



KAMU HUKUKU ♦CEYLAN, Sinema Mevzuatının Gözden Kaçan Halkası: 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme ♦ÇAĞLAYAN, Danıştay Kararlarının Şekli Unsurları ♦KOLÇAK, Organik Kanunlar: Şekli ve Maddi Yönleriyle Normatif Bir Çalışma ♦DİNÇ, Does the Rise of Naturalism Mean the End of Conceptual Analysis in the Methodology of Jurisprudence? ♦SAPMAZ, Afrika İnsan Hakları Sisteminde Yerli Halkların Toprak Talepleri: Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarının Karşılaştırılması ♦KAPLAN, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu ve Uzlaştırma Kurumunun Değerlendirilmesi ♦ARTUKOĞLU, Osmanlı Kanunnameleri ve İstanbul Şer'iye Sicilleri Çerçevesinde Tazir Cezaları.

ÖZEL HUKUK ♦ÖZBAY/KARAYAKA, İslam ve Türk İcra Hukukunda Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği ♦AĞCA, Hakem Heyetlerinin AİHS Madde 6 Bağlamında “Kanunla Kurulmuş Mahkeme” Niteliğinin Kabul Edilebilirliği ♦BALIK, Gönüllü Sertifika Sisteminden Özel Marka Korumasına Türkiye Çevre Etiketleri Hakkında Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Bir Değerlendirme ♦DOĞAR, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi ♦KARAAHMETOĞLU, İkale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması ♦ÖZYAKIŞIR, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Yeniden Bina Yaptırılması Kararı ile Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesindeki Paylaşım Esaslarının Yargısal Denetimi ♦YAZICI ÇAKMAK, 2024/2853 Sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Getirdiği Esaslı Değişikliklerin Değerlendirilmesi ♦CENGİZ, Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkinde Muvazaa Halleri ve Teorik Değerlendirilmesi ♦MIDİK, Redesigning The Turkish Civil Litigation System in the Light of Online Dispute Resolution (ODR) ♦ATEŞ/ACARYAMAN, Ebeveyn Yabancılaşması: Velayet Uyuşmazlıklarında Baba Mağduriyetleri ve Psikososyal Etkileri ♦EVLİAOĞLU, Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralananın Bir Satıcıdan Temin Edildiği Hallerde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu.

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 29

SAYI/NO: 1

HAZİRAN/JUNE 2025

KAMU HUKUKU ♦CEYLAN, Sinema Mevzuatının Gözden Kaçan Halkası: 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme ♦ÇAĞLAYAN, Danıştay Kararlarının Şekli Unsurları ♦KOLÇAK, Organik Kanunlar: Şekli ve Maddi Yönleriyle Normatif Bir Çalışma ♦DİNÇ, Does the Rise of Naturalism Mean the End of Conceptual Analysis in the Methodology of Jurisprudence? ♦SAPMAZ, Afrika İnsan Hakları Sisteminde Yerli Halkların Toprak Talepleri: Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarının Karşılaştırılması ♦KAPLAN, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu ve Uzlaştırma Kurumunun Değerlendirilmesi ♦ARTUKOĞLU, Osmanlı Kanunnameleri ve İstanbul Şer'iye Sicilleri Çerçevesinde Tazir Cezaları.

ÖZEL HUKUK ♦ÖZBAY/KARAYAKA, İslam ve Türk İcra Hukukunda Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği ♦AĞCA, Hakem Heyetlerinin AIHS Madde 6 Bağlamında "Kanunla Kurulmuş Mahkeme" Niteliğinin Kabul Edilebilirliği ♦BALIK, Gönüllü Sertifika Sisteminden Özel Marka Korumasına Türkiye Çevre Etiketleri Hakkında Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Bir Değerlendirme ♦DOĞAR, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi ♦KARAAHMETOĞLU, İkale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması ♦ÖZYAKIŞIR, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Yeniden Bina Yaptırılması Kararı ile Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesindeki Paylaşım Esaslarının Yargısal Denetimi ♦YAZICI ÇAKMAK, 2024/2853 Sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Getirdiği Esaslı Değişikliklerin Değerlendirilmesi ♦CENGİZ, Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkinde Muvazaa Halleri ve Teorik Değerlendirilmesi ♦MIDIK, Redesigning The Turkish Civil Litigation System in the Light of Online Dispute Resolution (ODR) ♦ATEŞ/ACAR/YAMAN, Ebeveyn Yabancılaşması: Velayet Uyuşmazlıklarında Baba Mağduriyetleri ve Psikososyal Etkileri ♦EVLİAOĞLU, Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralananın Bir Satıcıdan Temin Edildiği Hallerde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu.

ERZİNCAN – 2025



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Doç. Dr. Ahmet NAR
Arş. Gör. Maide POLAT
Arş. Gör. Miraç Fırat ÇOĞAN

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan

Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43

Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45

E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr

<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi
İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez / Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan, ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, ULAKBİM TR Dizin indexed, peer-reviewed and open-access journal published twice a year in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.

Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Haziran 2025 / Erzincan, June 2025



Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors****Özel Hukuk Alan Editörü / Private Law Editor**

Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER (*hdozer24@gmail.com*)

Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*sal@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ (*nokumus@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi Meltem BULUT (*mbulut@erzincan.edu.tr*)

Kamu Hukuku Alan Editörü / Public Law Editor

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ÇİÇEK (*mcicek@erzincan.edu.tr*)

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsonmez@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Fuat ALTUNTAŞ (*fuat.altuntas@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Doç. Dr. Ercan SARICAĞLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)

İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)

İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye

Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)

İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ (*saktas@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*sukru.yildiz@ihu.edu.tr*)

İbni Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

İbni Haldun University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)

İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve derginin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalarda görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not been published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

1. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

1. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın** ve **diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı)

AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN

Sinema Mevzuatının Gözden Kaçan Halkası: 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme

The Overlooked Link of Turkish Cinema Legislation: 1936 Regulation on the Control of Cinema Films and Scripts 1–29

Araştırma Makalesi / Research Article

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Danıştay Kararlarının Şekli Unsurları

Formal Elements of the Decisions of The Council of State 31–62

Araştırma Makalesi / Research Article

Doç. Dr. Hakan KOLÇAK

Organik Kanunlar: Şekli ve Maddi Yönleriyle Normatif Bir Çalışma

Organic Acts: A Normative Study with Formal and Contextual Aspects 63–99

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Uğur DİNÇ

Does the Rise of Naturalism Mean the End of Conceptual Analysis in the Methodology of Jurisprudence?

