kazanılması, resmî ilan ve reklam yayımlama hakkının sona erdirilmesi, isim veya alan adı değişikliği gibi bilgilere listede yer verilmektedir. Resmî ilan yayımlama hakkı kazanabilmek için bekleme süresi içinde bulunan gazete ve internet haber siteleri de listede gösterilmektedir. Yayınlar, yaygın, bölgesel ve yerel nitelikte yayınlardır. CVGTİHK'nin 62. maddesinin 4. fıkrasının da Anayasa'ya aykırı olduğu gerekisiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş⁶⁷, ancak Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir⁶⁸.

internet üzerinden kolayca ulaşıldığı, gelişmiş posta teşkilatlarının bulunduğu bir zamanda her türlü çabanın gösterilmesine karşın söz konusu aboneliklerin yapılmadığını veya söz konusu dergilere aboneliğin yapılması için çabalamasının ceza infaz kurumu idaresi üzerinde orantısız yük olacağı gösterilemediğini kabul etmiş ve hak ihlali kararı vermiştir: AYM, *Erdoğan Kardeşler*, B. No: 2018/15777, T. 07/04/2021, §§ 38, 40.

⁶⁷ Başvuruda, “*Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayımlama hakkı bulunmayan gazetelerin ceza infaz kurumuna kabul edilmeyeceğini öngören kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama nedenlerine uymadığı, meşru amaç taşımadığı, Basın İlan Kurumu kararlarının ölçüt alınmasının basın yayın kuruluşları arasında ayrımcılık doğuracağı, bu itibarla kuralın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı*” belirtilmiştir.

⁶⁸ “105. Bu bağlamda cezanın infaz hukukunun amacına uygun olarak infaz edilebilmesi, başka bir anlatımla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenlerin güçlendirilmesi, toplumun suça karşı korunması, hükümlünün iyileştirilmesi amacının gerçekleştirilmesi, kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumun kolaylaştırılması amacıyla getirilen sınırlamanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığı söylenemeyeceğinden kuralların demokratik toplum düzeninin gereklerini ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır. 114. 5/10/2016 tarihli ve 29848 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Resmî İlan ve Reklamlarile Bunları Yayınlayacak Süreli Yayınlar Yönetmelik'in 28. maddesi uyarınca, her ayın sonunda takip eden ay için Basın İlan Kurumu Genel Kurulu tarafından önceden belirlenen ölçütleri yerine getiren gazete ve dergiler için süreli yayınlar listesi düzenlenmekte ve bu Kurum aracılığıyla resmi ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunan gazeteler günlük olarak Basın İlan Kurumunun internet sitesinde yayınlanmaktadır. Söz konusu resmi ilan veren gazeteler incelendiğinde ise bu yayınların yaygın, bölgesel ve yerel nitelikte olduğu ve ülke çapında yayın yapan belli bir tirajın üzerindeki yaygın yayınların tamamına yakınının resmi ilan veren gazeteler arasında bulunduğu görülmektedir. 115. Bu itibarla kurullarla getirilen sınırlamanın hükümlülerin haber veya fikir alma özgürlüğünün, dolayısıyla ifade özgürlüğünün kullanımını ciddi surette güçleştirip ortadan kaldıran bir nitelik taşımadığı anlaşılmaktadır. 124. Basın İlan Kurumu tarafından 195 sayılı Kanun'un 34. maddesi uyarınca belirlenen nitelikleri haiz olmayan gazetelere resmî ilan ve reklam yayımlama hakkı verilmemektedir. Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayımlama hakkı bulunan gazeteler ise günlük olarak Basın İlan Kurumunun internet sitesinde yayımlanmakta olup kişiler ve kurumlar hangi gazetelerin resmî ilan ve reklam verme hakkının bulunup bulunmadığı bilgisine erişebilmektedir. Basın İlan Kurumunun vermiş olduğu kararlara karşı ise yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bağlamda kuralla objektif bir kriter esas alınarak ceza infaz kurumuna alınacak gazetelerin belirlendiği, belirlenen kriterin ülkede yayın yapan ve belirli bir tirajın üzerinde yayın yapan gazetelerin tamamına yakını kapsadığı, dolayısıyla öngörülen ayırımı nesnel ve makul bir temele dayanmadığı söylenemez. Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayımlama hakkı bulunmayan gazetelerin ceza infaz kurumuna kabul edilmeyeceğini öngören kuralın ölçüsüz bir yönünün de bulunmadığı anlaşıldığından kuralın Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.”, AYM, 14/7/2021, E. 2020/53, K. 2021/55, R. G. Tarih ve Sayı: 20/10/2021-31634.

IV. Denetim

Ceza infaz kurumu idarelerinin hükümlü ve tutukluların yararlanabilecekleri belirtilen yayınların, CvGTİHK'nin 62.maddenin 3. fıkrasında öngörülen koşulları sağlayıp sağlamadığı yönünden bir denetime tabi tutması gerekmektedir. Denetimde ayrıca 5275 sayılı Kanun'un 3. maddesi de dikkate alınacaktır.

Anayasa Mahkemesi denetimin Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konulan ilkeler uyarınca yapılması gerektiğini, denetim sonucunda yayınların kuruma kabul edilmesinin uygun olup olmadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmekte ve ilgili mevzuatta öngörülen koşulları sağladıkları değerlendirilen yayınların tutuklu ve hükümlülere teslim etme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir⁶⁹. Anayasa Mahkemesi, kararlarında belirtilmiş ve öngörülen kriterleri karşılamayan, ilgili ve yeterli olmayan bir gerekçeyle yapılan müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal edeceğini ifade etmektedir. Mahkemeye göre, yayınlarda sakıncalı bulunan kısımların belirtilmesi, bu kısımların somut bağlantılarla değerlendirilmesi, soyut değerlendirmeler ile yetinilmemesi gerekmektedir⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirttiği ilkeler⁷¹:

i. *Başvurucunun hangi suçtan, hangi tür ceza infaz kurumunda bulunduğu, söz konusu tedbirin alınmasında bu ceza infaz kurumu ile işlediği suçun bir etkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.*

ii. *Bir yayının tümünün veya bir kısmının mahkûma verilmemesi şeklindeki kısıtlamanın mahkûmun ıslahı ile bağlantısı var ise yayının içeriği ile mahkûmun ıslahı arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.*

iii. *Her mahpusun toplumsal geçmişi ve suç sicili, entelektüel kapasitesi ve kabiliyeti, şahsi tabiatı, hapis cezasının süresi ve tahliye edildikten sonrası için beklentileri dikkate alınmalıdır.*

iv. *Bu bağlamda terör suçlarından mahpus olan kişilerin iddia edilen mağduriyetlerin sorumlusu olarak gördükleri kişilere veya devlete karşı daha fazla şiddete yönelmelerine söz konusu yayınların sebebiyet verip vermediği değerlendirilmelidir.*

v. *Mahpusa verilmeyen süreli veya süresiz yayının cinsi, içeriği, yayımlayanı ve sorunlu görülen kısımların hangileri olduğu belirtilmeli; mahpusa verilmesi sakıncalı bulunan kısımların detaylı analizi yapılmalıdır.*

vi. *Böyle bir analizin yapılabilmesi için söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa mahpusun ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.*

vii. *Bu dengenin kurulabilmesi için;*

-Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

-Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti

⁶⁹ AYM, İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, T. 12/09/2018, §§ 31, 32; Aynı yönde bkz.: AYM, Furkan Aktaş, B. No: 2017/27587, T. 11/12/2019, § 35.

⁷⁰ AYM, Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK], B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 45.

⁷¹ AYM, Halil Bayık, B. No: 2014/20002, T. 30/11/2017, § 45; AYM, Sinan İyit, B. No: 2013/1495, T. 30/11/2017, § 47; AYM, Recep Bekik ve Diğerleri, B. No: 2016/12936, T. 27/03/2019, § 43; AYM, Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK], B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, § 39.

alevlendirip alevlendirmedeğinin,

-Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

-Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

-Söz konusu yayında yer alan ifadelerin ceza infaz kurumunun güvenliğini, disiplinini ve düzenini tehlikeye düşürüp düşürmediğinin,

-Terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olup olmadığının,

-Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgiler ile tehdit ve hakaret oluşturan ifadeler içerip içermediğinin,

-Yayın tarihinde veya mahpusa verilmesinin istendiği sırada ülkenin bir kısmında veya tamamında yaşanan çatışmaların yoğunluk derecesi ile ceza infaz kurumu ve ülkedeki tansiyonun derecesinin yayının mahpusa verilmesine etki edip etmediğinin,

-Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik nitelikte ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

viii. Derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların söz konusu değerlendirmeleri yaparken olayın koşullarına göre uzman kişilerin görüşlerinden faydalanmaları, gerekirse konusunda uzman sosyal bilimcilerden, araştırmacılardan ve akademisyenlerden rapor ve görüş almaları her zaman mümkündür. Böylece süreli veya süresiz bir yayının bir mahpusa verilmemesi şeklindeki müdahalenin kanunlar ve Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konan kriterlere uygunluğunun denetimi daha etkili yapılabilecektir.”

Anayasa Mahkemesi’ne göre, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde söz konusu olan ceza infaz kurumunun güvenliği, disiplini ve düzeni ise, derece mahkemelerinin dava konusu ifadelerin, cezaevinin asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içerip içermediğini değerlendirmeleri gerekmektedir. Değerlendirmede terörle mücadele ile ilgili zorluklar ve buna bağlı koşullar da göz önüne alınmak durumundadır. Olağan zamanlardan farklı olarak tansiyonun yükseldiği ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin söz konusu olduğu kimi durumlarda, idarece durumun gerektirdiği tedbirlerin alınması ve sınırlamaya gidilmesi normal karşılanmalıdır⁷².

Uygulamada süreli ve süresiz yayınların hükümlülere verilmesinde yeknesaklık bulunmamaktadır. Bazı ceza infaz kurumları aynı yayını hükümlüye verirken, bazı kurumlar talebi kabul etmemektedir. Dolayısıyla ülke çapında Bakanlık tarafından yeknesaklığı sağlayacak bir sistemin oluşturulması, bu konuda bir birimin kurulması gerekir. Anayasa Mahkemesi’ne göre de, mevcut sistemde yeknesaklığı sağlayan, kurumların ve hâkimliklerin üzerindeki iş yükünü azaltan, bireysel başvuruların yığılmasını engelleyen ve yeni ifade özgürlüğü ihlallerinin önüne geçilmesine imkân veren güvenceler oluşturulmamıştır. Zira mevcut sistemde her kurum kendisine ulaşan kitaplara ilişkin denetimini kendisi yapmakta, bu durum da aynı kitabın ülke çapındaki tüm ceza infaz kurumlarında aynı

⁷² AYM, Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, T. 01/02/2017, §§ 37, 43.

statüde bulunan tutuklu ve hükümlülere verilir verilmemesine ilişkin yapılan değerlendirmelerin değişken olması sonucunu doğurmaktadır. Hatta aynı infaz kurumunun aynı kitabın infaz kurumuna kabul edilmesine ilişkin farklı zamanlarda farklı uygulamaları olduğu da gözlemlenebilmektedir. Özellikle çok satan yayınlara ilişkin gözlemler göstermektedir ki bu yayınlar bazı ceza infaz kurumundaki kişilere herhangi bir müdahale olmaksızın verilmekteyken başka bazı infaz kurumlarında aynı durumda bulunan kişilere kısmen verilmekte veya tamamen verilmemektedir. Oysa hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin bireyler tarafından öngörülebilir olması gerekir. Bir yayının hükümlü ve tutuklulara verilmesine ilişkin idari uygulama farklılıkları, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan idari faaliyetlerin belirliliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hükümlü ve tutuklulara yayınların verilmesine ilişkin idari ve hukuki tedbirler alınarak bu alanda yayınların yeknesak, hakkaniyete uygun ve Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğü kriterleri karşılayan bir yöntemle mahpuslara tesliminin sağlanması yönünden etkin bir düzen kurulması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu yapısal sorunun devam edecek ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bu durumun Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün sürekli olarak veya yineleyen biçimde ihlali anlamına gelecektir⁷³.

SONUÇ

Hükümlü ve tutukluların süreli ve süresiz yayınlardan yararlanması, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarına konu olmaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına Dair Kanun'un 62. maddesinde düzenleme olmakla beraber ifade özgürlüğü bağlamında ihlaller yaşanmaktadır. Bu hem Kanun'un düzenlemesinden hem de ifade özgürlüğünün içeriğini belirlemekteki zorluktan kaynaklanmaktadır. CvGTİHK'nin 62. maddesinde sınırlamalara yönelik belirleme olmakla beraber eksikler de bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi düzenlemede süreli veya süresiz yayın ifadesi kullanılarak basılı eserlerden yararlanma kabul edilmesi, dolayısıyla teknolojik gelişmeler nedeniyle ortaya çıkan araçların maddenin kapsamına doğrudan girmemesi, diğeri hükümlülerin kendi aralarında kitap alışverişinin mümkün olup olmadığına ilişkin düzenlemenin olmaması, bir diğeri ise odalarda ne kadar kitap bulundurulacağına ilişkin sınırlamanın bulunmamasıdır. Ayrıca ifade özgürlüğünün kapsamına giren bir çok konunun bulunması ve bunlara hâkim olunması gerektiğinden uygulamada sorun ortaya çıkmaktadır. Ayrıca mevcut sistemde her kurum kendisine ulaşan kitaplara ilişkin denetimini kendisi yaptığından ülkedeki ceza infaz kurumlarının uygulamasında yeknesaklık bulunmamaktadır.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Makale tek yazarlıdır.

REFERANSLAR

Akbulut, Berrin / Demirkol, Neslihan / Turan, Taha Yasin. *İnfaz Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Aras, Bahattin. *AIHM Kararları Işığında Hükümlü ve Tutuklu Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

⁷³ AYM, *Serdar Güzelçay ve Diğerleri [GK]*, B. No: 2022/66987, T. 21/12/2023, §§ 49-57. Ayrıca bkz.: AYM, *Recep Bekik ve Diğerleri*, B. No: 2016/12936, T. 27/03/2019, §§ 55-61.

- Artuk, Mehmet Emin / Alşahin, Mehmet Emin. *Hükümlünün Hakları*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 445-465.
- Çimen, Adem. “Ceza İnfaz Kurumlarında Sosyalleşme ve İslah İlişkisi”, *ÇÜİFD*, 2015, C. 15, S. 2, s. 159-188 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/266860>).
- Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, *TAAD*, 2016, Y. 7, S. 25, s. 1-19.
- Güneş, Mehmet. “Kamu Özgürlüklerinin Sınırlanmasında Kamu Güvenliği Gereğininin Hukukiliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 27, S. 3, s. 435-457.
- İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/21510?locale-attribute=fr> (Erişim Tarihi 23.10.2022).
- Özbek, Veli Özer. *İnfaz Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Sever, D. Çiğdem. “Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı”, *TBB Dergisi*, 2016, S. 122, s. 141-193.
- Şen, Ersan. “Basılmış Eserlere Elkoyma”, <https://www.hukukihaber.net/basilmis-esere-elkoyma> (Erişim Tarihi 12.03.2024)
- Tekin, Cevdet / Sağlam, İsmail. “Ceza İnfaz Kurumu Öğretmenlerinin Sorunları Üzerine Nitel Bir Araştırma: Bursa İli Örneği”, *BAİD*, 2021, S. 14, s. 403-457.
- Tekin, Cevdet. “Türkiye Ceza İnfaz Kurumlarında Eğitim ve İyileştirme (Faaliyetler ve Yasal Dayanakları)”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2023, C. 22, S. 87, s. 1200-1223.
- Topaç, Tahir Hami / Gürühan, Caner/Aygün, Aydın. “Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, *TAAD*, 2016, Y. 7, S. 25, s. 153-168.
- Yüksek, Mehmet. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, *TAAD*, 2016, Y. 7, S. 25, s. 105-152.

Aile Konutu Niteliğindeki Kiralananın İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesinde Ortaya Çıkan Sorunlar

Ferhat BÜYÜKAY ^{1*}  Bünyamin KARTAL ² 

¹ İnönü Üniversitesi, Türkiye

² İnönü Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 22.01.2024

Kabul Tarihi: 29.05.2024

Yayın Tarihi: 29.06.2024

Anahtar Kelimeler:

Aile Konutu,
Tahliye Taahhüdü,
Bekletici Mesele,
Şikâyet,
Tahliye Davası

ÖZET

Bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği bir yer olarak aile konutu niteliğindeki kiralananın ilişkin kira sözleşmesinin kiracı tarafından sona erdirilmesi, diğer eşin rızasına bağlıdır. Eşinin rızası olmaksızın kiracı eş tarafından düzenlenen tahliye taahhüdünün geçerliliği, tahliye taahhüdüne dayalı olarak başlatılan icra takiplerini doğrudan etkilemektedir. Bu bağlamda kiralananın aile konutu olduğu iddiası ve tahliye taahhüdünün geçersizliği, icra mahkemesinde görülen itirazın kaldırılması yargılamasına ve sulh hukuk mahkemesinde açılan tahliye davasına konu edilebilmektedir. Ayrıca şikâyet yoluyla icra mahkemesinde de ileri sürülebilmektedir. Uygulamada kiralananın aile konutu niteliğinin tespiti için aile mahkemesinde tespit davası açılmakta ve bu dava icra mahkemesindeki şikâyet yargılamasında ve sulh hukuk mahkemesinde görülen tahliye davasında bekletici mesele yapılmaktadır. Çalışmamızda aile konutu niteliğindeki kiralananın tahliyesinde ortaya çıkan sorunlar, itirazın kaldırılması, şikâyet yargılaması, sulh hukuk mahkemesinde açılan tahliye davası ve tahliye taahhüdünün geçersizliğine yönelik menfi tespit davası kapsamında ayrı ayrı incelenmiştir.