Hukuk Felsefesi Metodolojisinde Doğalcılığın Yükselişi Kavramsal Analizin Sonu Anlamına Gelir mi? 101–135

Araştırma Makalesi / Research Article

Öğr. Gör. Dr. Hande SAPMAZ

Afrika İnsan Hakları Sisteminde Yerli Halkların Toprak Talepleri: Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarının Karşılaştırılması

Indigenous Peoples' Land Claims in the African Human Rights System: A Comparative Analysis of the Endorois (2010) and Ogiek (2017 & 2023) Decisions 137–164

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Metin KAPLAN

Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu ve Uzlaştırma Kurumunun Değerlendirilmesi

The Crime of Purchasing or Accepting Criminal Property and Evaluation of the Conciliation Institution 165–214

Araştırma Makalesi / Research Article**Arş. Gör. Muhammed Necat ARTUKOĞLU**

Osmanlı Kanunnameleri ve İstanbul Şer'îye Sicilleri Çerçevesinde Tazir Cezaları

Penalties of Tazir within the Framework of Ottoman Law Codes and Istanbul Court Register 215–277**ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW****Araştırma Makalesi / Research Article****Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY/Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA**

İslam ve Türk İcra Hukukunda Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği

The Exemption of the Debtor's Reasonably Suitable Residence from Seizure under Islamic and Turkish Enforcement Law 281–317**Araştırma Makalesi / Research Article****Dr. Öğr. Üyesi Elif AĞCA**

Hakem Heyetlerinin AİHS Madde 6 Bağlamında “Kanunla Kurulmuş Mahkeme” Niteliğinin Kabul Edilebilirliği

The Admissibility of Arbitral Tribunals as ‘Tribunal Establis-hed by Law’ in the Context of Article 6 of the ECHR 319–352**Araştırma Makalesi / Research Article****Dr. Öğr. Üyesi İfakat BALIK**

Gönüllü Sertifika Sisteminden Özel Marka Korumasına Türkiye Çevre Etiketleri Hakkında Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Bir Değerlendirme

From Voluntary Certification System to Private Trade Mark Protection an Evaluation of Turkish Environment Label in the Context of Industrial Property Law 353–394**Araştırma Makalesi / Research Article****Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR**

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi

Evaluation Of Construction Contracts in Return For Land Shares Within The Scope Of The Consumer Protection Law No: 6502 395–421**Araştırma Makalesi / Research Article****Dr. Öğr. Üyesi Atanur KARAAHMETOĞLU**

İkale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

The Legal Character of Mutual Termination Agreements and Their Comparison with Similar Legal Concepts 423–457

Araştırma Makalesi / Research Article**Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR**

Kentsel Dönüşüm Kapsamında Yeniden Bina Yaptırılması Kararı ile Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesindeki Paylaşım Esaslarının Yargısal Denetimi

Judicial Review Of The Sharing Principles In The Construction Contract In Return For Land Share Issued With The Decision Of Reconstruction Of New Buildings Within The Scope Of Urban Transformation 459–493

Araştırma Makalesi / Research Article**Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur Merve YAZICI ÇAKMAK**

2024/2853 Sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Getirdiği Esaslı Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Evaluation of the Substantive Changes Introduced by the New Product Liability Directive no. 2024/2853 495–537

Araştırma Makalesi / Research Article**Öğr. Gör. Selçuk CENGİZ**

Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Halleri ve Teorik Değerlendirilmesi

The Cases of Collusion and Theoretical Evaluation in the Relationship Between Principal Employer and Subcontractor 539–598

Tez Özeti / Thesis Summary**Arş. Gör. Barış MIDİK**

Redesigning The Turkish Civil Litigation System in the Light of Online Dispute Resolution (ODR)

Türk Hukuk Yargılama Sistemini Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözümleri Işığında Yeniden Tasarlamak 599–660

Araştırma Makalesi / Research Article**Hilal ATEŞ/Dr. Öğr. Üyesi Burak ACAR/Prof. Dr. Ömer Miraç YAMAN**

Ebeveyn Yabancılaşması: Velayet Uyuşmazlıklarında Baba Mağduriyetleri ve Psikososyal Etkileri

Parental Alienation: Paternal Grievances and Psychosocial Effects In Custody Disputes 661–717

Araştırma Makalesi / Research Article**Sadullah EVLİYAĞLU**

Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralananın Bir Satıcıdan Temin Edildiği Hallerde Satıcının Ayrıtan Sorumluluğu

The Seller's Liability for Defects in Cases Where the Leased Asset is Procured from a Vendor in Financial Leasing Agreements 719–751

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

Türk Sinema Mevzuatının Gözden Kaçan Halkası: 1936
Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair
Talimatnâme

The Overlooked Link of Turkish Cinema Legislation: 1936
Regulation on the Control of Cinema Films and Scripts



Prof. Dr. Ayhan CEYLAN*



10.60002/ebyuhfd.1684540

ÖZ

Türk sinema tarihinde, sinemaya özgü genel, soyut ve objektif ilk hukukî düzenleme, denetimle sınırlı kurallar öngören 1932 tarihli Sinema Filmlerinin Kontrolüne Ait Talimatnâme’dir. Bu hukuki metni sırayla, 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme, 1939 Film ve Film Senaryolarının Kontrolüne Dair Nizamnâme, 1977 Film ve Film Senaryolarının Denetlenmesi Hakkında Tüzük, 1983 Film ve Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük, 1986 Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ve 2004 Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun izlemiştir.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 26.04.2025 | Kabul/Accepted: 12.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ayhan Ceylan, “Türk Sinema Mevzuatının Gözden Kaçan Halkası: 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (1-29).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Türk sinema mevzuatı, sinemayı çeşitli yönlerden ele alan literatürde değerlendirilmiştir. Bu araştırmaların genelinde 1936 yılındaki Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolü Talimatnâmesi gözden kaçmıştır. Oysa bu Talimatnâme Resmi Gazete’de yayınlanmış ve yürürlüğe girişi ve içeriği dönem gazetelerinde haber konusu olmuştur. 1934 yılında sinemanın denetimle ilgili kanunî bir dayanağa kavuşması, kanunda öngörülen bu denetimin ayrıntılandırılmasına gerek duyulması ve 1932 Sinema Talimatnâmesi’nin zamanla ortaya çıkan ihtiyaçları karşılayamaması 1936 Sinema Talimatnâmesi’nin kabulüne yol açmıştır. Bu yeni Talimatnâme, 1932 Sinema Talimatnâmesi’ni yürürlükten kaldırırken, sinema senaryo ve filmlerinin denetiminde, özellikle Denetim Komisyonu yapısında, denetim kriterlerinde, Komisyon kararlarına itiraz şekli ve aşamalarında değişiklikler getirmiştir. Talimatnâme’nin uygulanması Kontrol Komisyonlarının, film denetleme örneklerinde dönem karar defterlerine yansımıştır.

Anahtar Kelimeler: Sinema, sansür, film denetimi, film sansürü, film denetim komisyonu, 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme

ABSTRACT

In the history of Turkish cinema, the first general, abstract and objective legal regulation specific to cinema is the Regulation on the Control of Cinema Films dated 1932, which stipulates rules limited to control. This legal text was followed by the 1936 Regulation on the Control of Cinema Films and Scripts, the 1939 Regulation on the Control of Films and Film Scripts, the 1977 Regulation on the Control of Films and Film Scripts, the 1983 Regulation on the Control of Films and Film Scripts, the 1986 Law on Cinema, Video and Music Works, and the 2004 Law on the Evaluation, Classification and Support of Cinema Films.