Problems Arising in the Eviction of the Tenancy of the Family Dwelling through Enforcement without Judgment

Article Info

Article History

Received: 22.01.2024

Accepted: 29.05.2024

Published: 29.06.2024

Keywords:

Family Dwelling,
Eviction Commitment,
Dilatory Question,
Complaint,
Eviction Action

ABSTRACT

The termination of the tenancy agreement regarding the rented property, which is a family dwelling as a place where all living activities take place, by the tenant depends on the consent of the other spouse. The validity of the eviction commitment issued by the tenant spouse without the consent of the spouse directly affects the enforcement proceedings initiated based on the eviction commitment. In this context, the claim that the tenancy is a family dwelling and invalidity of the eviction commitment can be subject to the proceedings for the dismissal of the objection in the enforcement court and the eviction action. In addition, these objections can also be asserted before the enforcement court through a complaint. In practice, in order to determine that the tenancy is a family dwelling, a declaratory action is filed before the family court, and this action is made a matter of waiting in the complaint proceedings before the enforcement court and the eviction action. In our study, the problems arising in the eviction of the tenancy as a family dwelling are examined separately within the scope of the dismissal of the objection, the complaint proceedings, the eviction action and the negative declaratory action for the invalidity of the eviction commitment.

To cite this article:

Büyükcay, F., Kartal, B. (2024). Aile Konutu Niteliğindeki Kiralananın İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesinde Ortaya



GİRİŞ

Aile Konutu, Türk Medeni Kanunu'nun 194'üncü maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 349'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bir konutun aile konutu olarak belirlenebilmesi için eşlerden birisinin ya da her ikisinin mülkiyetinde olması, intifa veya oturma hakkına sahip olması ya da kira ile sağlanan bir konutun varlığı gereklidir.

Aile yaşamının gerçekleştiği aile konutunun korunması amacıyla kanun koyucu, kira ilişkisinin sona erdirilmesi bakımından aile konutuna özel bir koruma sağlamıştır. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde (m.) 349 uyarınca aile konutu olarak kullanılma amacıyla kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Her ne kadar Kanun lafız olarak fesih söz etse de fesih anlamına gelen tahliye taahhüdü de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu çerçevede tahliye taahhüdüne dayalı olarak İcra ve İflas Kanunu m. 272 ve devamında yer alan hükümler çerçevesinde başlatılan icra takiplerinde kiralananın aile konutu olması ve tahliye taahhüdünün geçerliliğine ilişkin sorunlar icra takibini doğrudan etkilemektedir.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle aile konutunun özellikleri ve kiralananın aile konutu olarak belirlenmesi meseleleri irdelenmiştir. Akabinde tahliye taahhüdünün geçerliliğinin mevcut icra takibine etkileri ortaya konulmuştur. Kiralananın aile konutu olduğuna yönelik iddianın itirazın kaldırılması ve şikâyet yollarında ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışılmıştır. Sulh hukuk mahkemesinde görülen tahliye davasında ve tahliye taahhüdünün geçersizliği için açılan menfi tespit davasında uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm önerisi sunulmaya çalışılmıştır.

I. Aile Konutu Kavramı Ve Kiralananın Aile Konutu Olarak Belirlenmesi

A. Aile Konutu Kavramı

Aile konutu kavramı, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) hem aile hukukuna hem de miras hukukuna ilişkin hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer almaktadır. Söz konusu hükümlerde aile konutuna ilişkin açık bir tanımlama yer almamakla birlikte TMK m. 194 hükmünün gerekçesinde aile konutu; *"eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan"* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlama aile konutu kavramının tüm unsurlarını ortaya koyma bakımından yetersiz kalmaktadır. Esasen kanunkoyucu aile konutu kavramından ne anlaşılması gerektiğini bilinçli şekilde düzenlememiş¹ ve gerekçede oldukça geniş bir tanımlamaya yer verilmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi (AYM) Melahat Karkin başvurusunda² aile konutundan dolayı olarak *"Eşlerin acı tatlı günlerini bu konutta yaşamakta olduğu, sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu*

¹ "Aile için bu denli önemli bir müessese olan aile konutunun bir tanımla daraltılması yerine, her somut olayın özellikleri ve subjektif nitelikleri nazara alınarak uygulamacılar tarafından şekillendirilmesi, kanunun düzenleme amacına daha uygun olacak ve hakkaniyete uygun sonuçlar elde edilmesine hizmet edecektir." Nebioğlu Öner, Şebnem. "Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Koruma Nedenleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 97, 2011, s. 121.

² AYM, Melahat Karkin [GK], B. No: 2014/17751, 13/10/2016, § 53.

konut ekseninde gerçekleştirdiği, kişisel ve sosyal gelişimlerini bu konut çerçevesinde sürdürdükleri... çoğu olayda kadın eşin çocukları ile barındığı mekân” şeklinde söz etmiştir. Yargıtay ise aile konutunu “eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürmeleri için ayrılan ve aynı konutta iki tarafın da yaşama hakkını güvenceye alan hukuksal bir kurum”³ ve “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekân”⁴ olarak kabul etmektedir.

Bir yerin aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bazı kıstaslar kabul edilmiştir. Buna göre, “Bir yerin aile konutu sayılabilmesi için eşlerin aile konutunu beraberce seçmeleri ve burada ortak bir yaşam merkezi oluşturmaları; aile konutunun aile hayatı için merkezileştirilmesi; aile konutunun kullanımının hukuka uygun olması ve nihayet eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik iradelerinin üçüncü kişiler tarafından da anlaşılabilir olmasıdır; yani, konutun üçüncü kişilerce de ailenin yaşadığı konut sayılmasıdır. Aile konutu tek bir konuttur. Eşlerden birinin meslekî faaliyeti veya çocukların sağlık veya eğitim durumu sebebiyle ailenin yaşam faaliyeti yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda odaklanıyorsa ailenin yaşam faaliyetinin yoğunlaştığı konut aile konutu sayılmalıdır. Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını karşılayan ve eşlerin yaşam merkezi olan konuttur. Aile konutu ailenin barınma ihtiyacını karşılamasının yanı sıra, aile hayatının önemli bir bölümünün geçirdiği alan olarak aile fertleri bakımından manevi bir değere de sahiptir. Aile, acı ve tatlı günlerini bu konutta yaşar, komşularla, çevreyle ilişkiler kurar, eşler uzun yıllar birlikte yaşadıkları bu konutu yerleşim yeri ve haberleşme adresi olarak gösterirler. Aile konutu anılarla dolu fizikî bir mekân olmanın ötesinde aile için önemli bir mal varlığı değeridir. Ailelerin sosyal ve ekonomik hayatı için son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutlulukları ve çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak görülmektedir.”⁵

Aile konutu, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Genelgesi⁶ m. 1/3’te; “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekân” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde, Akıntürk’e göre aile konutu, “Eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemler olarak içinde yaşadıkları ortak konut” tur.⁷ Kılıçoğlu’na göre ise, bir konutun aile konutu olabilmesi için resmen evli olan karı ve kocanın birlikte yaşadığı ortak bir konut söz konusu olmalıdır.⁸ Yılmaz’a göre, “Eşlerin evlilik birliğini sürdürme ve oturma ihtiyaçlarını karşılama amacıyla edindikleri ve üçüncü kişilere karşı evlilik birliğinin mekânsal konumu olarak gösterdikleri yer, aile konutudur.”⁹ Şıpka’ya göre ise; “Türk toplumu ve aile yapısında özel bir önem taşıyan, kadın eşin çocukları ile birlikte sığındığı bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, acı ve tatlı günlerin içinde yaşandığı sahip olmak için eşlerin uzun yıllar boyunca çalışıp çabaladıkları mekân” aile konutudur.¹⁰ Öztan’a göre aile konutu, “eşlerin ortak yaşamlarının merkezini oluşturan, hayati öneme sahip, iradelerine uygun olarak sürekli bir şekilde birlikte yaşamalarına hizmet eden, manevi ve duygusal bağlarla bağlandıkları yerdir.”¹¹ Gençcan ise aile konutunu, “sürekli olarak barınmak üzere

³ Yar. 4. CD, E.2007/213, K. 2009/5127, 18.03.2009. (Kazancı).

⁴ Yar. 2. HD, E.2014/11669, K.2014/18681, 29.09.2014; Yar. 2. HD, E. 2014/10086, K. 2014/16084, 10.07.2014; Yar. 2. HD, E. 2005/16473, K.2006/799, 02.02.2006, (Kazancı).

⁵ Yar. HGK, E.2011/2-447, K.2011/556, 28.09.2011, (Kazancı).

⁶ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 01.06.2002 tarih 2002/7 sayılı genelgesi.

⁷ Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Aile Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 121.

⁸ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 53.

⁹ Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 283.

¹⁰ Şıpka, Şükran. *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 74.

¹¹ Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 298.

kullanılan ve aile yaşamının yoğunlaştığı oturma yeri” olarak tanımlamaktadır.¹² Yavuz, Acar ve Özen ise, “ailenin ikamet etmek üzere kullandığı ve ailevi faaliyetlerin merkezi haline gelen mekânları” aile konutu olarak kabul etmektedir.¹³ Hüseyin’e göre aile konutu, “geçerli bir hukukî sebebe dayanılarak kullanılan, eşler tarafından birlikte seçilen, aile hayatının merkezi haline getirilen ve bu niteliğiyle üçüncü kişiler tarafından bilinen taşınır veya taşınmaz mekân” olarak anlaşılmalıdır.¹⁴

İsviçre hukukunda aile konutuna (*die Familienwohnung*) ilişkin farklı hükümlerde düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan birisi, Zivilgesetzbuch (ZGB) Artikel (Art.) 169’da yer almaktadır. Buna göre, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Ancak İsviçre hukukunda da aile konutu kavramının kapsam ve unsurları doktrin ve yargı kararlarına bırakıldığından açık bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Doktrinde “eşlerin iradeleri doğrultusunda kendileri ve çocukları için ikamet ettikleri ve yaşamlarının merkezini temsil eden yerler” aile konutu olarak kabul edilmektedir.¹⁵

Aile konutu kavramı hakkında doktrinde yapılan farklı tanımlamalar ve yukarıda sözü edilen yargı kararları dikkate alındığında aile konutunu, ailenin ikamet etmesi amacıyla eşlerin iradeleriyle ortak kullanıma özgüledikleri, aile faaliyetlerinin merkezini teşkil eden ve sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu yer ekseninde gerçekleştirdiği mekân olarak ifade etmek mümkündür.

B. Kiralananın Aile Konutu Olarak Belirlenmesi

Türk Medeni Kanunu m. 186 uyarınca eşler, oturacakları konutu birlikte seçerler. Bu bağlamda eşler sürekli oturacakları konut ya da konutları, zaman zaman ya da tatillerde oturacakları dağ evleri ya da yazlık veya kışlık evleri belirlerler.¹⁶ Ancak bu konutlardan yalnızca birisi aile konutu olabilir.¹⁷ Çoğunlukla TMK m. 186 uyarınca belirlenen evlilik konutu, aile konutu niteliğine sahip olsa¹⁸ da hangi konutun aile konutu olduğu eşlerin iradesine bakılarak belirlenir.¹⁹ Bir konutun aile konutu olarak belirlenebilmesi için eşlerden birisinin ya da her ikisinin mülkiyetinde olması, intifa veya oturma

¹² Gençcan, Ömer Uğur. *Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 633.

¹³ Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 646. Acar, “ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve konut işlevine sahip genellikle sabit nitelikteki yerleri” aile konutu olarak adlandırmaktadır. Bkz. Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 18.

¹⁴ Hüseyin, İhsan. “Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar Ve Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 3 2018, s. 585.

¹⁵ Schmid, Ursula. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021, s. 395; Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth E./Geiser, Thomas. *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999, s. 376; Hasenböhler, Franz. *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)*, Schulthess Verlag, Zürich, 1998, s. 400; Zeiter, Alexandra/Schlumpf, Michael. *Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, s. 553.

¹⁶ Gümüş, Mustafa Alper. *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 26; Yılmaz, s. 283; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 165; Öztan, s. 301; Acar, s. 18.

¹⁷ Yılmaz, s. 283; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 67; Acar, s. 8; Öztan, s. 298; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 165.

¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 159; Acar, s. 18; Yılmaz, s. 283.

¹⁹ Yılmaz, s. 283; Acar, s. 19; Öztan, s. 299. Eşlerin bir yeri aile konutu haline getirme yönündeki niyetleri o yeri aile konutu yapmaz. Bu bağlamda eşlerin iradesinin üçüncü kişilerce objektif olarak bilinebilir olması fiilen aile konutu olarak kullanılması gerekir. Gümüş, *Mal Rejimleri*, s. 66.

hakkına sahip olması ya da kira ile sağlanan bir konutun varlığı gereklidir.²⁰

Türk Medeni Kanunu m. 194, eşlerden birinin, diğer eşin açık rızası olmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceğini ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağını düzenlemektedir. Bunun yanı sıra konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine ilişkin hükümler altında TBK m. 349, aile konutu olarak kullanma amacıyla kiralanan taşınmazlarda, kiracının kira sözleşmesini yalnızca diğer eşin açık rızası ile feshedebileceğini düzenlemiştir. Esasen TBK m. 349, TMK m. 194 hükmünün tekrarı mahiyetindedir.²¹ Gerçekten TMK m. 194 bağlamında aile konutu, eşlerin düzenli ikamet için kullandıkları bir ev, bir apartman dairesi, bir apartman dairesindeki oda olabileceği gibi bir karavan, tekne ev ve benzeri yerler de olabilir.²² TBK m. 349 kapsamında da kiralanan şey konut ya da çatılı işyeridir. Bu bağlamda konut, bir kimsenin barınma ihtiyacını karşılayan ve onu çevresel etkilere karşı koruyan taşınır ya da taşınmaz eşyadır.²³ TMK m. 194'e paralel şekilde tekne evler²⁴ ya da bir baraka²⁵ veya konteyner konut olarak kira sözleşmesine konu edilebilir.

Kiralananın aile konutu olabilmesi için kira sözleşmesinin akdedilmiş olması gerekir.²⁶ Kira sözleşmesinin yapılmasından sonra evlenme halinde de konut, aile konutu haline gelir.²⁷ Bu bağlamda kiraya verenin kiracının evli olup olmadığı ya da konutun aileye tahsis edildiği noktadaki bilgisizliği, kiralananın aile konutu olarak nitelendirilmesine engel değildir.²⁸

Aile konutu, eşlerden birisinin akdettiği kira sözleşmesi ile sağlanmışsa diğer eş, kiralayana yapacağı bir bildirim ile sözleşmenin tarafı haline gelir. Herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan²⁹ bu bildirim³⁰ ile bildirimde bulunan eş diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu³¹ olur (TMK m. 194/4) Diğer eşin sözleşmenin tarafı haline geldiği durumlarda artık "birlikte kira"dan söz edilmelidir.³² Bu nedenle kiraya veren fesih ihtarı ve ihtara bağlı ödeme süresi bildirimini eşlere ayrı ayrı yapmak zorundadır.³³ Bu şekilde diğer eşin sözleşmenin tarafı haline geldiği kira sözleşmelerinde, kiralananın aile konutu olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir. Zira diğer eşin sözleşmeye taraf olması, aile konutu başlığı

²⁰ Yılmaz, s. 284; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 166; Öztan, s. , 302; Acar, s. 34-43.

²¹ Ayanoğlu Morali, Ahu. *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2176; Acar, s. 78.

²² Hausheer/Reusser/Geiser, *Artikel 169/Absatz 1*, s. 376.

²³ Gökyayla, Emre. "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 1218.

²⁴ Tekneler eğlence ya da seyahat amacıyla kiralalanabilir. Ancak bir tekne, tarafların iradeleri doğrultusunda ikamet etme amacıyla kiralanıyorsa konut niteliği kazanmaktadır. Bu noktada belirleyici şey, tarafların iradesidir. Giger, Hans. *Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, s. 324-325.

²⁵ Toplu halde kalınan barakalar, konut vasfında kabul edilmemektedir. Gökyayla, s. 1218.

²⁶ Acar, s. 78.

²⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 169 No. 69; Acar, s. 79.

²⁸ Giger, Art. 266n N. 11; Acar, s. 79.

²⁹ İşpat kolaylığı bakımından yazılı yapılmasında fayda vardır. Yılmaz, s. 286. Bir görüşe göre, kira sözleşmesi için taraflarca belirlenen bir iradi şekil varsa bu bildirim de o şekil şartına uygun yapılmalıdır. Örneğin, yazılı olarak akdedilen bir kira sözleşmesinde bildirim yazılı şekilde yapılmalıdır. Yavuz/Acar/Özen, s. 651.

³⁰ Bu bildirim, tek taraflı ve yenilik doğuran bir hakkın kullanımı niteliğinde olup muhatabı kiraya verendir. Kiracı eş yalnızca etkilenen şahıs konumunda olup ona da ayrıca bir bildirim yapılmasına gerek yoktur. Yavuz/Acar/Özen, s. 650.

³¹ Buradaki müteselsil sorumluluk kira ilişkisinden doğan tüm yükümlülükler bakımından kabul edilmektedir. Yavuz/Acar/Özen, s. 652.

³² Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 86; Yavuz/Acar/Özen, s. 652.