Turkish cinema legislation has been addressed in literature that examines cinema from various perspectives. In general, the 1936 Cinema Film and Screenplay Control Regulation has been overlooked in these studies. However, this Regulation was published in the Official Gazette and its entry into force and content were reported in newspapers of the period. In 1934, the fact that cinema had a legal basis for inspection, the need to elaborate the inspection envisaged in the law, and the fact that the 1932 Cinema Instruction Regulation could not meet the needs that emerged over time led to the adoption of the 1936 Cinema Instruction Regulation. While this new Regulation repealed the 1932 Cinema Regulation, it brought changes to the inspection of cinema scripts and films, especially in the structure of the Control Commission, the inspection criteria, the form and stages of objection to Commission Decisions. The implementation of the Regulation was reflected in the period decision books of the Control Commissions in the film inspection examples.

Keywords: Cinema, censorship, film control, film censorship, film control commission, 1936 Instructions on the Control of Cinema Films and Scripts.

GİRİŞ

Ortaya çıktığı Osmanlı Dönemi’nden günümüze sinemayı hukuken düzenlemeye yönelik pek çok teşebbüste bulunulmuştur. Sinemaya kategorik yasakçı bir yaklaşım sergilemeyen Osmanlı yönetimi, öncelikle film gösterimine ilişkin bireysel talepleri izne bağlamış, zamanla belli usul ve esaslar oluşturmuş, denetime ilişkin kıstaslar belirlemiştir. Bu yıllarda uygulamada sinemanın denetimi, 1907 Polis Nizamnâmesi’nin, sinemayı, tiyatro ve çalgılı kahveler gibi oyun ve eğlenceye işaret eden Arapça “lu‘biyat” kapsamında değerlendiren 122’nci maddesine dayanmıştır. Sinemanın yaygınlık kazanmasıyla birlikte, hukukî boşluk bulunan bu alanda, ülkede yeknesak bir tutum benimsemek amacıyla genel, soyut ve objektif kurallara dayanan bir düzenleme çabasına girilmiştir. 1913 yılında hazırlanan bir tasarıda, sinema, tiyatro, at ve ip cambazları, sirk oyuncular, çalgılı kahveler ve çalgıcılar lu‘biyât çerçevesinde görülüp aynı nizamnâme kapsamında düzenlenmek istenmiştir. Bu tasarı, 1918 yılına kadar üç kez değişikliğe uğramış, ancak akim kalarak yürürlüğe kavuşamamıştır. I. Dünya Savaşı’nı müteâkip seferberlik ilan edilince 1914 yılında bir Sansür Talimatnâmesi yayınlanmıştır. Talimatnâme, kitap, risâle, tiyatro oyunu ve sinema filmlerini uygulandığı 1918 yılına kadar sansür kapsamına alarak, denetimle sınırlı olarak sinemaya açıkça yer veren yegâne Osmanlı düzenlemesi özelliği taşımıştır. Savaş ve işgal şartları, eğlence fonksiyonunun baskın kalıp basın gibi siyasal etki doğuracak bir araç haline gelmemesi ve yaygınlığının nispeten sınırlı olması Osmanlı Dönemi’nde sinemaya yönelik genel, soyut, ayrıntılı bir hukukî metin ortaya çıkmamasında etkili olmuştur.

TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet’in başlangıç döneminde, sinema denetimine dayanak bir düzenleme olarak Polis Nizamnâmesi varlığını korumuştur. 1923 yılında bir şikayet üzerine, Dâhiliye Nezâreti, İcrâ Vekilleri Heyetinin (Bakanlar Kurulu) talebiyle sinema filmlerinin gösterim öncesi denetlenmesi gerektiğine ilişkin ilgili birimlere bir Tebligat göndermiştir. Sinema bu yıllarda uluslararası anlaşmaların konusu olmuş ve 1926 yılında “*Mugâyir-i Edeb ve Hayâ Neşriyâtın Men-i Tedâvülü Hakkında Beynelmilel Mukâvele*” imzalanmıştır. Bu sözleşmedeki maddeleri, yürürlüğe giren 1926 Türk Ceza Kanunu yaptırıma bağlamıştır. 1930 Hıfzıssıhha Kanunu belli yaştan aşağı çocukların sinemaya girişlerine ilişkin sınırlamalar öngörmüştür. Sinemanın eğlence yanında öğrencilerin ve toplumun eğitim ve öğretimi, propaganda, ülke tanıtımı, iç ve dış dünyada inkıapların tanıtımı gibi fonksiyonlarından yararlanılsa da yerli yapımın sınırlı, ithal yabancı filmlerin gösteriminin yaygın ve sermaye sahiplerinin

kârı öncelediği şartlarda, sinema alanında genel bir düzenleme 1932 yılına kadar yürürlüğe konamamıştır.

1932’de yayınlanan “*Sinema Filimlerinin Kontroluna Ait Talimatname*”, denetimle sınırlı olarak, sinemaya özgü, genel, soyut ve nispeten ayrıntılı kurallar içeren ilk hukukî metindir. 1934’de yapılan eklemeyeyle film senaryoları denetimini de kapsamına alan Talimatnâme, 1986 yılındaki Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’na kadar yapılacak hukukî düzenlemelerin prototipi olması bakımından da önemlidir. 1934 tarihli “*Matbuat Umum Müdürlüğü ve Vazifelerine Dair Kanun*” ile aynı yıl kabul edilen “*Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu*”, ele aldığı her iki kuruma sinema film ve senaryolarının denetimine ilişkin yetki ve görevler veren hükümler öngörmüştür. Böylelikle sinema denetimi, daha sonraki düzenlemelerde atıf yapılacak olan “kanunî” bir dayanağa da kavuşmuş olmaktadır. 1936 yılında, 1932 tarihli Talimatnâme’yi yürürlükten kaldıran “*Sinema Film ve Senaryolarının Kontroluna Dair Talimatname*” yayımlanmıştır. 1937 yılında, sinema filmlerinin halkın eğitiminde kullanılmasını hedefleyen “*Öğretici ve Teknik Filimler Hakkında Kanun*” yürürlüğe konmuştur. Filmlerin denetim yerleri, usulü ve esasları ile denetim ölçütlerine yer veren “*Filimlerin ve Film Senaryolarının Kontroluna Dair Nizamname*” 1939’da kabul edilmiştir. Nizamnâme’yi, benzer mahiyette olan 1977’deki “*Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesi Hakkında Tüzük*” izlemiştir. 1961 Anayasası sinema filmleri hakkında bir hükme yer vermediği gibi, 1963 ve 1976-1979 yıllarında hazırlanan sinemaya özgü iki kanun girişimi de sonuca ulaşamamıştır. 1982 Anayasası’nın 26’ncı maddesi, sinema filmlerinin gösteriminin “izin” sistemine bağlanabileceğini¹ belirtmiştir. 1983’deki “*Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük*”, ihtilal sonrası kabulü hasebiyle denetim kriterlerinin sayısını çoğaltmıştır. 1986 yılında ilan edilen “*Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu*”, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun denetime ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırarak Osmanlı Devleti’nden 1986 yılına kadar uygulanagelen “denetim merkezli” sinema düzenini sona erdirmiştir. Bu kanun sinemaya mahsus olmamakla birlikte,

1 1982 Anayasası’nın sinema filmlerinin izne bağlanabileceğini öngören 26/1. maddesi şu şekildedir: “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir*”.

metinde sinema çok yönlü ele alınmıştır. Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde hazırlanan ve hâlen uygulanan 2004 tarihli “*Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun*”, sinemaya özgü, alanı çok yönlü düzenleyen yegâne genel, soyut ve objektif kurallar içeren hukukî metin özelliğindedir.