³³ Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 830; Yavuz/Acar/Özen, s. 652.

altında düzenlenmektedir. Buna bağlı olarak bildirimlerin eşlere ayrı ayrı yapılması, sona erdirilmek istenen kira sözleşmesinin konusunun aile konutu olmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte diğer eşin sözleşmenin tarafı haline gelmediği durumlarda da kiralanana, aile konutu olabilir. Esasen kiralananın aile konutu olup olmadığı bu durumda önem arz etmektedir. Diğer eşin sözleşmenin tarafı haline gelmediği durumlarda, kiralanana aile konutu özelliklerini taşıyorsa aile konutu olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda Yargıtay, bir konutun aile konutu olarak belirlenmesine yönelik eşlerin iradesinin varlığı, konutun ailenin yaşam merkezi olarak belirlenmesi ve bu durumun üçüncü kişilerce bilinmesi durumunda TMK m. 194/3 uyarınca tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konutun aile konutu olduğunu kabul etmektedir.³⁴ Esasen bu karar aile konutunun taşınmazın mülkiyeti yoluyla belirlenmesine ilişkin olsa da aile konutunun özelliklerini tespit etmesi bakımından yol göstericidir. Bir başka ifadeyle kiralananın aile konutu olabilmesi için sözü edilen özellikleri taşıması yeterli olup başkaca bir bildirim ya da şerhe gerek yoktur. Diğer eşin kiralayana bildirimde bulunmaması, kiralananın fiili kullanım ile kazandığı aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz.

Karşıt görüş olarak öğretide aile konutuna ilişkin TMK m. 194/sonda yer verilen korumadan ancak ev sahibine bildirimde bulunan eşin yararlanabileceği, bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelme hakkını kullanmayan eşin, TMK m. 194/sonda yer verilen haktan da yararlanmak istemediği sonucuna ulaşılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁵

Tahliye Taahhüdünün Geçerliliğinin TBK m. 349 Kapsamında Değerlendirilmesi

1. TBK m. 349/1 Uyarınca Diğer Eşin Açık Rızası Olmaksızın Kira Sözleşmesinin Feshedilememesine Yönelik Düzenleme ile Aile Konutunun Korunmasının Önemi

Türk Borçlar Kanunu'nun kira hukukuna ilişkin hükümlerinde ailenin özel olarak korunmasına hassasiyet gösterilmiştir. Aile yaşamının gerçekleştiği aile konutunun konut sektörü karşısında korunması amacıyla kanun koyucu, kira ilişkisinin sona erdirilmesi bakımından aile konutuna özel bir koruma sağlamıştır.³⁶ Buna göre “aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanana taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez” (TBK m. 349/1).

TBK m. 349/1 hükmü, kira sözleşmesine taraf olan eşin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan emredici bir düzenlemedir.³⁷ Düzenleme ile evlilik birliğinin merkezi konumunda bulunan aile konutunun evlilik birlikteliği devamınca korunması ve bu konut üzerinde eşlerin tek başına tasarrufta bulunmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.³⁸ Daha açık bir ifade ile TBK m. 349 (aynı zamanda TMK

³⁴ “...Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh “kurucu” değil “açıklayıcı” şerh özelliğini taşımaktadır.” Yar. 2. HD, E.2015/16117, K.2016/6947, 06/04/2016. (Kazancı) “Türk Medeni Kanunu'nun 194 üncü maddesinde öngörülen sınırlandırma, taşınmazın tapu kaydına aile konutu şerhi konulduğu için değil, konut aile konutu vasfı taşıdığı için getirilmiştir. Bu sebeple taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhi bulunmasa bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Nitekim aile konutu şerhi kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Aksi düşünce ile tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamanın şerh ile başlayacağı kabul edilmiş olur. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da bu vasıf ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak belirli olan bir işlem için verilebilir.” Yar. HGK, E.2022/761, K.2023/379, 26.04.2023. (Kazancı)

³⁵ Sert Sütçü, Selin. “Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar-Çözüm Önerileri)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, Sa. 2 (Aralık 2023), s. 1504.

³⁶ Giger, Hans. *Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260-266o OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 2020, Art. 266m, N. 7.

³⁷ Giger, BK OR, Art. 266m, N. 6; Yavuz/Acar/Özen, s. 650.

³⁸ Permann, Richard. *OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Herausgeber Kostkiewicz, J. K. Wolf, S., Amstutz, M., Fankhauser, R., Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023, Art. 266n N 1; Higi, Peter/Wildisen,

m. 194) ile kanun koyucu, aile konutu üzerindeki haklardan ancak her iki eşin de rıza göstermesi halinde vazgeçilebilmesi esasını benimsemiştir.³⁹

Kiracının TBK m. 349'da sağlanan korumadan yararlanabilmesi için kira sözleşmesinin feshedilmek istendiği anda kiralananın aile konutu olarak kullanılması yeterlidir.⁴⁰ Bu nedenle kira sözleşmesi akdedilirken sözleşmenin evlilik birliği içerisindeki eşlerden birisi ya da her ikisi tarafından imzalanmış olması gerekli değildir.⁴¹ Benzer şekilde kira sözleşmesine taraf olmayan eşin TMK m. 194 uyarınca kira sözleşmesinin tarafı haline gelmiş olması da aile konutunun TBK m. 349/1'de öngörülen korumadan yararlanabilmesi için şart değildir.⁴² Kiralanan konut, kira sözleşmesinin feshedilmek istendiği anda aile konutu olarak kullanılıyorsa, TBK m. 349'daki korumadan yararlanmaya devam eder.⁴³ Bununla birlikte uygulamada bu kabulün aksine kararların varlığından söz etmek mümkündür. Örneğin, Antalya BAM, 6. HD, E. 2022/1054 K. 2022/1010 T. 24.5.2022 kararında icra takibinde aile konutu itirazının dinlenebilmesi için kira sözleşmesine taraf olmayan eşin icra takibi başlamadan önce kiraya verene kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğine dair bir bildirim yapmış olması şeklinde bir şart aranmıştır.⁴⁴ Bize göre aile konutunun TBK m. 349/1'de öngörülen korumadan yararlanabilmesi için kira sözleşmesine taraf olmayan eşin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmiş olması şeklinde bir şartın aranması, TBK m. 349/1'in anlamını yitirmesine neden olur. Zira kira sözleşmesine taraf olmayan eşin TMK m. 194 uyarınca kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi durumunda kira sözleşmesine ilişkin yapılacak fesihlerin TBK m. 349/3 ve genel hükümler uyarınca kira sözleşmesinin taraflarınca birlikte yapılması gerekir.⁴⁵ Bu nedenle anılan kararda aile konutunun söz konusu korumadan yararlanabilmesi için diğer eşin icra takibinden önce kira sözleşmesinin tarafı haline gelmiş olması şeklinde bir şart

Christoph. Art. 266-268b OR, *Die Miete Zürcher Kommentar*, Schulthess Verlag, Zürich, 2020, Art. 266n, N. 4.

³⁹ Giger, *BK OR*, Art. 266m, N. 8.

⁴⁰ Permann, *OFK OR*, Art. 266m-266n, N. 2.

⁴¹ Permann, *OFK OR*, Art. 266n, N. 1.

⁴² Armutçuoğlu, Can Yalçın. "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 17, No. 1-2, 2011, s. 420; Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 50.

⁴³ Permann, *OFK OR*, Art. 266m-266n, N. 2.

⁴⁴ "Davalı vekili her ne kadar; takibe konu tahliye taahhüdünü müvekkilinin eşinin bilgisi ve rızası dışında imzaladığını ve aile konutu olduğuna dair açtıkları davanın bekletici mesele yapılmadığını ileri sürmüş ise de, dava dışı eşin Aile Mahkemesine aile konutu şerhi verilmesi için başvurusunun icra takip tarihinden sonra olduğu anlaşılmaktadır. T.M.K'nın 194. maddesinde, konutun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmış ise sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline geleceği düzenlenmiştir. Bu durumda dava konusu kiralananın aile konutu olması halinde dahi dava dışı eş takip tarihine kadar kiralayana bir bildirimde bulunmadığından (dava dışı eşin bildirimini takip tarihinden sonra) kira sözleşmesinin tarafı haline gelmez. İcra takibinde haklılık durumunun takip tarihi itibarıyla değerlendirilmesi gerektiğinden mahkemece açılan davanın bekletici mesele yapılmaması da yerindedir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) Söz konusu kararda atıfta bulunulan Yar. 8. HD, E.2017/4794, K.2018/11923, 2/5/2018 kararı da aynı yöndedir.

⁴⁵ Aynı yönde Armutçuoğlu, s. 420; Gümüş, s. 50. Yar. 12. HD, E.2016/30367, K.2018/3319, 18/4/2018; "Alacaklı tarafından borçlu aleyhine kiralanın taşınmazın tahliyesi talebiyle başlatılan takipte, şikâyetçinin icra mahkemesine başvurusunda; takibe konu taşınmazın aile konutu olduğunu, TMK'nun 194.maddesi gereği alacaklıya gerekli ihtar yapılarak kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğini, mecburi takip arkadaşı olması ve TMK'nun 194. maddesi gereğince tahliye taahhüdünün geçersiz bulunması nedeniyle takibin iptalini talep ettiği, mahkemece, şikâyetin reddine karar verildiği görülmektedir. TMK'nun 194.maddesinin son fıkrasında; "Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur" düzenlemesine yer verilmiştir. Somut olayda; taşınmazla ilgili olarak hakkında takip yapılan borçlunun eşi olan şikâyetçinin, taşınmazın aile konutu olduğunu alacaklıya ihtar ettiği ve dolayısıyla sözleşmenin tarafı haline geldiği görülmektedir. Şikâyetçi, yasa gereğince kira sözleşmesinde kiracı olarak taraf olup, alacaklının takip talebinde ileri sürdüğü taşınmazdan tahliye isteminin, bölünemez borç olması nedeniyle, kiracılar arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

aranması yerinde değildir. Benzer şekilde aile konutu olarak kullanılan konutun eşlerden birinin evlilik öncesi döneminde kiralanmış olmasının da bir önemi yoktur.⁴⁶ Bununla birlikte kiracının, aile konutunun varlığını etkileyecek önemli değişikliklerin meydana gelmesi halinde bunlar hakkında ev sahibini bilgilendirmesi yönünde sözleşmesel ikincil bir yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir.⁴⁷ Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, aile konutunun TBK m. 349'daki korumadan yararlanamaması sonucunu doğurmaz. Ancak bu yükümlülüğün yapılmamış veya yanlış yapılmış olması, kiracının ev sahibine karşı tazminat sorumluluğunu doğurur.⁴⁸

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin diğer eşin açık rızası olmaksızın feshedilmemesine ilişkin sınırlamanın hukuki niteliği öğretide niteliği tartışmalıdır. Bu konuda İsviçre hukukunda hâkim olan ve Türk hukukunda da dile getirilen bir görüşe göre, (OR m. 266m) TBK m. 349'da öngörülen sınırlama kira sözleşmesine taraf olan eşin söz konusu işlemler bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılmasıdır.⁴⁹ Bu nedenle aile konutu üzerindeki borçlandırıcı işlemler bakımından da diğer eşin rızası işlemin geçerliliği için gereklidir.⁵⁰ Bu konuda Türk hukukunda hâkim olan bir diğer görüşe göre ise maddede öngörülen sınırlama tasarruf ehliyetine getirilmiş bir sınırlamadır ve diğer eşin açık rızası tasarruf işlemi anında mevcut olmalıdır. Buna göre kira sözleşmesi üzerinde hak sahibi olan eşin diğer eşin rızası olmaksızın yaptığı borçlandırıcı işlem geçerlidir.⁵¹ Öğretide dile getirilen bir diğer görüşe göre söz konusu hüküm, evlilik birliğinden doğan aile hukukuna özgü işlemler bakımından birlikte karar verme hakkını düzenlemektedir.⁵² Bir diğer görüşe göre ise de burada kira sözleşmesine taraf olan eşin fiil ve tasarruf ehliyetinin sınırlandırılmasından ziyade kanunda bir hukuki işlemin geçerliliği bu işlemde etkilenenin rızasına tabi kılınmıştır.⁵³

Bize göre TBK m. 349/1 ile kira sözleşmesine taraf olan eşin aile konutu hakkındaki yapacağı işlemler bakımından fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır.⁵⁴ Ancak yukarıda yer verilen görüşlerin -nihai

⁴⁶ Giger, *BK OR*, Art. 266m N. 13; Müller, Jürg P. in: *Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft - SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, Herausgeber Schweiz Svit, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, Art. 266l–266o N. 29; Delipinar, Yusuf. *Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 27 vd. dn. 53.

⁴⁷ Higi/Wildisen, *ZK OR*, Art. 266m-266n, N. 26; Hausheer/Reusser/Geiser, *BK ZGB*, Artikel 169/Absatz 1, N. 23. Kiracının bu bilgilendirmeyi yapmamış olması veya yanlış bilgilendirme yapmış olması halinde kiracının ev sahibine karşı bir tazminat yükümlülüğünün doğacağı ifade edilmektedir (Higi/Wildisen, *ZK OR*, Art. 266m-266n, N. 27).

⁴⁸ Higi/Wildisen, *ZK OR*, Art. 266m-266n, N. 27; Hausheer/Reusser/Geiser, *BK ZGB*, Art. 169 N. 23a; Müller, Art. 266l–266o, N 31.

⁴⁹ Schmid, *ZGB Kommentar*, s. 94; Hausheer/Reusser/Geiser, *BK ZGB*, Art. 169 /Absatz 1 N 37b; Schmid, *ZGB Kommentar*, Schweizerisches Art. 169 N 8; Öztan, s. 317; Armutçuoğlu, s. 426.

⁵⁰ Hausheer/Reusser/Geiser, *BK ZGB*, Art. 169, N. 37a; Armutçuoğlu, s. 424.

⁵¹ Barlas, Nami. “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 121; Erdem, Mehmet. *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 224; Doğan, Murat. “Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, No. 4, 2003, s. 109; Gümüş, s. 59; Yavuz/Acar/Özen, s. 648; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 171. Söz konusu sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olduğuna dair kararlar için bkz. Yar. 12. HD, E.2014/14428, K.2014/16965, 11.06.2014; Yar. 12. HD, E.2014/14427, K.2014/16966, 11.06.2014; Yar. 12. HD, E.2014/3776, K.2014/7329, 13.3.2014; Yar. 12. HD, E.2014/2701, K.2014/5362, 26.2.2014; Yar. 12. HD, E.2013/11579, K.2013/18318, 13.5.2013.

⁵² Şipka, s. 47, 49, 138; Acar, s. 42-43.

⁵³ Hausheer/Reusser/Geiser, *BK ZGB*, Art. 169, N. 37b.

⁵⁴ Söz konusu sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olduğuna dair yargı kararları için bkz. Yar. HGK, E.2017/2810, K.2017/1721, 13.12.2017; Yar. HGK, E.2017/2935, K.2017/1722, 13.12.2017; Yar. 2. HD, E.2008/8470, K.2009/10768, 4.6.2009; Yar. 2. HD, E.2016/18709, K.2018/4089, 28.3.2018; Yar. 1. HD, E.2021/2045, K.2022/1688, 2.3.2022.

olarak- pratikte ortaya benzer bir sonuç çıkardığı söylenebilir. Kira sözleşmesine taraf olmayan eşin feshe açıkça rıza göstermediği durumda, fesih beyanı hukuki bir sonuç doğurmaz. Bu durumda, fesih beyanına rağmen kira sözleşmesi geçerliliğini korur ve bu durum, mutlak, düzeltilmesi mümkün olmayan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hükümsüzlük hali ortaya çıkarır.⁵⁵

2. Yazılı Tahliye Taahhüdünde Bulunmanın TBK m. 349/1 Anlamında Fesih Niteliğinde Olup Olmadığı Hususu

TBK m. 352/1'e göre "kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir." Konut ve çatılı işyeri kiralaları hakkında uygulanması mümkün olan bu hüküm uyarınca, kiracı tarafından kiralananın belirli bir tarihte boşaltılacağına yönelik yazılı taahhüt veya bu taahhüdü içeren işlem, yazılı tahliye taahhüdü olarak adlandırılmaktadır.⁵⁶

Yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre kira döneminin sonuna rastlayan tahliye taahhüdünü, kiracının kira sözleşmesini sona erdirmeye yetkisini kullandığı yenilik doğuran bir hak olarak görmek mümkündür. Buna karşılık taahhüdün kira süresinin sonuna rastlamaması halinde ise söz konusu taahhüdü borçlandırıcı bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkündür.⁵⁷ Öğretide kimi yazarlar⁵⁸, tahliye taahhüdünü tasarruf işlemi niteliğinde olan bir ikale sözleşmesi olarak görmektedirler. Bu görüşe göre bir ikale sözleşmesi olarak tahliye taahhüdü hem yasal bir şarta hem de vadeye bağlanmıştır. Buna göre kiraya verenin tahliye taahhüdünde belirtilen vadeden itibaren bir ay içerisinde tahliyeyi talep etmesi ile kira sözleşmesi sona erer.⁵⁹

Öğretide kimi yazarlar⁶⁰ ise tahliye taahhüdünü kira sözleşmesine ilişkin bir yan sözleşme olarak görmektedirler. Bu görüşe göre ikale anlaşması bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan, tahliye taahhüdünün bir ön sözleşme olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁶¹ Tahliye taahhüdünü bir sözleşme olarak nitelendiren bir diğer görüşe göre tahliye taahhüdü, "kiracıya belirtilen tarihte taşınmaz tahliye etme yükümlülüğü getiren ve kiraya verene de tahliyeyi talep etme yetkisi veren bir borçlandırıcı işlemdir".⁶² Öğretide dile getirilen bir diğer görüşe göre ise tahliye taahhüdü, tek taraflı yenilik doğurucu bir hakkın kullanımındır.⁶³

⁵⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 650.