Osmanlı'dan günümüze kronolojik olarak bahsi geçen sinema mevzuatı gerek sinema tarihine gerekse sinema mevzuatına yer veren eserlerde inceleme konusu yapılmıştır. Bu çalışmalarda, 1936 tarihli “*Sinema Filim ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatname*” gözden kaçmış gözükmemektedir. Resmi Gazete’de yayınlanan bu Talimatnâme metninin yürürlüğü, dönem gazetelerinde haber konusu olmuş, Kontrol/Sansür Komisyonu Kararlarına yansımıştır. Ayrıca Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi’nde, Talimatnâme’nin hazırlığı, kabulü ve yürürlüğüne ilişkin belgelere yer verilmiştir. Bu makalede, dönem birinci el kaynakları dikkate alınarak Talimatnâme’nin fark edilemeyen sebepleri, ortaya çıkışı, hukukî niteliği, öngördüğü kontrol mercileri, denetim usulü ve denetim kriterleri analitik bir yöntemle değerlendirilecek, uygulamaya yer verilecektir. Makale sonunda, Talimatnâme metni ve iki belge ek olarak sunulacaktır.

I. 1936 SİNEMA FİLM VE SENARYOLARININ KONTROLÜ TALİMATNÂMESİ VE SİNEMA LİTERATÜRÜ

Sinema tarihine bir bütün olarak ya da belli bir dönem itibarıyla yer veren yahut sinemaya hürriyet, sansür, mevzuat boyutuyla bakan çalışmaların genelinde 1936 Talimatnâmesi yer almamıştır. Sinemaya ilişkin yayınların bir kısmı mevzuat konusuyla ilgilenmemiştir. Sinema araştırmalarının yaygın bir kısmı sinema mevzuatına yer vermekle birlikte 1936 Sinema Talimatnâmesi’ni fark edememiştir. Bu kapsamda, Özön, Teksoy, Evren gibi Türk sinema tarihini bir bütün veya Gökmen, Öztürk, Yorgo Bozis-Sula Bozis, Özuyar’da olduğu gibi belli bir dönem veya konu itibarıyla ele alan araştırmacıların eserleri zikredilebilir. Bu kısım dâhilinde sayılabilecek; Tongur, Alyot, Ulaş, Onaran, Tikveş, Özgüç tarafından Osmanlı ile Cumhuriyet’in başlangıç ve sonrası dönemlerine dair yazılan ve sinemayı sansür, denetim veya mevzuat kapsamında ele alan yayınlar daha sonra bu alanda yapılacak çalışmalara da kaynaklık etmeleri bakımından özel bir öneme sahiptir. Nitekim İçel, Tarhanlı, Uçar, Sim, Çiftçi, Baykal, Köse, Ataman, Bingöl-Can Maraşlı, Önder Van Der Lee, Yüksel, Coşkun, Karadoğan-Öztürk’ün sinema sansürü, denetimi veya mevzuatı çerçevesinde ortaya koydukları kitap, makale veya tezlerdeki tarihî bilgiler te-

melde belirtilen bu eserler etkisiyle şekillenmiştir. Sinema alanındaki literatürün nadir bir kısmı ismen ya da kısaca yer vermek suretiyle 1936 Sinema Talimatnâmesini ele almış olup; Lüleci, Ceylan, Beyoğlu, Kahraman ve Usta Arslan'ın tez, kitap veya bildirileri bu kapsamda belirtilebilir.

Tarihçiler, hukukçular, iletişim bilimciler başta olmak üzere sinemaya ilgi duyan farklı alanlardaki araştırmacıların bir şekilde sinema mevzuatına yer veren yayınlarında, genel olarak kronolojik bir yaklaşım izlenerek, merkezî bir kontrol sistemi getiren 1932 tarihli Sinema Filmlerinin Kontrolüne Ait Talimatnâme'ye yer verilmektedir. İcrâ Vekilleri Heyetinin 9 Haziran 1932 tarih ve 12979 sayılı Kararnâmesi ile kabul edilen bu Talimatnâme, 19 Temmuz 1932 tarih ve 2153 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış, 9 Kanunusani 1934 tarih ve 2600 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan bir ilaveyle Talimatnâme kapsamına film senaryolarının kontrolü de dâhil edilmiştir. Daha sonra, İcrâ Vekilleri Heyetinin 29 Temmuz 1936 tarih ve 5092 sayılı Kararnâmesi ile kabul edilen ve 13 Ağustos 1936 tarih ve 3381 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "*Sinema Filim ve Senaryolarının Kontroluna Dair Talimatname*" adlı yeni bir düzenleme yürürlüğe konmuştur. Bu Talimatnâme'nin 16'ncı maddesi 1932 tarihli Talimatnâme ve ilavesini yürürlükten kaldırmıştır. 1936 Sinema Talimatnâmesi'nin kabulü ve yürürlüğü bilgisi Resmî Gazete yanında Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi'ndeki belgelere², dönem gazetelerine³ ve yetkili kılınan sinema denetim Kontrol Komisyonu Kararlarına⁴ yansımıştır. Bu Talimatnâme'nin kabulü ve ilanı dönem resmî belgeleri ve gazetelerde yer almasına rağmen sinema literatürünün geneli tarafından acaba nasıl gözden kaçırılmıştır? Somut bilgiler ışığında bazı çıkarımlarda bulunulabilir.

1930'lu yılların sinemaya ilişkin diğer önemli düzenlemesi İcrâ Vekilleri Heyetinin 19 Temmuz 1939 tarih ve 11551 sayılı Kararnâmesi ile yürürlüğüne karar verilen ve 31 Temmuz 1939 tarih ve 4272 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "*Filimlerin ve Filim Senaryolarının Kontroluna Dair Nizamname*"dir. Mahiyeti bakımından aynı olmakla birlikte 1932 ve 1936 tarihli Sinema Talimatnâmelerinden daha ayrıntılı bir metin olan 1939 Nizamnâmesi, 36'ncı maddesinde yapılan bir hata üzerine bir önceki

2 Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA), 30.18.1.2/67.64.16, 29 Temmuz 1936.

3 Cumhuriyet Gazetesi, 14 Ağustos 1936, s. 1, 3; Akşam Gazetesi, 14 Ağustos 1936, s. 2.

4 Ali **Karadoğan**/Semire Ruken **Öztürk**, Sansür Karar Defterleri Üzerine Bir İnceleme: Türkiye'de Sinema Sansürünün Tarihi (1932-1988), C.I-III, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2022, C. I, s. 32-33, 37-38, 46, 51.

1936 tarihli Sinema Talimatnâmesi yerine, 1936 Sinema Talimatnâmesi'nin daha önce yürürlükten kaldırmış olduğu 1932 Sinema Talimatnâmesi'ni ve ilavesini yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla, aslında yürürlükte olmayan 1932 Sinema Talimatnâmesi sehven iki kez yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hatanın, “tavzih, tashih veya düzeltme” adı altında giderildiğine dair bir Resmi Gazete metni de görülmemektedir. Hatta 8 Ağustos 1939 tarih ve 4279 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan “*Öğretici ve Teknik Filimlerin Kontrolü Hakkında Nizamname*” metni sonunda ilgili mevzuat kronolojik olarak sayılırken, 1939 Sinema Nizamnâmesi ardı sıra 1936 Sinema Talimatnâmesi yerine yine sehven 1932 Sinema Talimatnâmesi'nin yer aldığı dikkat çekmektedir.

Doğrudan Resmî Gazete’ye veya ikinci dereceden kaynaklara atıf suretiyle 1932 Sinema Talimatnâmesine yer veren yayınların çoğunda, 1936 Sinema Talimatnâmesi'nin fark edilememesinde, 1936 Sinema Talimatnâmesi'ni yayınlayan Resmî Gazete'nin ve dönem basınının dönemi ele alan “temel kaynaklarda” görülememesinin veya bir şekilde atlanmasının etkili olduğu söylenebilir. Sinema mevzuatına özellikle Tongur, Alyot, Ulaş, Onaran, Tikveş, Özgüç ve Özön gibi temel kaynaklardan⁵ yararlanarak yer veren yayınların,⁶ bu kaynakların 1936 Talimatnâmesi'ni

-
- 5 Hikmet **Tongur**, Türkiye'de Genel Kolluk Teşkil ve Görevlerinin Gelişimi, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1946, s. 398, 412; Halim **Alyot**, Türkiye’de Zabıta, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Türk Polis Tarihi Araştırmaları Merkezi, Ankara 2008, s. 781-784; Bahri **Ulaş**, “Türkiye’de Film Senaryolarının Tetkiki ve Sinema Filmlerinin Kontrolü”, Türk Kütüphaneciler Derneği Bülteni, C. 7, S. 3-4, 1958, s. 16-20; Alim Şerif **Onaran**, Sinematografik Hürriyet, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayınları, Ankara 1966, s. 132-139; Özkan **Tikveş**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filimlerinin Sansürü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 11-14; Ağâh **Özgüç**, Türk Sineması Sansür Dosyası, Koza Yayınları, İstanbul 1976, s. 8-13; Nijat **Özön**, Türk Sinema Tarihi (1896-1960), 4. Basım, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 240-241.
 - 6 İştâar **Tarhanlı**, “Sinemada Sansür Üstüne”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.4, S.1-3, 1983, s. 125-126; Mustafa **Gökmen**, Başlangıçtan 1950’ye Türk Sinema Tarihi ve Eski İstanbul Sinemaları, Denetim Ajans Basımevi, İstanbul 1989, s. 50-51; Emine **Uçar**, Türk Sinemasında Sansür Konusuna Bir Yaklaşım, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s. 36-39; Şükrü **Sim**, Türkiye’de Sinema Filmleri ve Sansür, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s. 34-36; Ahmet **Çiftçi**, “Mukayeseli Hukuk Açısından Film Denetim Sistemleri ve 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununun Getirdiği Sistem”, Selçuk İletişim, C. 2, S. 1, 2001, s. 22; Serdar **Öztürk**, Erken Cumhuriyet Döneminde Sinema, Seyir, Siyaset, Elips Kitap, Ankara 2005, s. 161-166; Rekin **Teksoy**, Rekin Teksoy’un Sinema Tarihi, C. I-II, 3. Baskı, Oğlak Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 482; Özen **Köse**, Türk Sinemasında Sansür, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul

gözden kaçırmalarına bağlı olarak bu Talimatnâme'yi fark edemedikleri anlaşılmaktadır. Resmî Gazete ve dönem basını hâriç tutulursa, İnternet ortamında kaynaklara ulaşmanın söz konusu olmadığı, tasnif ve kataloglama imkanlarının uzun dönem sınırlı olduğu Arşiv Kaynaklarında, 1936 Talimatnâmesi'ne ilişkin bir bilgiye ulaşamama temel kaynaklar bakımından mazur görülebilir. Literatürde 1936 Sinema Talimatnâmesi'ni görmede etkili diğer önemli bir sebep, sinema mevzuatına yer veren tüm kaynaklarda değinilen 1939 Sinema Talimatnâmesi'nde, yürürlükten kaldırılan önceki Sinema Talimatnâmesi'nin, 1936 Sinema Talimatnâmesi yerine hatalı olarak 1932 Sinema Talimatnâmesi olarak verilmesidir. 1936 Sinema Talimatnâmesi'nin yayınlandığı Resmî Gazete'yi gözden kaçıran literatürün 1939 Sinema Talimatnâmesi'ne yer veren Resmî Gazete'deki yürürlükten kaldırma maddesine bakarak 1936 Sinema Talimatnâmesi'ni fark etme fırsatı da hatalı olarak yürürlükten kaldırma maddesinde 1932 Sinema Talimatnâmesi'nin zikredilmesi nedeniyle mümkün olamamıştır. Böylelikle, literatürün gözden kaçırmasına resmî makamların hatası da eklenince, sinema mevzuatının kronolojik sıralamasında, 1932 Talimatnâmesi'nden sonra 1936 Talimatnâmesi yerine, yaygın bir şekilde 1939 Talimatnâmesi sıralanmıştır.