⁵⁶ Akçaal, Mehmet. "Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, No. 2, 2002, s. 952-953; Altıntop, Merve. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 5, No. 19, 2014, s. 520; Sert Sütçü, s. 1496.

⁵⁷ Altıntop, s. 520; Burcuoğlu, Haluk. "6570 S. GKHK'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 58, No. 10-12, 1984, s. 637 vd.; Sağlam, İpek. "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, No. 1, 2023, s. 33.

⁵⁸ İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 424; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980, s. 681; Uygur, Turgut. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1845.

⁵⁹ İnceoğlu, s. 424.

⁶⁰ Gümüş, s. 326; Akçaal, s. 954.

⁶¹ Gümüş, s. 326.

⁶² Doğan, Murat. *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 185; Selçuk, Emre. *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracıdan Kaynaklanan Tahliye Sebepleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 21.

⁶³ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 303.

Tahliye taahhüdünün hukuki niteliğinin belirlenmesinin zor olduğunu dile getiren bir görüşe göre, her şeyden önce TBK m. 352/1’de yer alan yazılı tahliye taahhüdü, kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı tanıyan bir hukuki işlemdir. Kiraya verenin, söz konusu hukuki işleme dayanarak, taahhüt edilen tahliye tarihinden itibaren bir ay içinde kira sözleşmesini sona erdirmesi mümkündür. Bu görüşe göre tahliye taahhüdü, kiraya verene belirli süreler dâhilinde⁶⁴ kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı veren tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzer borçlandırıcı bir hukuki işlemdir.⁶⁵

Yazılı tahliye taahhüdü TBK m. 352/1’de de ifade edildiği üzere kiraya verene kiralananın, tahliye davası açmaksızın, İİK hükümleri uyarınca ilamsız tahliyesini talep yetkisi vermektedir. Kiraya verenin bu kolaylıktan yararlanabilmesi için şüphesiz yazılı tahliye taahhüdünün geçerli olarak verilmiş olması gerekir. Tahliye taahhüdünün geçerlilik şartları TBK m. 352/1’de belirtilmiştir. Buna göre tahliye taahhüdü yazılı olmalı⁶⁶, taahhüt kiracı veya yetkili temsilci tarafından verilmiş olmalı, tahliye taahhüdü kiralananın tesliminden sonra verilmiş olmalı ve taahhüt kiralananın belirli bir tarihte tahliye edileceği beyanını içermelidir.⁶⁷ Bunun yanında kiralananın aile konutu olması halinde tahliye taahhüdünün geçerliliği için kira sözleşmesine taraf olmayan eşin de tahliye taahhüdüne rıza göstermiş olması gerekir. Zira öğretide tereddütsüz bir şekilde ifade edildiği üzere TBK m. 349/1’de kira sözleşmesinin feshinden bahsedilmiş olmasına rağmen, fesih ile aynı sonucu doğuran tahliye taahhüdünde bulunulması bakımından da kira sözleşmesine taraf olmayan eşin rızası gerekir.⁶⁸ Öğretide söz konusu rızanın herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan verilebileceği ifade edilmektedir.⁶⁹

Rızanın verilme anı ise TBK m. 349/1’de öngörülen sınırlamanın hukuki niteliği konusunda kabul edilecek görüş çerçevesinde belirlenmektedir. Buna göre söz konusu sınırlamayı tasarruf ehliyeti sınırlaması olarak gören görüşe göre rızanın sonradan verilmesi mümkündür.⁷⁰ TBK m. 349/1’de öngörülen sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönündeki görüşümüz çerçevesinde kira sözleşmesine taraf olmayan eşin rızası, tahliye taahhüdünün verilmesi anında verilmiş olmalıdır. Rızanın bu andan sonra verilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

II. Tahliye Taahhüdü Takibine Karşı Aile Konutu İtirazında Bulunulması

İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 272 uyarınca yazılı bir kira sözleşmesi ile kiralanan bir taşınmaz, kira süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde sözleşmenin icra dairesine ibrazı suretiyle tahliye edilebilir. Ancak konut ve çatılı işyerlerinde yalnızca kira süresinin bitmesi bir tahliye sebebi teşkil etmediğinden ayrıca yazılı bir tahliye taahhüdünün varlığı şarttır.⁷¹ Genel haciz yolundan farklı olarak

⁶⁴ 1 aylık süreden sonra kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı sona ermektedir.

⁶⁵ Delipınar, s. 27 vd. Benzer yönde bkz. Özdemir, Furkan/ Çelik, Yiğit. “Uygulamada Yazılı Tahliye Taahhüdünden Kaynaklanan Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 73, s. 215.

⁶⁶ Tahliye taahhüdünün adi yazılı şekilde yapılması ve sözleşmenin altında sadece borç altına giren kiracının imzasının bulunması yeterlidir (Delipınar, s. 27 vd). Bununla birlikte İİK m. 275 uyarınca yazılı tahliye taahhüdüne dayalı takiplerde kiracının adi yazılı şekilde yapılmış tahliye taahhüdü altındaki imzayı inkâr ettiği takdirde alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edemez.

⁶⁷ Delipınar, s. 27 vd.; İnceoğlu, s. 424 vd.; Özdemir/ Çelik, s. 216 vd.; Sert Sütçü, s. 1497 vd.

⁶⁸ İnceoğlu, s. 425; Atabekoğlu, Fatma. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, *Kazancı Hakemli Dergisi*, C. 9, No. 103-104, 2013, s. 174; Delipınar, s. 27 vd.; Armutcuoğlu, s. 420; Sağlam, s. 36; Akçaal, s. 957; Özdemir/ Çelik, s. 220-222; Sert Sütçü, s. 1503.

⁶⁹ Sağlam, s. 35; İnceoğlu, s. 425; Armutcuoğlu, s. 427.

⁷⁰ Sağlam, s. 35; Akçaal, s. 957.

⁷¹ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 408; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 302; Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 768; Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 861.

takip talebine yazılı bir kira sözleşmesi ya da tahliye taahhüdünün eklenip eklenmediği, icra müdürü tarafından resen dikkate alınması gereken hususlardandır.⁷² İcra dairesi, yazılı kira sözleşmesi veya tahliye taahhüdü, bir aylık hak düşürücü süre⁷³ içinde ibraz edilmişse kiracıya bir tahliye emri gönderir. Tahliye emrini alan kiracı, yedi gün içinde kira sözleşmesi veya tahliye taahhüdüne ayrıca ve açıkça itiraz edebilir ya da kira sözleşmesinin yenilendiği, alacaklı tarafından uzatıldığı veya kanun gereğince sözleşme süresinin yenilenmiş sayıldığı itirazlarında bulunabilir.⁷⁴ Borçlunun itirazları ile takip durur.

Kiracının, kiralananın aile konutu olması nedeniyle tahliye taahhüdünün geçersiz olduğu itirazı, tahliye taahhüdünün inkârı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu itirazın hükümden düşürülüp takibe devam edilebilmesi için ya icra mahkemesinden itirazın kaldırılması istenmeli ya da sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açılmalıdır. Alacaklının icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını isteyebilmesi için tahliye taahhüdü noter tarafından düzenleme ya da onaylama şeklinde hazırlanmış olmalı veya tahliye taahhüdündeki imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş olmalıdır. İİK m. 275 çerçevesinde yalnızca tahliye taahhüdünün noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklinde ya da imzası ikrar edilmiş bir adi senetle düzenlendiği durumlarda, kiracı aynı kuvvette bir belge ile kiranın yenilendiğini veya uzatıldığını gösteremezse itiraz kaldırılır. Esasen icra mahkemesinin inceleyeceği husus, tahliye taahhüdünün niteliği ve aynı nitelikte bir belge ile kira süresinin yenilenip yenilenmediğini incelemekten ibarettir. Örneğin, taraflardan birisi adi yazılı tahliye taahhüdü altındaki imzaya itiraz ederse, icra mahkemesi imza incelemesi yaparak tahliye taahhüdünün geçerliliği hakkında bir inceleme yapamaz. Bu durumda mahkeme, itirazın kaldırılması talebini reddeder. Bu bağlamda şekli bir inceleme yapmakla yetkilendirilmiş icra mahkemesinin tahliye taahhüdünün diğer eşin rızası sebebiyle geçersiz olduğunu inceleyip inceleyemeyeceği tartışılmalıdır.

Kanaatimizce tahliye taahhüdüne dayalı olarak başlatılan icra takibinde itirazın kaldırılması yargılamasında, icra mahkemesi yalnızca şekli bir inceleme yapmakla görevlidir.⁷⁵ Bu incelemenin kapsamı iki husus ile sınırlandırılmıştır. İlki, tahliye talebinin dayanağının düzenleme veya onaylama şeklinde bir noter senedi veya imzası ikrar edilmiş bir sözleşmeye dayanıp dayamadığıdır. İkincisi ise, sözleşmenin yenilendiğine ya da uzatıldığına ilişkin kiracının sözü edilen nitelikte bir belge sunup sunmadığıdır. Bu bağlamda icra mahkemesi tahliye taahhüdünün diğer eşin rızası ile imzalanıp imzalanmadığı hususunu inceleyemez. Gerçekten TMK m. 194 ve TBK m. 349 kapsamında diğer eşin rızasının alınması herhangi bir şekil şartına da bağlı değildir.⁷⁶ Yalnızca soyut ve genel bir izin yerine açık bir rızanın varlığı gerekmektedir.⁷⁷ Bu noktada sınırlı bir yargılama yapan icra mahkemesinin bu rızanın varlığını araştırması mümkün değildir. Adi yazılı şekildeki tahliye taahhüdü altındaki imzaya itiraz edilirse imza incelemesi yapması dahi mümkün olmayan mahkemenin şekle bağlı olmayan bir rızanın varlığı ya da yokluğunu araştırması söz konusu olamaz⁷⁸. Bu nedenle kanaatimizce söz konusu

⁷² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 410; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 302; Postacıoğlu ve Altay, s. 769.

⁷³ Kuru, s. 862; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 408. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 303.

⁷⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 303; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 411; Kuru, s. 864-865.

⁷⁵ Gerçekten itirazın kaldırılması hakkında verilen karar yalnızca takip hukukunda etki doğurur. Bu yargılamada sınırlı bir inceleme yetkisine sahip olan icra mahkemesi, takip hukukunun dar kalıpları içerisinde ve her türlü delili serbestçe inceleme yetkisini haiz olmadan kesin hüküm oluşturmayan bir karar verir. Bkz. Kiraz, Taylan Özgür, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 42.

⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 168; Sağlam, s. 35; İnceoğlu, s. 425; Armutcuoğlu, s. 427.

⁷⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, *BK ZGB*, Artikel 169/Absatz 1, s. 400; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 168; Acar, s. 90.

⁷⁸ Kiracının tahliye taahhüdünün kesin hükümsüz olduğuna ya da yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle geçersiz olduğuna dair iddialarının icra mahkemesinin görevi dışında kaldığına ilişkin bkz. Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 393.

halde itirazın kaldırılmasına ve kiralananın tahliyesine karar verilmelidir⁷⁹.

İzah edilen hususlara ilaveten cevaplanması gereken bir başka soru, aile konutunun tespitine ve tahliye taahhüdünün geçersizliğine yönelik açılan bir davanın icra mahkemesince bekletici mesele yapılıp yapılamayacağıdır. Esasen İİK m. 68/4 uyarınca borçlunun murise ait bir alacaktan dolayı takibe maruz kaldığı durumlarda terekenin borca batık olduğuna dair ilam getirmesi için süre verilmesi dışında ileri sürülen iddia ve savunmalar bekletici mesele yapılamaz.⁸⁰ Ancak kira süresinin bitmesi nedeniyle tahliye düzenlenmiş hükümler arasında söz konusu maddeye atıfta bulunulmamıştır. Gerçekten İİK m. 274 hükmü itiraz bakımından yalnızca 63, 64 ve 65'inci maddelere atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle bekletici mesele yapmayı sınırlayan bir hüküm olmadığı düşünülebilir. Bu bağlamda itirazın kaldırılması yargılamasının genel özelliklerini ve özellikle kira sözleşmesi ve tahliye taahhüdünü inceleme konusundaki sınırlı yetkisini göz ardı etmemek gerekir. İtirazın kaldırılması, alacaklının ve borçlunun ispat faaliyetini yalnızca belirli belgelerle yerine getirebildiği ve sadece takip hukuku bakımından sonuç doğuran takip hukukuna özgü bir yoldur.⁸¹ Her ne kadar 68'inci maddeye bir atıf olmasa da bu durum itirazın kaldırılması yargılamasının niteliğini değiştirmez. Bir başka ifadeyle söz konusu yargılamanın itirazın kaldırılması yargılaması olduğu gerçeği değişmez. Yalnızca bu yargılama neticesinde icra inkâr tazminatı ve kötüniyet tazminatına hükmedilmez.⁸² Öte yandan kiralanın taşınmazın tahliyesine ilişkin itirazın kaldırılması talebi 6 aylık süreye tabi değildir.⁸³ Dolayısıyla itirazın kaldırılması yargılamasında yürütülen ispat faaliyeti, incelemenin sınırları ve yargılama usulü bir farklılık arz etmeyecektir. Bu nedenle tahliye taahhüdünün geçersizliğine yönelik açılan dava, icra mahkemesinde görülen itirazın kaldırılması yargılamasında bekletici mesele yapılamaz.⁸⁴

III. Yazılı Tahliye Taahhüdü Verilen Kiralananın Aile Konutu Olduğu İddiasının Şikâyet ile İleri Sürülmesi

İcra hukukunda şikâyetin konusu, somut bir sorun karşısında icra ve iflâs dairelerinin olumlu veya olumsuz davranış biçimidir.⁸⁵ Bu bağlamda, icra organlarının takip hukukuna ilişkin görevlerini yapmadığı veya yanlış yaptığı hallerde şikâyet yoluna başvurulabilir.⁸⁶ Tahliye taahhüdüne dayalı olarak başlatılan icra takibi kapsamında, genel haciz yolundan farklı olarak takip talebine yazılı bir kira sözleşmesi ya da tahliye taahhüdünün eklenip eklenmediği, icra müdürü tarafından resen dikkate

⁷⁹ Benzer yönde Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 393.

⁸⁰ İİK m. 68/4; "Borçlu murisine ait bir alacak için takibedilmekte olup da, terekenin borca batık olduğunu ileri sürerse bu hususta ilam getirmesi için kendisine münasip bir mühlet verilir. Bunun dışında itirazın kaldırılması talebinin kabul veya reddi için ileri sürülen iddia ve savunmalar bekletici mesele yapılamaz"

⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 122-123; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 165; Postacıoğlu ve Altay, s. 240-241; Kuru, s. 276.

⁸² Yar. 6. HD, E.2009/10449, K.2009/9259, 02.112009; "İİK 272 ve devamı maddelerinde tazminat öngörülmediği gibi İİK 68. maddesinin uygulanacağı da belirtilmediğinden alacaklı yararına yıllık kira miktarı üzerinden inkar tazminatı hükmedilmesi doğru olmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (Lexpera)

⁸³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 304; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 413.

⁸⁴ Yar. 12. HD, E.2022/9584, K.2023/2309, 04/04/2023; "...taşınmazın tapu kaydına aile konutu şerhi işlenmesine dair davanın davacı tarafından eldeki davanın karara bağlanmasından sonra istinaf dilekçesinin sunulduğu 21.04.2021 tarihinde açıldığı, UYAP üzerinden yapılan sorgulama ile elde edilen taşınmaza ait güncel tapu kaydında halen davacı lehine verilmiş şerh ya da aile konutu şerhinin bulunmadığı, İcra Mahkemelerinin önlerine gelen uyumsuzluğu takip hukuku kurallarına göre ve basit usulde yargılama yaparak çözmekle görevli olduğu, takip hukukuna ilişkin uyumsuzlukları çözüme görevini yerine getirirken bir başka dava dosyasının bekletici mesele yapılamayacağı." (Kazancı)

⁸⁵ Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil. *İcra İflas Hukukunda Şikâyet*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 59; Kuru, s. 104; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 63; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 51.

⁸⁶ Kuru, s. 105. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 64.

alınması gereken hususlardandır.⁸⁷ Bir başka deyişle, icra müdürünün bu hususu göz ardı etmesi şikâyete konu edilebilir.

Kiralanan taşınmazın tahliyesine ilişkin takip kapsamında şikâyetin konusu, icra takibine kira sözleşmesi veya tahliye taahhüdünün eklenip eklenmediğidir. Şayet icra müdürlüğünce, tahliye taahhüdü olmaksızın kiracıya bir tahliye emri gönderilmişse şikâyet yolu ile işlemin iptali istenebilir. Bununla birlikte takibe eklenen kira sözleşmesinin ya da tahliye taahhüdünün geçerli olup olmadığını incelemek icra müdürünün görevi değildir. Dolayısıyla icra müdürünün takip hukukuna ilişkin bir görevini yerine getirmediğinden ya da eksik veya hatalı bir işlem tesisinden söz edilemeyeceğinden bahisle tahliye taahhüdünün geçersizliğinin şikâyet yoluyla ileri sürülemeyeceği düşünülebilir. Gerçekten tahliye taahhüdünde diğer eşin rızasının bulunmaması, icra müdürlüğünce incelenebilecek bir husus değildir. Keza icra müdürlüğü kiralananın aile konutu olup olmadığına dair bir inceleme de yapamaz. Bununla birlikte Yargıtay, kiralananın aile konutu olduğu iddiasının şikâyetle ileri sürülebileceğini, icra mahkemesinin aile konutunun tespitine yönelik açılmış bir davanın varlığını araştırmasını ve açılmış bir dava yoksa şikâyetçiye dava açma yetki ve olanağının verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁸ Ancak Yargıtay hukuka aykırı ya da hatalı veya eksik bir icra dairesi işlemi yok iken şikâyet yolunun işletilebilmesine bir gerekçe göstermemektedir.