1936 Sinema Talimatnâmesi'ne yer veren az sayıdaki araştırmanın tarih ve hukuk tarihi alanında yapıldığı görülmektedir. 1936 Sinema Talimatnâmesi gibi geçmiş bir döneme işaret eden bir metne ulaşmada tarih

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 87-90; Afif **Ataman**, Türk Sinemasında Sansür ve Etkileri, Sanatta Yeterlik Tezi, Mimar Sinan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 89-94; M. Burçak **Evren**, Türk Sinemasının 100 Yılı, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, İstanbul 2014, s. 95-96; Yorgo **Bozis**/Sula **Bozis**, Paris'ten Pera'ya Sinema ve Rum Yöneticiler, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2014, s. 140; Kemal Cem **Baykal**, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde 5224 Sayılı Kanun Çerçevesinde Sinema Filmlerinin Denetlenmesi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 117-121; Ali **Özuyar**, Hariciye Koridorlarında Sinema, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019, s. 85-86; Yasemin **Önder Van Lee**, Sinema Filmlerinin Denetiminde Genel Ahlak Kriteri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 173-176; Rahime Fulya **Yüksel**, Sansür Bağlamında Türkiye'de Siyaset, ve Sinema İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 70-71; Sena **Coşkun**, "Sinema Filmlerinin Denetimi", Kitle İletişiminde Denetim, Edt. Ahmet Çiftçi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 270-271; **Karadoğan/Öztürk**, C. I, s. 25; Kayıhan **İçel**, Kitle İletişim Hukuku, Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Basım ve Yayımları, İstanbul 2023, s. 85-86, 468; Mahmut **Bingöl**/Merve **Can Maraşlı**, "Erken Cumhuriyet Dönemi ve Öncesinde Kitle İletişim Alanındaki Yasal Düzenlemeler", İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, S. 64, 2023, s. 166-167.

formasyonunun katkısı inkar edilemez. Buna, önemli miktarda Arşiv belgesinin, Resmî Gazete'nin, kitap, dergi ve gazetenin internet ortamına aktarılması ve geçmiş bir bilgiye, kaynağa metin içi arama yapma imkanını da kullanarak ulaşmanın yakın zamanlarda mümkün hâle gelmesinin kolaylığını da eklemek gerekir. Nitekim 1936 Sinema Talimatnâmesi'ne ismen değinen ya da kısmen inceleme konusu yapan araştırmalar, son 15 yıl içinde yapılan araştırmalar olup bahsedilen teknolojik imkanları kullanmak suretiyle ya Resmî Gazete'ye ya Arşiv belgelerine ya da her ikisine dayanmış gözükmetedir⁷.

II. 1936 SİNEMA FİLM VE SENARYOLARININ KONTROLÜ TALİMATNÂMESİ'NİN ORTAYA ÇIKIŞI

Osmanlı Dönemi'nde olduğu gibi Cumhuriyet'in başlangıç döneminde sinemaya özgü bir düzenleme olmamasının boşluğu iyice fark edilmiştir. Özellikle filmlerin denetimi meselesi ile toplumun eğitim ve öğretimine yönelik filmlerin gösteriminin önemi, düzenleme yapılması ihtiyacını öne çıkaran sebepler olarak görülmüş, 1931 yılında bu alandaki boşluğu doldurmak üzere bir kanun lâyihası hazırlanmasına karar verilmiştir⁸. 19 Mart 1932'de hükümet tarafından hazırlanan Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun

7 Bu kapsamdaki incelemeler için kronolojik sırayla bkz. Yalçın **Lüleci**, İktidar ve Sanat (1923-1950), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 453-454; Ayhan **Ceylan**, “Başlangıçtan Günümüze Türk Sinema Mevzuatında Bir Denetim Kriteri Olarak Din”, Medya ve Din Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2-3 Nisan 2015, Sempozyum Bildirileri, Yay. Haz. Mete Çamdereli/Nihal Kocabay Şener/Betül Onay Doğan, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2015, s. 147-150; Süleyman **Beyoğlu**, İmparatorluktan Cumhuriyete Türk Sineması (1895-1939), Dergâh Yayınları, İstanbul 2018, s. 216-219; Özlem **Kahraman**, Türkiye'de 1923-1950 Yılları Arasında Sinema ve Tiyatro, Yüksek Lisans Tezi, Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s. 188-202; Kader **Usta Arslan**, Türkiye'de Sinema Filmleri Mevzuatında Öndenetim, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024, s. 71-86.

8 Tiyatro ve sinema biletlerinden alınan verginin azaltılmasına yönelik Meclis'e sunulan bir kanun teklifinin esbâb-ı mücibesinde; “...Tiyatro ve sinemaların âlemi medeniyete ve bilhassa halkın terbiyei içtimaiyesine ve tehzibi ahlâkına ettikleri hizmet gayri kabili inkârdır. Maarife ettikleri hizmet ise pek büyüktür. Bu husus son harf inkılâbımızda sinemalarımızın matbuattan ziyade hizmetleri sebkât etmiştir. Gazetelerimizin yevmiye kırk elli bin kariine mukabil sinemalarımız umum Türkiye'de en aşağı yevmiye yarım milyon halka yeni harflerin okunmasını öğretmişlerdir, ilmi, fennî, siyasi, içtimai büyük bir propaganda vasıtası olan tiyatro ve sinemalara Hükümetimizin de pek ziyade ehemmiyet vermesi iktiza etmektedir...” şeklinde sinemanın

Lâyihası Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmuştur. Kanun Lâyihasının Esbâb-ı Mûcibesi'nde; sinema filmlerinin gösterim öncesi muayenesinin ve polis izninin gerekli görüldüğü, sinemalar ve filmler hakkında mevcut usulün ihtiyacı karşılamadığı, bu kapsamda esaslı ve ayrıntılı bir talimatnâme hazırlanacağı belirtilmekteydi⁹. Nitekim 1932 Sinema Filmleri Kontrolü Talimatnâmesi'nin bu kapsamda hazırlandığı görülmektedir¹⁰. Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanun Lâyihası'nın görüşmeleri esnasında, Dâhiliye Vekili Şükrü Kaya, sinema filmlerinin bir heyet tarafından, çıkarılacak bir nizamnâme gereğince kontrol edileceğini belirtmiştir. Meclis görüşmelerinde, Giresun Milletvekili Hakkı Tarık Bey'in aktüel filmlerin denetiminin çıkarılacak nizamnâmede ayrı bir usule tâbi olması teklifi de Dâhiliye Vekili tarafından uygun görülmüştür¹¹. Meclis görüşmelerinden anlaşıldığı kadarıyla, 1932 tarihli Talimatnâme sonrası; "talimatnâme" ya da "nizamnâme" şeklinde yeni bir düzenleme yapılması düşüncesi yerleşmiş durumdadır. 1934 tarihli "*Matbuat Umum Müdürlüğü ve Vazifelerine Dair Kanun*"un¹² 1'inci maddesi gereği kurulan Dâhiliye Vekilliğine bağlı Matbuat Umum Müdürlüğünün vazifeleri arasında; "*Radyo, filim ve tiyatro gibi efkârı umumiye ile alâkadar olan vasıtaları murakabe etmek*" (1/j) ile "*Memleket dahilinde yapılan filimlerin senaryolarını ve hariçten*

önemi dile getirilmiştir. TBMM Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İçtima, 22. İn'ikat, Sıra No: 36, C. 24, s. 1, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d03/c024/tbmm03024022.pdf>, E.T. 5.4.2025. Bu teklif kabul edilmemekle birlikte, hem denetime hem de sinemanın toplumu aydınlatma yönüne işaret eden TBMM Kararı alınmasına yol açmıştır. 19 Ocak 1931 tarih ve 602 sayılı sinemalar hakkında TBMM Kararı şu şekildedir: "*Memleketimize getirilecek sinema filimlerinin inkılâbımızın gayelerine, içtimâî vaziyetimize uygun olmasını ve bilhassa çocukların ve gençlerin terbiye ve tenvirine hadim filimler celbedecek müesseselerin daha fazla müsaadelere mazher edilmelerini temin eyliyecek surette Hükûmetçe bir kanun lâyihası hazırlanmasına... Umumi Heyetin yirmi ikinci in'ikadının birinci celsesinde karar verilmiştir*". Resmî Gazete (R.G.), 27 Kânunusani 1931, S. 1710.