Kanaatimizce bu noktada şikâyet yolu iki şekilde işletilebilir. Bunlardan ilki, tahliye taahhüdüne dayalı icra takibi başlatılmadan önce, kiracının eşi tarafından kiralayana bir bildirimde bulunmuş olma halidir. Kiracının eşi kiralananın aile konutu olduğu yönünde ispata elverişli bir şekil ile kiralayana bildirimde bulunmuş olup da söz konusu bildirim takip dosyasına sunulursa icra müdürlüğü takibi kendiliğinden durdurmalıdır. Zira artık takibin dayanağı olan tahliye taahhüdü kesin hükümsüz hale gelmiştir. Bir başka ifadeyle takibe eklenmesi gereken tahliye taahhüdü geçerliliğini kaybettiği için İİK m. 272/1'de yer alan koşul sağlanamamıştır. Buna rağmen icra müdürlüğü takibi durdurmaz ise takibin iptali için icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurulabilir.

İkincisi ise, aile konutuna ilişkin TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümlerinin kamu düzenine ilişkin olmasıdır. Söz konusu kurallar, kamu yararı amacıyla getirilmiş emredici nitelikte hükümlerdir.⁸⁹ Bu nedenle diğer eşin rızası alınmaksızın tanzim edilen tahliye taahhüdü kesin hükümsüzdür.⁹⁰ Bu geçersizlik hem takibin taraflarınca hem de menfaati ihlal edilen üçüncü kişi olarak rızası alınmayan eş tarafından icra mahkemesinde süresiz şikâyet ile ileri sürülebilir. Gerçekten kamu yararı amacıyla

⁸⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 410; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özkes, s. 302; Postacıoğlu ve Altay, s. 769.

⁸⁸ Yar. HGK, E.2005/12-676, K.2005/600, 26.10.2005; Yar. HGK, E.2005/12-652, K. 2005/583, 19.10.2005 (Kazancı); "**Bu hüküm göstermektedir ki, aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır. Takibe ve tahliye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilemediğinin araştırılması gerekecektir. Öyleyse, mahkemece öncelikle bu iddia üzerinde durulmalı ve şikâyetçinin bu yerin "aile konutu" olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığı, araştırılmalı; sonucuna göre gerektiğinde şikâyetçiye tahliyesi istenen taşınmazın aile konutu olduğunu ispata yönelik olarak aile mahkemesine dava açma yetkisi ve olanağı verilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2005 gün ve 2005/12-652 esas ve 2005/583 karar sayılı ilamında da vurgulanmıştır...yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı (BOZULMASINA)."** Benzer yönde bkz. Yar. 12. HD, E.2013/11579, K.2013/18318, 13.05.2013; Yar. 12. HD, E.7966 K. 1122, 26.05.2006; Yar. 12. HD, E.2016/4773, K.2016/22776, 01.11.2016; Yar. 12. HD, E.18256, K.21472, 02.12.2008; Yar. 12. HD, E.2014/14428, K.2014/16965, 11.06.2014; Yar. 12. HD, E.2014/14427, K.2014/16966, 11.06.2014; Yar. 12. HD, E.3776, K.7329, 13.03.2014; Yar. 12. HD, E.2701, K.5362, 26.02.2014. (e-uyar.com)

⁸⁹ Acar, s. 17; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 65.

⁹⁰ Bu durumda, fesih beyanına rağmen kira sözleşmesi geçerliliğini korur ve bu durum, mutlak, düzeltilmesi mümkün olmayan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hükümsüzlük hali ortaya çıkarır. (Yavuz/Acar/Özen, s. 650.

getirilmiş maddi hukukun emredici hükümlerinin ihlali de şikâyetin konusunu teşkil etmektedir.⁹¹ İcra mahkemesi bu durumda işlemlerin iptaline karar verir.⁹² Buna karşın Yargıtay 12. HD, yakın tarihli bir kararında, icra mahkemelerinin uyuşmazlıkları takip hukuku kurallarına göre çözmekle görevli olduğunu ve bir başka dava dosyasının bekletici mesele yapılamayacağını kabul etmiştir.⁹³ Oysa icra mahkemelerinin şikâyet yargılamasındaki sınırlı inceleme yetkisi, kamu düzenini ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere şikâyet sebepleri ile bağıllığı ifade etmektedir.⁹⁴ Esasen şikâyet yargılamasında icra mahkemesi, şikâyetin çözümlenebilmesi için gerekli maddi hukuka ilişkin ön sorunları⁹⁵ inceleyebilir, gerektiğinde bekletici mesele yapabilir, tanık, bilirkişi görüşü, keşif delillerine başvurabilir.⁹⁶ Bu bağlamda geçersiz bir tahliye taahhüdü ile başlatılan icra takibi üzerine gerçekleştirilen şikâyet yargılamasının konusu, tahliye taahhüdünün geçersiz olup olmadığıdır. Bu çerçevede konunun aile konutu olup olmadığı bir ön sorun teşkil etmektedir. Şikâyet yargılamasını gören icra mahkemesi, tahliye taahhüdünün geçersizliğini tespit etme kapsamında kiralananın aile konutu olup olmadığı sorununu kendisi çözmelidir. İcra mahkemesinin şikâyetin çözümlenebilmesi için gerekli olan maddi hukuka ilişkin ön sorunları bekletici sorun olarak kabul edip çözmekten kaçınması doğru değildir.⁹⁷ Bu bağlamda şikâyet açısından geçerli olmak kaydıyla bu tür sorunları karara bağlamalıdır.⁹⁸

Kiralananın aile konutu niteliği, eşlerin bu yöndeki iradesi ile belirlenmektedir.⁹⁹ Ancak yalnız başına eşlerin bir yeri aile konutu haline getirme yönündeki niyetleri yeterli olmayıp eşlerin iradesinin üçüncü kişilerce objektif olarak bilinebilir olması ve konutun fiilen aile konutu olarak kullanılması gerekir.¹⁰⁰ Bir başka ifadeyle yalnızca eşlerin iradesi ile belirlenebilecek ve bir yargılamayı gerektirmeyen bu husus hakkında uygulamada yapıldığı üzere aile mahkemesinde açılan aile konutunun tespiti davasını bekletici mesele yapmaya ihtiyaç ve gerek yoktur. Her koşulda doğrudan aile mahkemesinde aile konutunun tespitine yönelik açılacak bir davanın varlığı ve bu davanın bekletici mesele yapılmasına yönelik yanlış uygulama, esasen malik olunan taşınmazlar için aile konutu şerhinin talep edilmesine yönelik tespit davasından kaynaklanmaktadır. Fakat sözü edilen durumda eşlerden birisinin maliki olduğu taşınmazın aile konutu olup olmadığı konusunda kendi aralarında bir çekişme söz konusudur.¹⁰¹ Kural olarak bu durumda bile bir mahkeme kararına gerek olmaksızın malik olmayan eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhinin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. (TMK m.194/3) Eş, yenilik doğuran bu hakkını tek taraflı bir irade beyanıyla kullanır.¹⁰² Bu nedenle tek taraflı bir irade beyanıyla aile konutu niteliğini kazanan kiralananın bu niteliğini tespit için ayrı bir dava açılmasında

⁹¹ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 70. Şikâyetin maddi hukuka değil, yalnızca takip hukukuna ilişkin hükümlerin yanlış uygulandığı durumlarda söz konusu olacağı yönündeki görüş için bkz. Kuru, s. 105.

⁹² Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin/Özkan/Özekes, s. 71.

⁹³ Yar. 12. HD, E.2022/9584, K.2023/2309, 04.04.2023. (Kazancı)

⁹⁴ Pekcanıtez/Simil, s. 332.

⁹⁵ Vock, Dominik/Müller, Danièle. *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, s. 57; BGE 101 III 1 E. 3; BGE 120 III 163, E. 2. Örneğin, takas koşullarının oluşup oluşmadığı, kefaletin geçerliliği gibi ön sorunları inceleyip şikâyet açısından geçerli olmak koşuluyla karara bağlayabilir.

⁹⁶ Pekcanıtez/Simil, s. 338.

⁹⁷ Pekcanıtez/Simil, s. 338.

⁹⁸ Postacıoğlu, İlhan. *İcra ve İflas Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 77-78; Pekcanıtez/Simil, s. 338; Staehelin, Adrian/Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1-158 SchKG)+II (Art. 159-352 SchKG)*, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2010, Art. 17, N. 13; Postacıoğlu, s. 77-78.

⁹⁹ Giger, *BK OR*, 324-325; Yılmaz, s. 283; Acar, s. 19; Öztan, s. 299.

¹⁰⁰ Gümüş, *Mal Rejimleri*, 66.

¹⁰¹ Gençcan, s. 660.

¹⁰² Öztan, s. 323; Gençcan, s. 747; Gümüş, *Mal Rejimleri*, 665; Hatemi, s. 71.

hukukî yarar da yoktur.¹⁰³ Kiralananın tapu siciline böyle bir şerhin verilmesi için ise kiralayanın muvafakati ve şerh talebi harcama işlemi yapması gerekmektedir.¹⁰⁴ Dolayısıyla icra mahkemesi tarafların iradelerine ve kiralananın aile konutu niteliklerini taşıyıp taşımadığına bakarak tahliye taahhüdünün geçerli olup olmadığına ve bu bağlamda takibin geçersizliğinin tespitine ve iptaline karar vermelidir.

IV. Aile Konutu İtirazının Sulh Hukuk Mahkemesi Önünde İleri Sürülmesi

A. Genel Olarak

Kiracının tahliye emrine karşı itiraz etmesi halinde tahliye takibi durur (İİK m. 274/2). Söz konusu itirazın bertaraf edilmesi amacıyla kiraya verenin itirazın kaldırılması yoluna başvurması mümkündür. Bununla birlikte kiraya veren, itirazın kaldırılması yoluna başvurmayıp veya itirazın kaldırılması talebi reddedildikten sonra sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmak suretiyle de kiralananın tahliyesini sağlayabilir.

Kiraya veren tarafından açılan bu davada, kiracının kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tahliye taahhüdüne rızasının bulunmadığı ve bu nedenle taahhütnamenin geçersizliği iddiasını ileri sürmesi halinde, söz konusu iddianın sulh hukuk mahkemesince incelenip incelenmeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Tahliye takibi başladıktan sonra kiracı, tahliyesi talep edilen konutun aile konutu olduğuna ilişkin itirazını takibe itiraz ile ileri sürmenin yanında ayrıca kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tahliye taahhüdüne rızasının bulunmadığı ve bu nedenle taahhütnamenin geçersizliğinin ve kiraya verenin takip yapma hakkının bulunmadığının tespiti amacıyla dava açabilir. Bu halde açılacak dava menfî tespit davası mahiyetinde olmakla birlikte söz konusu davanın hangi mahkemede açılacağı ve davada takibe yönelik tedbir kararı verilip verilemeyeceği hususları açıklığa kavuşturulmalıdır.

B. Kiraya Veren Tarafından Sulh Hukuk Mahkemesinde Açılan Davada Aile Konutu İtirazının İleri Sürülmesi Ve İncelenmesi

1. Genel Olarak

İcra takibine itiraz üzerine kiraya verenin tahliyeyi sağlamak amacıyla açtığı davanın hukuki niteliğinin tespiti, davada verilen kararın icrası ve davanın açılacağı süre bakımından önem arz etmektedir.

Bu konuda öğretide hâkim olan görüş, kiraya verenin kiralananın tahliyesi amacıyla açtığı davanın genel hükümlere tabi bir tahliye davası olduğu yönündedir.¹⁰⁵ Buna göre bu davayı genel haciz yolu ile takipteki gibi itirazın bertaraf edilmesi için başvuru itirazın iptali davası olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin hükümlerde (İİK m. 269/d, m. 274) itirazın iptali davasının düzenlendiği İİK m. 67 hükmüne bilinçli bir şekilde atıf yapılmamıştır.¹⁰⁶ Benzer şekilde itirazın kaldırılmasını düzenleyen İİK m. 275'te itirazın kaldırılması talebi reddedilen kiraya verenin genel hükümlere göre dava açma hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, kiraya veren tarafından açılacak tahliye davası HMK m. 4/1-a hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte uygulama, kiraya veren tarafından açılan bu davayı, itirazın iptali davası olarak

¹⁰³ Bkz. IV.B.2.

¹⁰⁴ Hatemi, s. 71.

¹⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 303; Kuru, s. 881.

¹⁰⁶ Kuru, s. 858, 881.

görmekte ve bu davada, takibe itirazın iptaline ve takibin devamına şeklinde karar verilmektedir.¹⁰⁷ İstinaf yargılamasının fiilen hayata geçmesinden önce bu konudaki kararlara karşı temyiz başvurularını inceleyen 6. HD¹⁰⁸, tahliye taahhütnamesine dayalı takiplerde itirazın iptali davası açılmasında ve ilk derece mahkemesince itirazın iptali ile takibin devamına kararlar verilmesinde hukuka aykırı bir yön bulmamakta idi. Daire söz konusu kararlarında davanın niteliğini tartışma konusu yapmaksızın itirazın iptali davasına cevaz vermekte idi.¹⁰⁹ Bununla birlikte Daire İİK m. 272 hükümlerinde icra tazminatına ilişkin hükümlere yer verilmediği gerekçesi ile itirazın iptali davasında kiraya veren lehine bir yıllık kira bedeli üzerinde hükmedilen icra tazminatını hukuka aykırı bulmuştur.¹¹⁰ Yine bir başka kararında 6. HD. tahliye taahhütlerine dayalı takiplerde takip konusunun kira alacağı olmadığı (para alacağı) gerekçesi ile icra tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.¹¹¹

Kiraya veren tarafından açılan davanın İİK m. 67 anlamında itirazın iptali davası olarak kabul edilmesi, davanın açılma süresi bakımından önem arz eder. Zira TBK m. 352 uyarınca kiraya verenin tahliye taahhütnamesine dayalı olarak tahliye davasını, taahhütnamede belirtilen süreden sonraki 1 aylık süre içinde açması gerekir. Aksi halde hak düşürücü süre nedeni ile davanın esastan reddedilmesi

¹⁰⁷ Adana BAM, 5. HD, E.2020/849, K.2022/993, 7.4.2022 sayılı kararda ilk derece mahkemesinde davanın kabulü ile İskenderun İcra Müdürlüğü'nün 2019/24106 esas sayılı takip dosyasına yapılan itirazın iptaline, takibin kaldığı yerden devamına karar verilmiş ve karar BAM tarafından hukuka uygun bulunmuştur. İstanbul BAM, 36. HD, E.2017/2567, K.2019/249, 13.2.2019 sayılı kararında ilk derece mahkemesinin davanın kabulüne ilişkin hükümde "itirazın iptaline" şeklinde hüküm kurmamış olması nedeniyle hüküm sonucunu düzeltmiştir. "*Mahkemece, "davanın kabulüne" ibaresi ile hükmün davanın kabulüne ilişkin olduğunu belirttiği ancak itirazın iptali talebini tam olarak ifade eden ve infazda tereddüt yaratmayacak şekilde bir hüküm kurmamış olduğu anlaşılmış, hükmün infazına ilişkin hatalar kamu düzeni kapsamında bulunduğundan HMK.355.madde gereğince hüküm kısmındaki bu eksikliğin düzeltilmesi gerektiği anlaşılmıştır... ilk derece mahkemesinin kararının H.M.K.'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince KALDIRILMASINA, dairemizce yeniden hüküm kurularak; 2-A) Davacının davasının KABULÜ ile Küçükçekmece 2. İcra Müdürlüğü'nün 2016/8627 Esas sayılı dosyasında borçlu-davalının takibe yaptığı İTIRAZIN İPTALİNE, takibin devamına," (Lexpera)*

¹⁰⁸ HMK m. 362/1 uyarınca tahliye davalarında 3 aylık kira bedeli, temyiz sınırının üzerinde ise bu konuda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilmektedir.

¹⁰⁹ Yar. 6. HD, E.2014/7025, K.2014/10145, 22.9.2014; Yar. 6. HD, E.2007/12812, K.2007/1522, 19.02.2007; Yar. 6. HD, E.2009/12238, K.2010/2452, 8.3.2010; Yar. 6. HD, E.2012/16860, K.2013/11230, 27.6.2013; Yar. 6. HD, E.2006/1357, K.2007/148, 18.09.2007; Yar. 6. HD, E.2014/11422, K.2014/12971, 25.11.2014; Yar. 6. HD, E.2010/2015, K.2010/6263, 26.5.2010; "...kiralanda oturulurken serbest irade ile verilen ve imzası inkâr edilmeyen taahhütnamenin geçerli olduğunun kabulü ile itirazın iptaline, takibin devamına ve kiralananın tahliyesine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir." Yar. 6. HD, E.2008/13126, K. 2008/1197, 11.02.2008; "...tevali eden tahliye taahhütleri geçerli olduğundan her yıl yenilenen sözleşmelerde tahliye taahhüdü alınması en son kiralanda oturulurken verilen tahliye taahhüdünü geçersiz kılacağı gibi tahliye taahhüdü son dönem yenilenen kira sözleşmesi süresi içinde kalmaktadır. Bu nedenle yenilenen sözleşmenin bitiş tarihinin 20.12.2006 olması, 10.5.2006 düzenleme ve 30.10.2006 tahliye tarihli taahhütnamenin geçersiz olduğu anlamına gelmez. O nedenle davanın kabulü ile itirazın iptaline ve tahliyeye karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir." (Lexpera)

¹¹⁰ Yar. 6. HD, E.2009/10449, K.2009/9259, 2.11.2009; "*Davalının süresinde takibe itiraz etmesi üzerine davacı genel mahkemeye müracaat ederek itirazın iptalini istemiştir. Mahkemece itirazın iptaline kiralananın tahliyesine ve yıllık kira miktarı üzerinden % 40 icra inkâr tazminatına karar verilmiştir. İİK 272 ve devamı maddelerinde tazminat öngörülmediği gibi İİK 68. maddesinin uygulanacağı da belirtilmediğinden alacaklı yararına yıllık kira miktarı üzerinden inkâr tazminatı hükmedilmesi doğru olmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.*" Aynı yönde Yar. 6. HD, E.2008/214, K.2009/345, 23.11.2009; Yar. 6. HD, E.2012/17411, K.2013/1332, 30.1.2013. (Lexpera).