- 9 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu Lâyihası'nın Esbâb-ı Mûcibesi için bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, 4. Devre, 3. İçtima, 77. İn'ikat, Sıra No. 205, C. 23, s. 1-6. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023077.pdf>, E.T. 5.4.2025.
- 10 Onaran, s. 135 d.n.2.
- 11 Dâhiliye Vekili Şükrü Kaya, görüşmeler sırasında; "*son zamanlarda çıkan senaryolu filmlerin sinemalarda gösterilmesi efkârı umumiyede iyi tesir bırakmadı*" demektedir. TBMM Zabıt Ceridesi, 4. Devre, 3. İçtima, 77. İn'ikat, C. 23, s. 407.
- 12 R.G., 29 Mayıs 1934, S. 2713.

gelen filimleri kontrol etmek” (2/i) bulunmaktadır 1934 yılında kabul edilen “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu”nun¹³ 6’ncı maddesinde; *“Hariçten gelen filimlerin gösterilmesi ve dahilde yapılacak filimlerin çekilmesi polisin iznine bağlıdır. Polis filimlerin ve senaryoların tetkik ve muayene işini alâkalı makamlarla birlikte ve nizamnamesine göre yapar”*, hükmüne yer verilmektedir. Geline aşamada, sinema film ve senaryo denetimi, genel hükümlerle de olsa kanun¹⁴ kapsamına alınmıştır. Ancak sinemayı çok yönlü düzenleyen bir kanun yine çıkarılamamıştır. Her iki kanunda bahsedilen denetimi ayrıntılandırarak bir hukuki metne ihtiyaç duyulmaktadır. 1932 Sinema Filmleri Kontrolü Talimatnâmesi yürürlükte olsa da, “kanunî” bir dayanağa sahip, zamanla ortaya çıkan eleştirileri ve ihtiyaçları dikkate alarak Dâhiliye Vekâleti bünyesinde, Genelkurmay Başkanlığı ile bütün vekâletlerin mütâlaalarını almak suretiyle¹⁵ film ve senaryoların denetim mercilerini, usulünü ve denetim kriterlerini ayrıntılı olarak düzenleyen¹⁶ 1936 tarihli Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolü Talimatnâmesi hazırlanarak kabul edilmiştir. Yeni Talimatnâme ile 1932 Sinema Talimatnâmesi yürürlükten kaldırılmıştır.

III. 1936 SİNEMA FİLM VE SENARYOLARININ KONTROLÜ TALİMATNÂMESİ’NİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolü Talimatnâmesi, 1932 Sinema Film ve Senaryoları Talimatnâmesi’nde olduğu gibi Dâhiliye Vekâletinin yazılı teklifi üzerine İcrâ Vekilleri Heyetinin tasdik etmesiyle “talimatnâme” şeklinde yayınlanan pozitif bir hukuk metnidir. Hazırlandığı dönem itibariyle talimatnâmeler, ilgili

13 R.G., 14 Temmuz 1934, S. 2751.

14 1932 Sinema Talimatnâmesi Tasarısı hakkında çeşitli vekâletlerden de görüş istenmişti. Adliye Vekâleti, filmlerin “men’ini temin için” bir kanuna ihtiyaç olduğunu dermeyer etmiştir (BCA, 30.18.1.2/67.64.16.).

15 BCA, 30.18.1.2/67.64.16.

16 1936 Film ve Senaryolarının Kontrolü Talimatnâmesi’nin başlanıç kısmında; *“Matbuat Umum Müdürlüğü teşkilâtına ve vazifelerine dair olan 2444 numaralı kanunun birinci maddesinin (J) ve ikinci maddesinin (I) fıkralarile 2559 numaralı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 6 ncı maddesi mucibince sinema senaryo ve filimlerinin muayene ve tetkiklerle halka gösterilmesine izin verilmesi işbu talimatname hükümlerine bağlıdır”* ifadesine yer verilmektedir. R.G., 13 Ağustos 1936, S. 3381.

nezâretin kabulü ve yürürlüğünü arzetmesiyle İcrâ Vekilleri Heyetinin bir işlemi olan kararnâme ya da bakanlık veya kamu kurumlarının bir tasarrufu olarak müstakilen yayınlanabilmekteydi. Bir diğer ifadeyle, İcrâ Vekilleri Heyeti yanında nezâretler (bakanlıklar) ve kamu kurumları da talimatnâme kabul ederek ilan edebilmekteydi¹⁷.

1894 Tiyatro Sansür Talimatnâmesi¹⁸ ile kitap, risale, tiyatro ve sinemayı kapsayan 1914 Sansür Talimatnâmesi¹⁹ örneklerinde olduğu üzere Osmanlı Devleti'nde de hukukun yazılı şekli bir kaynağı olarak talimatnâmeler yayınlanmaktadır. Kanun, nizamnâme gibi genel, soyut ve objektif kurallar içeren talimatnâmeler, idarî bir tasarrufla ortaya çıkmaktadır²⁰. Talimatnâmeler, 1932 Sinema Talimatnâmesi'nde olduğu gibi bazen bir kanunî dayanak olmaksızın yayınlanırken, 1936 Sinema Talimatnâmesi'nde görüldüğü üzere bazen kanunî bir dayanakla ilan edilebilmektedir. 1924 Anayasası talimatnameye yer vermezken, “*kanunların tatbik suretini göstermek veya emrettiği konuları belirlemek*” üzere Şûra-yı Devlet incelemesinden geçirilmek şartıyla İcrâ Vekilleri Heyetinin nizamnâme yapabileceğini (m.52) düzenlemektedir. 1930'lu yıllar itibarıyla, talimatnâmenin düzenleme alanı bakımından nizamnâmeden büyük bir farklılık göstermediği söylenebilir. Nitekim 1936 Sinema Talimatnâmesi de 1934 Matbuat Umum Müdürlüğü ve Vazifeleri Kanunu ile 1934 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu gereğince, her iki kanunda yer verilen “denetim konusunu belirtmek” ya da ayrıntılandırmak üzere çıkarılmıştır.

17 Sözelimi Maarif Vekâletince tanzim edilen Dil Heyetinin Vazifeleri Hakkında Talimatnâme, İcrâ Vekilleri Heyeti tarafından tasdik olunurken (R.G., 12 Kanunusani 1929, Sy. 1090), PTT Memurları Hakkında İnzibat Cezaları Talimatnamesi ilgili bakanlık (R.G., 17 Teşrinievvel 1935, Sy. 3134), Orman Umum Müdürlüğüne Ait Talimatnâme (R.G., 26 Ağustos 1938, Sy. 10496) ilgili Müdürlük tasarrufu olarak yayınlanmıştır.