¹¹¹ Yar. 6. HD, E.2015/1897, K.2016/41, 18.1.2016; "*İ.İ.K'nın 67. maddesinde düzenlenen inkâr tazminatına ilişkin düzenleme alacağın tahsilini geciktirmeye yönelik haksız itirazları önleme amacı taşımaktadır. Takibin konusu kira alacağı olmayıp dayanağı tahliye taahhüdüdür. Bu nedenle davalı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*" Benzer değerlendirmeler için bkz. Yar. 6. HD, E.2013/7709, K.2013/17307, 25.12.2013; Yar. 6. HD, E.2009/14119, K.2009/2390, 23.03.2009. (Lexpera).

gerekir. Bununla birlikte söz konusu davanın İİK hükümlerine göre itirazın iptali davası olarak kabul edilmesi halinde TBK m. 352’de öngörülen 1 aylık sürenin icra takibi ile sağlandığı ve icra takibinden sonra (itirazın iptali davası olarak) sulh hukuk mahkemesinde açılan davanın da süresinde açıldığı kabul edilmelidir. Öğretide Kuru, tahliye amacıyla icra takibinden önce açılan davanın TBK m. 352 öngörülen 1 aylık sürede açılması gerektiğini, bununla birlikte 1 aylık süre içinde başlatılan icra takibinden sonra açılan tahliye davasının bu süreye tabi olmadığını ifade etmektedir.¹¹² Yazarın, davayı tahliye davası olarak nitelendirmesine ve davanın itirazın iptali davası olarak kabul edilmesine karşı çıkmasına rağmen, davayı, dava açma süresi bakımından icra takibi ile ilişkilendirmesi kanaatimizce isabetli değildir. Uygulamada ise icra takibinden sonra açılan tahliye davası, itirazın iptali davası olarak kabul edilmekte ve davanın TBK m. 352’de öngörülen sürede açılıp açılmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmamakta, buna ihtiyaç duyulmamaktadır.

Davanın hukuki niteliği, dava sonucunda verilen kararın icrası bakımından da önem arz etmektedir. Uygulamada söz konusu dava, itirazın iptali davası olarak görülmekte ve davada alınan ilam ile mevcut icra takibine devam edilmektedir. Bununla birlikte söz konusu davanın tahliye davası olarak kabul edilmesi halinde, davada alınacak ilam ile ayrı bir ilamlı takip yapılması gerekir. Kanaatimizce itirazdan sonra sulh hukuk mahkemesinde açılan davayı itirazın iptali davası olarak nitelendirmek daha isabetlidir.

2. Aile Konutu İtirazının İncelenmesi

Sulh hukuk mahkemesinde açılan tahliye davasına (itirazın iptali davasına) karşı kiracı, tahliyesi talep edilen konutun aile konutu olduğu ve diğer eşin tahliye taahhüdüne rızasının bulunmadığı itirazını ileri sürebilir. Kiracının söz konusu itirazlarının, sulh hukuk mahkemesinin itirazın iptali davasında vereceği karar bakımından ön sorun ve teknik anlamda bekletici sorun teşkil ettiği söylenebilir.¹¹³ Zira kiracının tahliye takibine itirazının münhasıran kiralananın aile konutu olduğuna ve eşin tahliye taahhünamesine rızasının bulunmadığına yönelik olması halinde, itirazın iptali talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar, kiralananın aile konutu olup olmadığının ve/veya akabinde eşin rızasının olup olmadığının tespitine bağlıdır. Aile konutu ile ilgili uyuşmazlıklar da görev kuralları bakımından aile mahkemesinin görev alanında kaldığından¹¹⁴, söz konusu ön sorun, teknik anlamda bekletici sorundur. Yargı kararlarında da kiracı tarafından kiralananın aile konutu olduğuna yönelik itirazının sulh hukuk mahkemesince dinlenebilmesi için bu konuda bir aile mahkemesi kararının bulunması gerektiği, söz konusu itirazın sulh hukuk mahkemesince değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.¹¹⁵ Yine söz konusu iddia hakkında aile mahkemesine bir başvuru yapıldığı takdirde, mahkemece verilecek kararın bekletici mesele yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁶

Kanaatimizce kiracının, “konutun aile konutu olduğu” ve “diğer eşin taahhüde rızasının

¹¹² Kuru, s. 881.

¹¹³ Ön sorun hakkında bkz. Özmumcu, Seda. *Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 4 vd.; Pekcanitez, Hakan. “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 1980, s. 251. Ayrıca bkz. Özekes, *Pekcanitez Usul*, s. 1394 vd, 1403; Aşık, İbrahim. *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 40 vd; Özmumcu, s. 37-39.

¹¹⁴ 4787 Sayılı Kanun m. 4/1.

¹¹⁵ İstanbul BAM, 36. HD, E.2017/2567, K.2019/249. 13.2.2019; “*Medeni Kanun’un 194.maddesi anlamında "aile konutu"ndan söz edilebilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, kiracı olunan yerin "aile konutu" olarak özgülendiğine dair karar verilmiş olması gereklidir.*” Aynı yönde Antalya BAM, 6. HD, E.2022/1054, K.2022/1010, 24.5.2022; Yar. 8. HD, E.2017/4794, K.2018/11923, 2.5.2018; Yar. 2. HD, E.2011/3670, K.2011/21665, 12.12.2011. (Lexpera)

¹¹⁶ Yar. 12. HD, E.2013/11579, K.2013/18318, 13.5.2013. (Lexpera)

bulunmadığı” itirazları, verilen tahliye taahhüdünün geçersizliği iddiasının birer koşul vakıalarıdır. Daha açık bir ifade ile bize göre sulh hukuk mahkemesinde -tahliye amacıyla- açılan itirazın iptali davasında dava konusu (inceleme konusu), tahliye taahhüdünün geçerli olup olmadığının tespitidir. Taahhüde konu kiralananın “aile konutu olması” ve “diğer eşin açık rızasının bulunmaması” iddiaları ise tahliye taahhüdünün geçersiz olduğu sonucu (hukuki sonuç) bakımından, koşul vakıa konumundadırlar. Zira TBK m. 349/1 uyarınca tahliye taahhüdünün geçerli olabilmesi (hukuki sonuç) için konutun aile konutu olması halinde diğer eşin açık rızasının varlığı, koşul vakıa olarak belirlenmiştir.

Tahliye taahhüdünün geçersizliğine neden olan iddialardan, kiralananın aile konutu olduğu ve diğer eşin tahliye taahhüdüne rızasının bulunmadığı iddiaları, geçersizlik iddiası bakımından hem koşul vakıa hem de ön sorun niteliğindedir. Acaba sulh hukuk mahkemesi tahliye taahhüdünün geçersizliği bakımından aşılması gereken ve kural olarak kendi görev alanına girmeyen bu ön sorun hakkında karar verebilecek midir? Yoksa bu konuda görevli mahkemeden bir karar getirilmesini bekletici mesele mi yapacaktır?

Hukuk Muhakemeleri Kanununda bekletici mesele yapılması zorunlu tutulmamıştır (HMK m. 165).¹¹⁷ Bu nedenle davaya bakan mahkemenin, kendisine yöneltilen talep hakkında karar verirken, kendisinin görevli olmadığı bir ön sorun hakkında da karar vermesinin mümkün olduğu söylenebilir. Türk öğretisinde davaya bakan mahkemenin, görev alanı dışında kalan hususlar da karar vermeye yetkili olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹¹⁸ İsviçre öğretisinde de dava mahkemesinin ön sorunlar hakkında karar verirken de görev kuralları bakımından bir sınırlamaya tabi olmadığı¹¹⁹, hatta davalı tarafından ayrı bir davada ileri sürülmesi halinde farklı bir mahkemenin görev alanına girebilecek uyuşmazlıkların, davacı tarafından açılan görevli mahkemede ileri sürülmesi halinde, mahkemece bunların incelenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹²⁰ Alman hukukunda da bekletici mesele yapılması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmiştir.¹²¹

Söz konusu uygulama, usul ekonomisine hizmet eden «le juge de l’action est le juge de

¹¹⁷ Özmumcu, s. 38.

¹¹⁸ Pekcanitez, s. 262; Belgesay, M. Reşit. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1*, İstanbul, 1949, s. 102. Pekcanitez HUMK hükümlerine bakarak, davanın mahkemesinin her durumda görev alanı dışında kalan konularda da karar verebileceğinin söylenmesinin sağlıklı olmayacağını, ancak idari yargının görev alanına giren konular ve evlilik, nesep gibi objektif konularda dışında bekletici mesele uygulamasının geniş tutulmaması gerektiğini, bekletici mesele kararı verilmeden önce fayda ve zarar değerlendirmesi yapılması gerektiğini ifade etmektedir. (Pekcanitez, s. 262)

¹¹⁹ Berger, Bernhard. *Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Stämpfli, Bern, 2012, Art. 4, N 11. Hatta bu çerçevede hukuk mahkemesinin idare hukukuna ait sorunları ön sorun olarak inceleyip karara bağlayabileceği de ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Rüetschi, Sven. *Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess*, Dike Verlag, Züriç, 2011, s. 72-73, 80; Berger, BK ZPO, Art. 1, N 20; BGE 106 II 365; 131 III 546 E. 2.3.

¹²⁰ Berger, BK ZPO, Art. 4, N 10; Rüetschi, s. 80; Habscheid, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht – ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, Basel/Frankfurt, 1990, §45, N 562. BGE 85 II 103 E. 2b; BGE 124 III 207 E. 3b/bb. Rüetschi, eserinde, dava mahkemesinin, görev alanına girmeyen ön sorunlar hakkında da karar vermesine yönelik uygulama ve serbestliğinin Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında hâkim yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Rüetschi, s. 79.

¹²¹ Wendtland, Holger. *BeckOK ZPO*, Herausgeber Volkert Vorwerk, Christian Wolf, C.H.Beck, München, 2020, ZPO § 148, N. 13; Fritsche, Jörn. *Münchener Kommentar zur ZPO*, Herausgeber Wolfgang Krüger, Rauscher, München-Frankfurt, 2020, ZPO § 148, N 14; Wöstmann, Heinz. *Zivilprozessordnung*, Herausgeber Ingo Saenger, Nomos, Baden-Baden, 2023, ZPO § 148 Rn. 7; Greger, Reinhard. *Zivilprozessordnung*, Ottoschmidt, Köln, 2024, ZPO §148, N 7. Bekletici meseleyi düzenleyen Alman Medeni Usul Kanunu § 148/1’e göre, “Mahkeme, uyuşmazlığın çözümünün tamamen veya kısmen, derdest başka bir uyuşmazlığın konusu olan veya idari bir makam tarafından karara bağlanacak olan bir hukuki ilişkinin varlığına veya yokluğuna bağlı olması halinde, uyuşmazlık çözülünceye veya idari makam bir karara verilince kadar yargılamanın ertelenmesine karar verebilir”.

l'exception» ilkesine¹²² ve bu ilkenin bir nevi karşılığı olan BGG m. 31'de ifade edilen Federal Mahkemenin uyuşmazlık konusu hakkında görevli olması halinde, ön sorunlar hakkında da görevli olacağına ilişkin hükmüne dayandırılmaktadır.¹²³ Yine dava mahkemesinin ön sorunlar hakkında karar verebilmesi, mükerrer yargılamaların yapılmasının önlenmesine de katkı sağlar. Ayrıca mahkemenin ön sorunlar hakkındaki kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, ön sorun hakkındaki kararın sonradan ortadan kaldırılması mümkündür.¹²⁴ Bu nedenle itirazın iptali davasına bakan sulh hukuk mahkemesince kiralanın aile konutu olduğuna yönelik iddia incelenmeli ve bu konuda bir karar verilmelidir.

Kanaatimizce kiralanın aile konutu olması hususu, bekletici mesele kararı çerçevesinde başvuru yapılacak ve sadece bu hususu konu alabilecek bir davaya konu olabilecek nitelikte bir sorun değildir. Bize göre kiralanın aile konutu olduğuna yönelik müstakil bir tespit davası açılması mümkün değildir.¹²⁵ Zira yukarıda da ifade edildiği üzere bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için bu konuda tarafların iradeleri yeterli olup, ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile aile konutu olarak kullanılan bir konutun, TBK m. 194'te öngörülen hukuki korumadan yararlanabilmesi için özel bir tespit kararına ihtiyaç yoktur. Konut aile konutu olarak kullanılıyorsa, bu durumun üçüncü kişiler tarafından bilinip bilinmemesi ya da bir mahkeme kararında tespit edilip edilmemesi önemli olmaksızın; konut, yine de Kanunda öngörülen yasal korumadan yararlanmaktadır. Dolayısıyla tahliye taahhüdünün geçersizliği iddiası bakımından konutun aile konutu olması durumu bir ön sorun olmasına rağmen, bu sorun bağımsız bir davaya konu edilebilecek bir sorun değildir. Daha açık bir ifade ile eşlerden birinin kullanılan konutun aile konutu olduğunun tespitini bir dava ile talep etmelerinde hukuki yararı yoktur.

Dolayısıyla kiraya veren tarafından açılan itirazın iptali davasında, kiralananın aile konutu olduğuna yönelik iddianın sulh hukuk mahkemesi tarafından incelenmesi pekâlâ mümkündür. Sulh hukuk mahkemesinin taahhüdün geçersizliği konusunda bir karar verebilmesi için konutun aile konutu olduğuna yönelik aile mahkemesinin bir kararına ihtiyacı yoktur, bu hususu kendisi de tespit edebilmelidir. Ayrıca yukarıda anılan itirazlar üzerine açılan itirazın iptali davalarında taraflar arasındaki çekişmeli olan vakıa diğer bir ifade ile uyuşmazlığın çözümü bakımından tespiti gerekli olan vakıa, taahhütnameye diğer eşin rızasının bulunup bulunmadığıdır. Zira uygulamada söz konusu durumlarda çoğunlukla kiraya veren tarafından da kiralananın aile konutu niteliğine itiraz edilmemekte veya karşı çıkılmamaktadır. Hatta ülkemizde çoğu kiraya veren tarafından kiralananın ailelerce kiralanması tercih edilmektedir. Bu nedenle itirazın iptali davalarında kiralananın aile konutu olarak kullanılıp kullanılmadığına yönelik bir çekişme genellikle bulunmamaktadır. Ek olarak itirazın iptali davası açılırken, davacı kiraya veren tarafından kiralananın aile konutu niteliğine yönelik bir itiraz ileri sürülmediği müddetçe, sulh hukuk mahkemesinin bu konuda ayrıca bir araştırma yapmasına veya başka bir mahkemenin tespit kararına ihtiyacı yoktur. Zira söz konusu durum hakkında taraflar arasında bir çekişme bulunmadığından kiralananın aile konutu olduğu başka bir araştırma yapılmaksızın kabul edilmelidir.

Uygulamada bu noktada ortaya çıkan sorun, kiraya verenin kiralananın bir aile tarafından

¹²² Berger, BK ZPO, Art. 4, N 10; Pekcanitez, s. 254.

¹²³ Rüetschi, s. 80. BGG Art. 31, "Ist das Bundesgericht in der Hauptsache zuständig, so befindet es auch über die Vorfragen."

¹²⁴ Rüetschi, s. 82; Pekcanitez, s. 262.

¹²⁵ Bize göre aile konutu iddiası, kanunlarda bu iddiaya bağlanan hukuki sonuçların dava edilmesi ile bir yargılamaya konu edilebilirler. Örneğin üzerinden ipotek konulan taşınmazın aile konutu olduğu iddiası ile iptalinin talep edilmesi, taşınmazın aile konutu olduğu iddiası ile eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik şerh talebi gibi.

kiralandığını ve aile konutu olarak kullanılacağını bilmesine rağmen kira sözleşmesini ve akabinde tahliye taahhünamesini sadece eşlerden biri ile yapmasından ve bu esnada diğer eşten rıza almamasından kaynaklanmaktadır. Bu durumun sebeplerinden biri şüphesiz kiraya verenin hukuki bilgisindeki eksikliklerdir. Ancak bunun yanında kanuni düzenlemelerin de söz konusu sorunlara yol açtığı söylenebilir.

Kiralananın aile konutu olduğu ve diğer eşin taahhüde rızasının bulunmadığı itirazı, bazı hallerde kötünietli olarak ileri sürülebilir veya söz konusu itirazların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Örneğin, kiracının kira sözleşmesini ve tahliye taahhünamesini imzalarken, kiralananın aile konutu olarak kullanılacağını kasten beyan etmemesi veya bu konuda bilgi saklaması söz konusu olabilir. Benzer şekilde kiralayanın eşi de eşi tarafından verilen tahliye taahhünamesinden haberdar olmasına rağmen taahhünameye uzun bir süre boyunca itiraz ileri sürmeyebilir. Bu gibi durumlar kiralananın aile konutu olmadığı ve bu nedenle tahliye hakkı bulunduğu düşüncesi ile icra takibine başvuran iyiniyetli kiraya verene karşı söz konusu itirazların ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği söylenebilir. Bu durumda kiraya verenin iyiniyetine mi yoksa aile konutunun korunmasına mı öncelik verilmesi gerektiği sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bu durumda TBK m. 349/1 ve TMK m. 194 uyarınca aile konutunun korunmasına öncelik verilmesi kanun koyucunun amacına ve düzenlemenin ruhuna daha uygundur. Ancak bu durumda kiraya verenin söz konusu kötüye kullanımlar nedeni ile uğradığı zararın giderilmesi mümkün olmalıdır. Diğer bir ifade ile bu halde TBK m. 349/1 ve TMK m. 194 hükümleri eşlerin konuttan tahliye edilmeleri konusunda bir koruma sağlamakta iken, eşleri kötünietinin bir sonucu olan tazminat yükümlülüğü konusunda bir koruma sağlamamaktadır.

V. Kiracı Tahliye Taahhüdünün Geçersizliğinin Tespiti İçin Dava (Menfi Tespit Davası) Açılması

A. Genel Olarak

Kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin hükümler arasında İİK m. 72'ye doğrudan bir atıf yapılmamıştır. Bununla birlikte kiracı, hukuki yararı bulunmak kaydıyla tahliye takibinden önce veya sonra kiraya verenin tahliye hakkının bulunmadığının tespiti amacıyla bir tespit davası açabilir.¹²⁶ Bu noktada öğretide **Postacıoğlu** tarafından İİK m. 275/4'te "*itirazın kaldırılması üzerine tahliye ve teslim icra edildikten veya kaldırılma talebi reddolunduktan sonra kiracının veya kiralayanın umumi hükümlere göre mahkemeye müracaat hakları saklıdır*" ifadesinden hareketle, itirazın kaldırılması ve teslimden önce kiracı tarafından genel hükümlere dayalı olarak dava açılmayacağı ifade edilmiştir.¹²⁷ Öğretide söz konusu görüş **Kuru** tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Yazara göre İİK m. 275/4'te ifade edilen dava, tahliye ve teslim gerçekleştirildikten sonra açılacak geri alma davasıdır (istirdat davası). Bu durumda kiracının hukuki yararı bulunmak kaydıyla söz konusu istirdat davasının öncüsü konumunda olan menfi tespit davasını açabilmesi, tespit davası için aranan özel hukuki yarar şartına, dava teorisine ve menfaatler dengesine daha uygundur.¹²⁸

B. Görevli Mahkeme

İnceleme konumuz bakımından kiracı tarafından açılacak menfi tespit davasının konusunu tahliye

¹²⁶ Kuru, s. 881-882; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 413; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 129.

¹²⁷ Postacıoğlu, s. 616.

¹²⁸ Kuru, s. 882-883. Tahliye takibi devam etmek iken, tahliye taahhüdünün geçersizliğinin tespitinin talep edilebileceğine yönelik bkz. Yar. 3. HD., E. 2010/14328 K. 2010/18100 T. 04.11.2010.

taahhüdünün geçersizliğinin tespiti oluşturmaktadır.¹²⁹ Bu davada kiracı, tahliye taahhüdüne konu kiralananın, aile konutu olduğu ve kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tahliye taahhütnamesine rızasının bulunmadığı gerekçesi ile tahliye taahhütnamesinin geçersiz olduğunu iddia etmekte ve bu konuda mahkemeden bir karar talep etmektedir. Dolayısıyla tahliye taahhüdünün geçersizliğinin tespiti talebi bakımından kiralananın aile konutu olduğu ve kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tahliye taahhütnamesine rızasının bulunmadığı iddiası, ön sorun teşkil etmektedir.

Tahliye taahhüdünün geçersizliğinin tespiti bakımından görevli mahkeme HMK m. 4/1,a uyarınca sulh hukuk mahkemesidir. Bununla birlikte kiralananın aile konutu olduğuna ilişkin itirazın aile mahkemesinin görev alanında olmasının, tahliye taahhüdünün geçersizliğinin tespiti bakımından görevli mahkemenin tespitine bir etkisi olup olmadığı tartışılmaya değer bir sorundur. Öğretide görevli mahkemenin tespitinin, ön sorunlara göre değil, temel soruna diğer bir ifade ile davada ileri sürülen talebe göre belirleneceği ifade edilmektedir.¹³⁰ Bununla birlikte İsviçre öğretisinde Rüetschi tarafından yargılama bakımından oldukça önemli olan ön sorunların varlığı halinde, uyuşmazlığın çözümünün (yani ön sorun dâhil asıl uyuşmazlığın) ön sorun hakkında görevli mahkemeye bırakılmasının haklı görülebileceği ancak bunun çok istisnai hallerde söz konusu olabileceği ifade edilmektedir.¹³¹ Buna göre ayrıca bu tür bir istisnaya izin verilebilmesi için ön sorunun, başka bir hukuk mahkemesi için asıl sorun diğer bir ifade ile müstakil bir yargılama konusu oluşturabilecek bir sorun olması gerektiği ifade edilmektedir.¹³²

İnceleme konumuz hakkında bu konuda yeterli kadar yargı kararı bulunmamasına rağmen, benzer bir husus olan, üzerinde ipotek kurulan taşınmazın aile konutu olması ve ipotegin kurulmasına diğer eşin rızasının bulunmaması nedeniyle açılan ipotegin iptali davalarında görevli mahkemenin tespitine yönelik göz ardı edilemeyecek sayıda içtihat bulunmaktadır. Yargıtay 2. HD. bir kararında ipotek verilen konutun aile konutu olması ve diğer eşin buna rızasının bulunmaması nedeniyle ipotegin iptali davaları bakımından aile mahkemesinin görevli olması gerektiğine karar vermiştir.¹³³ HGK da bir kısım kararlarında “*aile konutu üzerindeki ipotegin kaldırılması istemine ilişkin davalara bakan aile mahkemelerinin kararlarının temyizi üzerine görev hususundan bozma yapmayarak esastan inceleme yapmıştır*”.¹³⁴ 19. HD. 2012 yılında verdiği bir kararında da “*davaya konu uyuşmazlığın TMK 194.maddesi hükmü uyarınca ipotekli taşınmazın aile konutu olup olmadığı tartışmalarını içerdiği gözetilerek aile konutunun üzerindeki hakların sınırlandırılmasına ilişkin işlere karşı açılan ipotegin kaldırılması davasında görevli mahkemenin aile mahkemeleri olduğu*”na karar vermiştir.¹³⁵ Benzer görüşte olan Ankara BAM, 28. HD. de davacının dayandığı hukuki sebep çerçevesinde görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğuna karar vermiştir.¹³⁶ Aynı görüşü paylaşan İstanbul BAM, 12. HD.

¹²⁹ Tahliye taahhütnamesinin yanılma, aldatma, korkutma veya hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersiz olduğu iddiası ile tahliye taahhüdünün iptali için açılan davanın menfi tespit davası mahiyetinde olduğuna dair bkz. Kuru, s. 882.

¹³⁰ Rüetschi, s. 74.

¹³¹ Rüetschi, s. 76.

¹³² Rüetschi, s. 77.

¹³³ Yar. 2. HD., E. 2014/1187 K. 2014/12404 T. 04.06.2014; “*Dava, aile konutunun üzerine konan ipotegin iptaline ilişkin olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun, üçüncü kısmı hariç, ikinci kitabında yer almaktadır.*” Aynı yönde Ankara BAM, 21. HD., E. 2020/1113 K. 2020/1031 T. 21.10.2020; Antalya BAM, 1. HD., E. 2021/472 K. 2021/1324 T. 28.9.2021; Bursa BAM, 2. HD., E. 2021/875 K. 2021/623 T. 20.4.2021; İstanbul BAM, 43. HD, E. 2021/580 K. 2021/662 T. 31.5.2021 (Lexpera).

¹³⁴ HGK., E. 2013/2056 K. 2015/1201 T. 15.4.2015; HGK., E. 2015/247 K. 2015/2323 T. 21.10.2015; HGK., E. 2017/1607 K. 2017/968 T. 24.5.2017. (Lexpera).

¹³⁵ 19. HD., E. 2011/16117 K. 2012/10156 T. 14.06.2012. (Lexpera).

¹³⁶ Ankara BAM, 28. HD., E. 2021/1527 K. 2021/1875 T. 29.11.2021; “*Davacının talebi, dava dilekçesi içeriğinden de anlaşıldığı üzere, Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinde düzenlenen aile konutu hukuki*

tarafar arasındaki kredi sözleşmesi bulunsa da davacı tarafından kredi sözleşmesinin geçersizliği, üzerinde ipotek kurulan taşınmazın aile konutu olma vakıasına dayanıldığından uyuşmazlık bakımından aile mahkemesinin görevli olması gerektiğine karar verilmiştir.¹³⁷

Buna karşılık az sayıdaki yargı kararında, aile konutu itirazına rağmen, ipotegin iptali taleplerinde taraflar arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak görevli mahkemenin tespiti yapılmıştır. Örneğın 19. HD., 2015 tarihli bir kararında, aile konutu itirazı nedeniyle ipotegin iptali taleplerinde davacı ile davalı arasındaki kredi sözleşmesinin varlığını gerekçe göstererek davada görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu ifade etmiştir.¹³⁸

Türk hukukunda görevli mahkeme taraflar arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenmektedir.¹³⁹ Bununla birlikte öğretide görevli mahkemenin tespitine ilişkin “*uyuşmazlık*” kavramı çerçevesinde de açıklamalar yapılmaktadır.¹⁴⁰

İsviçre hukukunda ise görevli mahkemenin, davacının ileri sürdüğü talep sonucu (Rechtsbegehren) ve talebini dayandırdığı gerekçeleri (Begründung) çerçevesinde¹⁴¹ tespit edileceğı ifade edilmektedir. Yine dava konusunun hukuki niteliğinin görevli mahkemenin tespitinde belirleyici olacağı söylenmektedir.¹⁴² Bununla birlikte ön sorunların görevli mahkemenin tespitinde önemli olmadığı konusunda İsviçre öğretisi hem fikirdir.¹⁴³ Bu minvalde asıl davayı gören mahkemenin ön sorunlar hakkında karar verirken de görev kuralları bakımından bir sınırlamaya tabi olmadığı¹⁴⁴, hatta davalı tarafından ayrı bir davada ileri sürülmesi halinde farklı bir mahkemenin görev alanına girebilecek uyuşmazlıkların, davacı tarafından açılan görevli mahkemede ileri sürülmesi halinde, mahkemece

sebebine dayanmaktadır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4.maddesine göre görevli mahkeme Aile Mahkemesidir.” (Lexpera).

¹³⁷ İstanbul BAM, 12. HD., E. 2022/1480 K. 2022/1242 T. 21.9.2022; “*Davalı bankanın dava dışı şirket lehine verdiği kredinin teminatı olarak tesis edilen ipotek bankacılık işlemi olmakla birlikte, davacılar tarafından dava da dayanılan maddi vakıa taşınmazın aile konutu olduğudur. Aile konutu olan taşınmazda malik anneleri tarafından tasarruf işlemi olan geçerli bir ipotek tesisi için diğer eş ...'in bu işleme muvafakat vermesi gerektiğı, ancak ipotek tarihinde adı geçenin hukuki ehliyeti olmadığı, verdiği muvafakatın da hükümsüz olduğu ileri sürülerek tesis edilen ipotegin geçersizliğı ileri sürülmektedir. Davacıların dayanağı TMK'nun 194. maddesine dayalı olduğuna göre taşınmazın aile konutu olup olmadığı, ipotegin geçerli biçimde tesis edilip edilmediğini takdir edecek mahkeme aile mahkemesidir.*” (Lexpera).

¹³⁸ Yar. 19. HD., E. 2015/7851 K. 2016/982 T. 27.1.2016; “*Davacı, ipotek sözleşmesine konu taşınmazın aile konutu olduğunu, herhangi bir kefaletinin bulunmadığını, ipotek tesisi ve kefalet için eşinin rızasının alınmadığını, bu sebeple sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Davacı ile davalı arasında yapılan ipotek sözleşmesi ile dava dışı şirketin borçları, davalı banka lehine teminat altına alınmıştır. Davacı ile davalı banka arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesine göre görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi'dir. Mahkemece bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” (Lexpera). Aynı yönde Bursa BAM, 4. HD., E. 2023/412 K. 2023/663 T. 15.3.2023. (Lexpera).

¹³⁹ Akkan, *Pekcanitez Usul*, s. 120 vd.;

¹⁴⁰ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 135.

¹⁴¹ Wey, Rainer. *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Herausgeber Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 4, N 8; Berger, BK ZPO, Art. 4, N 9; Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt. *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2021, Art. 4, N 6.

¹⁴² Rüetschi, s. 72.

¹⁴³ Berger, BK ZPO, Art. 4, N 9; Rüetschi, s. 72. Bu çerçevede görev alanına giren bir dava konusu uyuşmazlığa ilişkin kendisine başvuru yapılan mahkeme, ön sorunun farklı bir mahkemenin görev alanına girdiğı gerekçesi ile talep hakkında karar vermekten kaçınamaz (Rüetschi, s. 72).

¹⁴⁴ Berger, BK ZPO, Art. 4, N 11. Hatta bu çerçevede hukuk mahkemesinin idare hukukuna ait sorunları ön sorun olarak inceleyip karara bağlayabileceğı de ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Rüetschi, s. 72-73, 80; Berger, BK ZPO, Art. 1, N 20; BGE 106 II 365; 131 III 546 E. 2.3.

bunların incelenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁵

Kanaatimizce kiralananın aile konutu olduğu ve diğer eşin rızasının bulunmadığı iddiası nedeniyle açılan tahliye taahhüdünün geçersizliği taleplerinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olmalıdır.¹⁴⁶ Bize göre söz konusu davanın konusu, tahliye taahhüdünün geçersizliğinin tespiti. Tahliye taahhüdünün geçersizliğinin tespiti talebi, HMK m. 4/1,a uyarınca kira ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlıktır. Bu uyuşmazlıkta HMK m. 4/1,a uyarınca sulh hukuk mahkemesi görevlidir.

Tahliye taahhüdünün geçersizliğine neden olan iddialardan, kiralananın aile konutu olduğu ve diğer eşin tahliye taahhüdüne rızasının bulunmadığı iddiaları, geçersizlik iddiası bakımından hem koşullu vakıa hem de ön sorun niteliğindedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere görevli mahkemenin tespitinde taraflar arasındaki hukuki ilişki ve dava konusu önem arz etmekte olup, bunlar bakımından ön sorun teşkil eden hususlar görevli mahkemenin tespitinde önem arz etmemektedir. Ayrıca İsviçre öğretisinde çok istisnai hallerde makul görülebileceği ifade edilen “*yargılama bakımından oldukça önemli olan ön sorunların varlığı halinde, uyuşmazlığın çözümünün (yani ön sorun dâhil asıl uyuşmazlığın) ön sorun hakkında görevli mahkemeye bırakılmasının haklı görülebileceği*” şeklindeki görüşün de burada uygulanması mümkün değildir. Zira kiralananın aile konutu olması hususu, bağımsız bir davaya konu olabilecek nitelikte bir sorun değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için tarafların iradeleri yeterli olup, bu konuda bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla tahliye taahhüdünün geçersizliği iddiası bakımından konutun aile konutu olması durumu oldukça önemli bir yere sahip olsa da, bu iddia müstakil bir davanın konusu olamayacağından ve bu konuda bir mahkeme kararına ihtiyaç olmadığından, görevli mahkemenin tespitinde bu iddia önem arz etmez.

Asıl uyuşmazlık bakımından görevli olan mahkemenin ön sorunlar hakkında da karar verme yetkisi bulunduğundan tahliye taahhüdüne konu kiralananın aile konutu olduğuna yönelik iddianın, sulh hukuk mahkemesi tarafından incelenmesi ve bu hususta bir karar verilebilmesi mümkündür. Bu durum hem kanun koyucu tarafından bekletici mesele yapılması konusunda bir zorunluluk öngörülmemesi¹⁴⁷ hem de usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde gerekçelendirilebilir.

C. Takibe Yönelik Tedbir Kararı

Kiracı tarafından tahliye taahhünamesinin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan davanın icra takibine etkisi İİK m. 72’de öngörülen esaslar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira İİK m. 72 hükmü icra takibine konu alacak hakkında genel hükümlere göre açılan bir davanın (menfi tespit davasının) icra takibine etkisini özel olarak düzenleyen bir hükümdür. Diğer bir ifade ile İİK m. 72 hükmü, bir hukuk davasının, dava konusu hakkında yürütülen icra takibine etkisini özel olarak düzenleyen, öncelikle ve tek başına uygulanması gereken bir hükümdür.¹⁴⁸

Öğretide **Kuru** tarafından tahliye takibinden önce açılan menfi tespit davasında, icra takibinin

¹⁴⁵ Berger, BK ZPO, Art. 4, N 10; Rüetschi, s. 80; Habscheid, §45, N 562. BGE 85 II 103 E. 2b; BGE 124 III 207 E. 3b/bb. Rüetschi, eserinde, dava mahkemesinin görev alanına girmeyen ön sorunlar hakkında da karar vermesine yönelik uygulama ve serbestliğinin Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında hâkim yaklaşım olduğunu belirtmektedir (Rüetschi, s. 79).

¹⁴⁶ Karşıt görüş için bkz. Gençcan, s. 721.

¹⁴⁷ Özmumcu, s. 38.

¹⁴⁸ İzmir BAM, 20. HD, E.2021/1187, K.2021/1009, 21.10.2021; “Mahkemece, özel hüküm olması nedeniyle somut olayda uygulanması gereken İİK’nun m.72/3 hükmü gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, HMK’nun 389’uncu maddesine dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (benzer nitelikte Yargıtay nin 17/09/2013 tarihli ve 2013/9564 esas- 2013/13997 karar).” (Lexpera)

teminat karşılığında durdurulmasına karar verilebileceği ifade edilmektedir (İİK m. 72/2 kıyasen).¹⁴⁹ Söz konusu görüş, İİK m. 72/2'ye uygun olmakla birlikte takibin durdurulması için yatırılması gereken teminatın hangi miktar üzerinden hesaplanması gerektiğini belirtmemektedir.¹⁵⁰ Teminatın esas alınacağı değer konusunda Harçlar Kanunu m. 17 hükmü ve HMK m. 362/1-b hükümleri dikkate alınabilir.

Harçlar Kanunu m. 17'de tahliye davalarında bir yıllık kira bedeli üzerinden karar ve ilam harcı alınacağı belirtildiğinden, bu hüküm uyarınca tahliye davasının dava konusu değerinin bir yıllık kira bedeli olduğu söylenebilir. Bu durumda talep sonucu bakımından tahliye davasının zıddı konumundaki menfi tespit davasının dava değerinin de bir yıllık kira bedeli olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte HMK m. 362/1-b'de kira ilişkisinden doğan ve konusu para olmayan davalarda verilen kararlara karşı temyize gidilebilmesi için, 3 aylık kira bedelinin temyiz sınırının üzerinde olması gerektiği düzenlenmiştir. Buradan temyiz sınırı bakımından 3 aylık kira bedelinin dava konusunun değeri olarak dikkate alındığı söylenebilir. Kanaatimizce Harçlar Kanunu m. 17 hükmünün teminat bakımından esas alınması, alacaklı ve borçlu menfaatlerinin gözetilmesi açısından daha isabetlidir. Bu nedenle tahliye taahhütnamesinin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan menfi tespit davasında takibe yönelik tedbir kararları bakımından bir yıllık kira bedelinin yüzde 15'i oranında teminat yatırılması gerekir.

Tahliye takibinin başlamasından sonra kiracı tarafından tahliye taahhütnamesinin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan menfi tespit davasının icra takibine etkisi İİK m. 72/3 uyarınca belirlenmelidir.¹⁵¹ Öğretide tahliye takipleri bakımından takibin tahliye ve teslim aşamasının, genel haciz yolu ile takipteki paraların paylaşılması aşaması gibi takibin son aşaması olduğu ifade edilmektedir. İİK m. 72/3'te icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Para alacakları için yapılan ilamsız icra takibinde paranın alacaklıya ödenmesi, takibin son aşamasıdır ve kanun koyucu, ileride doğması muhtemel önemli zararların önlenmesi amacıyla takibin son aşaması hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini kabul etmiştir. Benzer sonucun tahliye takipleri hakkında da takip edilmesi gerekir. Buna göre tahliye takibinin başlamasından sonra açılan menfi tespit davasında takibin son aşamasında gerçekleştirilen tahliye ve teslim işlemlerinin yapılmaması veya durdurulması konusunda teminat karşılığında tedbir kararı verilmesi mümkün olmalıdır.¹⁵² 6. HD., bir kararında tahliye takibinden sonra açılan menfi tespit davasında itirazın kaldırılmasında verilen tahliye kararının teminat karşılığında durdurulması konusunda tedbir kararı verilebileceğini ifade etmiştir.¹⁵³

SONUÇ

Aile konutu, ailenin ikamet etmesi amacıyla eşlerin iradeleriyle ortak kullanıma özgüledikleri, aile faaliyetlerinin merkezini teşkil eden ve sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu

¹⁴⁹ Kuru, s. 882.

¹⁵⁰ Kuru, s. 882.

¹⁵¹ Kuru, s. 883.

¹⁵² Kuru, s. 883.

¹⁵³ Yar. 6. HD, E. 2008/10415 K. 2008/12696 T. 17.11.2008; "Borçlu kiracının ilamsız tahliye talebinden sonra menfi tespit davası açması icra mahkemesinin İİK 269/c maddesi hükmüne göre alacaklı kiralayanın tahliye talebini incelemesine ve tahliye kararı vermesine engel değildir. Ancak menfi tespit davasına bakan mahkeme, borçlu kiracının talebi üzerine ve teminat karşılığında, tahliye kararının icrasının durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verebilir. Kaldı ki borçlu kiracı icra mahkemesinin tahliye kararının kesinleşmesinden sonra da menfi tespit davası açabilir zira icra mahkemesi kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İİK'nun 72/V.maddesi gereğince menfi tespit davası borçlu kiracı lehine hükme bağlanırsa ilamsız tahliye takibi derhal durur. Bundan sonra artık icra mahkemesi tahliye kararı veremez. İcra mahkemesinin tahliye kararı vermesinden sonra menfi tespit davası borçlu kiracı lehine hükme bağlanırsa tahliye kararının icrası kendiliğinden durur." (Lexpera)

yer ekseninde gerçekleştirdiği mekân olarak tanımlanabilir.

Kiralananın aile konutu olabilmesi için aile konutunun niteliklerine ilişkin özellikleri taşıması yeterli olup başkaca bir bildirim ya da şerhe gerek yoktur. Kiralananın aile konutu olup olmadığı konusunda belirleyici kıstas, eşlerin bu yöndeki iradeleridir. Bu nedenle diğer eşin kiralayana bildirimde bulunmaması, kiralananın fiili kullanım ile kazandığı aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz.

Kiracının TBK m. 349'da sağlanan korumadan yararlanabilmesi için kira sözleşmesinin feshedilmek istendiği anda kiralananın aile konutu olarak kullanılması yeterlidir. TBK m. 349/1 ile kira sözleşmesine taraf olan eşin aile konutu hakkındaki yapacağı işlemler bakımından fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır. Kira sözleşmesine taraf olmayan eşin feshe açıkça rıza göstermediği durumda, fesih beyanı hukuki bir sonuç doğurmaz. Bu durumda, fesih beyanına rağmen kira sözleşmesi geçerliliğini korur ve bu durum, mutlak, düzeltilmesi mümkün olmayan ve herkese karşı ileri sürülebilir bir hükümsüzlük hali ortaya çıkarır.

Kiralananın aile konutu olması halinde tahliye taahhüdünün geçerliliği için kira sözleşmesine taraf olmayan eşin de tahliye taahhüdüne rıza göstermiş olması gerekir. TBK m. 349/1'de öngörülen sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olduğu yönündeki görüşümüz çerçevesinde kira sözleşmesine taraf olmayan eşin rızası, tahliye taahhüdünün verilmesi anında verilmiş olmalıdır.

Tahliye taahhüdüne dayalı olarak başlatılan icra takibinde itirazın kaldırılması yargılamasında, icra mahkemesi yalnızca şekli bir inceleme yapmakla görevli olup bu incelemenin kapsamı iki husus ile sınırlandırılmıştır. İlki, tahliye talebinin dayanağının düzenleme veya onaylama şeklinde bir noter senedi veya imzası ikrar edilmiş bir sözleşmeye dayanıp dayamadığıdır. İkincisi ise, sözleşmenin yenilendiğine ya da uzatıldığına ilişkin kiracının sözü edilen nitelikte bir belge sunup sunmadığıdır. Bu bağlamda icra mahkemesi itirazın kaldırılması yargılamasında tahliye taahhüdünün diğer eşin rızası ile imzalanıp imzalanmadığı hususunu inceleyemez. Ayrıca itirazın kaldırılması yargılaması kapsamında kiralananın aile konutu olması nedeniyle tahliye taahhüdünün geçersizliğine yönelik açılan herhangi bir dava bekletici mesele yapılamaz.

TMK m. 194 ve TBK m. 349 hükümleri, kamu düzenine ilişkin ve emredici niteliktedir. Bu nedenle diğer eşin rızası alınmaksızın tanzim edilen tahliye taahhüdü kesin hükümsüzdür. Bu geçersizlik hem takibin taraflarınca hem de menfaati ihlal edilen üçüncü kişi olarak rızası alınmayan eş tarafından icra mahkemesinde süresiz şikâyet ile ileri sürülebilir. Şikâyet yargılamasında icra mahkemesi, şikâyetin çözümlenebilmesi için gerekli maddi hukuka ilişkin ön sorunları inceleyebilir, gerektiğinde bekletici mesele yapabilir, tanık, bilirkişi görüşü, keşif delillerine başvurabilir. Bu bağlamda geçersiz bir tahliye taahhüdü ile başlatılan icra takibi üzerine gerçekleştirilen şikâyet yargılamasının konusu, tahliye taahhüdünün geçersiz olup olmadığıdır. Bu çerçevede konutun aile konutu olup olmadığı bir ön sorun teşkil etmektedir. Şikâyet yargılamasını gören icra mahkemesi, tahliye taahhüdünün geçersizliğini tespit etme kapsamında kiralananın aile konutu olup olmadığı sorununu kendisi çözmelidir. İcra mahkemesinin şikâyetin çözümlenebilmesi için gerekli olan maddi hukuka ilişkin ön sorunları bekletici sorun olarak kabul edip çözmekten kaçınması doğru değildir.

Kanaatimizce kiralanın taşınmazlarında tahliyesine yönelik ilamsız takipte, takibe itirazdan sonra sulh hukuk mahkemesinde açılan davayı itirazın iptali davası olarak nitelendirmek daha isabetlidir. Sulh hukuk mahkemesinde açılan tahliye davasına (itirazın iptali davasına) karşı kiracı, tahliyesi talep edilen konutun aile konutu olduğu ve diğer eşin tahliye taahhüdüne rızasının bulunmadığı itirazını ileri sürebilir. Kiracının söz konusu itirazlarının, sulh hukuk mahkemesinin itirazın iptali davasında vereceği karar bakımından ön sorun ve teknik anlamda bekletici sorun teşkil ettiği söylenebilir. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanununda bekletici mesele yapılması zorunlu tutulmamıştır (HMK m. 165). Bu nedenle davaya bakan mahkemenin, kendisine yöneltilen talep hakkında karar verirken, kendisinin

görevli olmadığı bir ön sorun hakkında da karar vermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Hatta davalı tarafından ayrı bir davada ileri sürülmesi halinde farklı bir mahkemenin görev alanına girebilecek uyuşmazlıkların, davacı tarafından açılan görevli mahkemede ileri sürülmesi halinde, mahkemece bunların incelenmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu uygulama, usul ekonomisine hizmet eden «le juge de l'action est le juge de l'exception» ilkesine dayandırılmaktadır. Bu nedenle itirazın iptali davasında kiralananın aile konutu olduğuna yönelik ön sorun, mahkemece incelenmeli ve bu konuda bir karar verilmelidir. Kiralananın aile konutu olduğuna yönelik aile mahkemesinin kararının bekletici mesele yapılmaması gerekir. Ayrıca kanaatimizce kiralananın aile konutu olması hususu, bekletici mesele kararı çerçevesinde başvuru yapılacak ve sadece bu hususu konu alabilecek bir davaya konu olabilecek nitelikte bir sorun değildir. Bize göre kiralananın aile konutu olduğuna yönelik müstakil bir tespit davası açılması mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için bu konuda tarafların iradeleri yeterli olup, ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla tahliye taahhüdünün geçersizliği iddiası bakımından konutun aile konutu olması durumu bir ön sorun olmasına rağmen, bu sorun bağımsız bir davaya konu edilebilecek bir sorun değildir.

Kiracı tarafından tahliye taahhüdüne konu kiralananın, aile konutu olduğu ve kira sözleşmesine taraf olmayan eşin tahliye taahhünamesine rızasının bulunmadığı gerekçesi ile tahliye taahhünamesinin geçersizliğinin tespiti amacıyla menfi tespiti davası açılması mümkündür. Bu davada görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Bu noktada, benzer bir sorun olan, üzerinde ipotek kurulan taşınmazın aile konutu olması ve ipoteğin kurulmasına diğer eşin rızasının bulunmaması nedeniyle açılan ipoteğin iptali davalarında aile mahkemesinin görevli olması gerektiğine yönelik Yargıtay uygulaması kanaatimizce hatalıdır. Zira hem tahliye taahhünamesinin hem de ipotek sözleşmesinin geçersizliği iddiaları bakımından kiralananın aile konutu olması hususu ön sorun niteliğindedir ve ön sorunlar görev kurallarının belirlenmesi bakımından önem arz etmemektedir.

Son olarak kiracı tarafından açılan menfi tespit davasının tahliye takibine etkisi ise İİK m. 72'de öngörülen esaslara uygun olarak belirlenmelidir. Bu çerçevede takipten önce açılan menfi tespit davasında bir yıllık kira bedeli üzerinden (yüzde 15 oranında) yatırılacak teminat karşılığında takibin durdurulmasına karar verilebilir. Takipten sonra açılan menfi tespit davasında ise bir yıllık kira bedeli üzerinden (yüzde 15 oranında) yatırılacak teminat karşılığında takibin son aşaması olan kiralananın tahliye ve teslimi işlemleri durdurulabilir.

Çıkar Çatışması

Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Yazar Katkıları

Yazarlar katkı oranlarını belirtmemişlerdir.

REFERANSLAR

Acar, Faruk. Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Akçaal, Mehmet. “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, No. 2, 2002, 949-979.

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. Aile Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Altıntop, Merve. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle

Tahliye”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 5, No. 19, 2014, 517-541.

Armutçuoğlu, Can Yalçın. “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, No. 1-2, 2011, 413-436.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Aşık, İbrahim. Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

Atabekoğlu, Fatma. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, Kazancı Hakemli Dergisi, C. 9, No. 103-104, 2013, 171-182.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Ayanoğlu Moralı, Ahu. İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Barlas, Nami. “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

Belgesay, M. Reşit. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1, İstanbul, 1949.

Berger, Bernhard. Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Stämpfli, Bern, 2012.

Burcuoğlu, Haluk. “6570 S. GKHK’da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, No. 10-12, 1984.

Delipınar, Yusuf. Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

Doğan, Murat. “Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, No. 4, 2003, 93-129.

Doğan, Murat. Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

Erdem, Mehmet. Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal. Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980.

Fritsche, Jörn. Münchener Kommentar zur ZPO, Herausgeber Wolfgang Krüger, Rauscher, München-Frankfurt, 2020.

Giger, Hans. Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253-273c. Art. 260–266o OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2020.

Giger, Hans. Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.

Gökyayla, Emre. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Özel, 2013, 1203-1251.

- Greger, Reinhard. Zivilprozessordnung, Ottoschmidt, Köln, 2024.
- Gümüş, Mustafa Alper. Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Gümüş, Mustafa Alper. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Habscheid, Walther J. Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht – ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Basel/Frankfurt, 1990.
- Hasenböhler, Franz. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Schulthess Verlag, Zürich, 1998.
- Hatemi, Hüseyin. Aile Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth E./Geiser, Thomas. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999.
- Hüseyin, İhsan. “Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar Ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 3 2018, 577-604.
- İnceoğlu, M. Murat. Kira Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Kiraz, Taylan Özgür. İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Muşul, Timuçin. İcra ve İflas Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Müller, Jürg P. in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft- SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht Kommentar, Herausgeber Schweiz Svit, Schulthess Verlag, Zürich, 2018.
- Nebioğlu Öner, Şebnem. “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Koruma Nedenleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 24, S. 97, 2011, 117-154.
- Ömer Uğur Gençcan, Aile Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011).
- Özdemir, Furkan/ Çelik, Yiğit. “Uygulamada Yazılı Tahliye Taahhüdünden Kaynaklanan Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 73, Nisan 2024), 207-249.
- Özmumcu, Seda. Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Öztan, Bilge. Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Pekcanitez, Hakan. “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 1980, 249-275.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. İcra ve İflas Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya. Pekcanitez Usul- Medeni

- Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil. İcra İflas Hukukunda Şikâyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Permann, Richard. OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Herausgeber Kostkiewicz, J. K. Wolf, S., Amstutz, M., Fankhauser, R., Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023.
- Peter Higi und Christoph Wildisen, Art. 266-268b OR, Die Miete Zürcher Kommentar, (Zürich: Schulthess Verlag, 2020).
- Postacıoğlu, İlhan. İcra ve İflas Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer. İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Rüetschi, Sven. Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Dike Verlag, Zürich, 2011.
- Sağlam, İpek. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, No. 1, 2023, 29-47.
- Schmid, Ursula. ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021.
- Selçuk, Emre. Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracıdan Kaynaklanan Tahliye Sebepleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Sert Sütçü, Selin. “Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralananın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar- Çözüm Önerileri)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sa. 2 (Aralık 2023), 1491-1516.
- Staehelin, Adrian/Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1-158 SchKG) + II (Art. 159-352 SchKG), Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2010.
- Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt. Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2021.
- Şıpka, Şükran. Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- Uygur, Turgut. Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Vock, Dominik/Müller, Danièle. SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- Wendtland, Holger. BeckOK ZPO, Herausgeber Volkert Vorwerk, Christian Wolf, C.H.Beck, München, 2020.
- Wey, Rainer. Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016.
- Wöstmann, Heinz. Zivilprozessordnung, Herausgeber İngo Saenger, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Süleyman. Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Zeiter, Alexandra/Schlumpf, Michael. Personen- und Familienrecht–Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB–PartG, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.