18 Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, (BOA), Maarif Nezareti Mektubi Kalemi, (MF.MKT), 239/36, 20 Safer 1312/23 Ağustos 1894.

19 Sansür Talimatnâmesi, İstanbul 1330.

20 Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I-III, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, C. I, s. 389.

IV. 1936 SİNEMA FİLM VE SENARYOLARININ KONTROLÜ TALİMATNÂMESİ'NİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Talimatnâme, başlangıç, 18 madde ve bir muvakkat maddeden oluşmaktadır. Başlangıç kısmında, düzenlemenin sebebi ve konusuna yer verilmiştir. Metinde, “İlk muayene yeri” (m.1), “Başvurma yolu” (m.2), “Yasaklar” (m.3-4), “İzin vesikası” (m.5), “Kontrol komisyonu” (m. 6-8), “Komisyon kararlarına itiraz” (m.9-10), “Filimlerde Türkçe yazılar” (m.11), “Masraflar” (m.12) şeklinde bölüm başlıkları düzenlenmiştir. Ayrıca bir başlık olmasızın; “sıhî ve içtimâî” filmler ile “terbiyevî ve hususî filimler” (m.12-15), “yürürlük” (m.16,17,19) ve “aktüalite filmleri”ne ilişkin muvakkat bir madde yer almaktadır. Talimatnâmenin, bölüm başlıkları ve içeriği dikkate alındığında, 1934 Matbuat Umum Müdürlüğü ve Vazifeleri Kanunu ile 1934 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’na dayanarak, bu kanunlarda öngörülen film ve senaryo kontrolünü; başvuru usulü, kontrol komisyonları, denetim ilkeleri, komisyon kararları ve itiraz ve farklı bir rejime tâbi tutulan filmler şeklinde ayrıntılandırarak düzenlediği görülmektedir. 1937 yılında Talimatnâme’nin 2’nci ve 5’inci maddelerinde değişiklik ile bir yeni madde ilâve etmeyi öngören bir çalışma yapılmıştır. Dâhiliye Vekâleti tarafından hazırlanıp İcrâ Vekilleri Heyetinin onayına sunulan bu tadil talebi, Başvekâletçe (Başbakanlık); Talimatnâme’nin Genelkurmay Başkanlığı ve bütün vekilliklerin (bakanlık) mütâlaaları alınmak suretiyle hazırlandığı ve aynı usulün Talimatnâme’nin tadilinde de izlenmesi gerektiği gerekçesiyle geri çevrilmiştir²¹. Arşiv belgelerinde, sürecin sonrasına ilişkin bir belgeye rastlanılamamış; Resmi Gazete’de yapılan taramada da tadil teklifinin yürürlüğüne ilişkin bir bilgiye ulaşılamamıştır.

Sinema senaryo ve filmlerinin kontrolünü isteyen kimse İstanbul Valiliğine bir dilekçe ile başvuracaktır. Dilekçeye bağlı beyannamede, filmin adı, uzunluğu, dili, yazarı ve hangi kurumun eseri olduğu belirtilecektir. Film senaryosunun, söz ve şarkıların orijinal metni, filmde geçen her türlü yazının Türkçe’ye çevrilmiş şekilleri

21 BCA, 30.18.1.2/67.64.16.

ve ilgili film müessesesi tarafından filmin ilan ve afişleri teslim edilecektir. Yabancı ülkelere getirilen filmlerin kontrolü gümrük muamelesi öncesi yapılacak, filmler, kontrolün yapılacağı salona götürülüp, denetim sonrası gümrüğe geri gönderilecektir (m. 2).

B. Kontrol Komisyonu

1932 Sinema Talimatnâmesi'nde öngörülen “merkezî” kontrol sistemi yeni Talimatnâme’de de sürdürülmüştür. Buna göre film kontrolü, İstanbul Valiliği tarafından daimî olarak belirlenecek bir mekanda, “bir defaya mahsus olmak üzere” İstanbul’da bir komisyon tarafından gerçekleştirilecektir (m.1). Kontrol Komisyonu, Dâhiliye Vekâleti adına Emniyet İşleri ve Matbuat Umum Müdürlüklerinden seçilecek iki ve Millî Emniyet Reisliğince gösterilecek bir memurla, Kültür Bakanlığınca tayin olunacak bir temsilciden oluşacaktır. Askerlikle ilgili filmlerin kontrolünde Büyük “*Erkanıharbiye Reisliği*” (*Genelkurmay Başkanlığı*), ekonomi, tarım, sağlık veya sosyal nitelikli filmlerde ilgili bakanlık temsilcisi davet olunacaktır. Komisyona vali başkanlık edecek veya üyelerden birini vekil tayin edecektir (m.6). Komisyon, günde iki filmi geçmemek üzere haftada dört gün kontrol yapacaktır (m.8).

C. Denetim Kriterleri

Talimatnâme’nin 3’üncü maddesinde yer verilen denetim kriterleri ya da “yasaklar” şunlardır:

1-“*Herhangi bir devletin Türkiye’de siyâsî propagandasını*” yapma,

2-“*Herhangi bir ırkı, herhangi bir milleti tezyif*” etme,

3-“*Şark milletlerini, müstemleke halklarını aşağı, yabanî mah-luklar şeklinde gösterme, onlar aleyhinde propaganda*” yapma,

4-“*Din propagandası*” yapma,

5-“*Umumî terbiye ve ahlaka mugâyir*” olma “ve askerlik şeref ve şevkini” kırma,

6-“*Memleketin inzibat ve emniyeti bakımından zararlı*” olma,

7-“*Cürüm işlemeye tahrik*” etme,

8-“*Zamanın geçmesiyle filmlerin yıpranması ve perde üzerinde gözleri yoracak derecede eskimiş*” olması.

1936 Sinema Talimatnâmesi’nde 1932 Sinema Talimatnâmesi’nde yer almayan kriterler olduğu göze çarpmaktadır.

“Herhangi bir devletin Türkiye’de siyasi propagandasını yapma”, “herhangi bir ırkı, herhangi bir milleti tezyif etme”, “Şark milletlerini, müstemleke halklarını aşağı, yabanî mahluklar şeklinde gösterme, onlar aleyhinde propaganda yapma” ve “cürüm işlemeye tahrik etme” 1936 Sinema Talimatnâmesi’ne ilave yeni kriterler olarak görülmektedir.

D. Komisyon Kararları

Talimatnâme’ye göre Türkiye’de yapılacak filmlerin önce senaryoları kontrol edilecek, kontrol kriterlerine uygun bulunduğu senaryo filme çekilecektir. Senaryo filme çekildikten sonra Komisyon tarafından bu kez film hâliyle tekrar kontrol yapılacaktır (m.4).

Yapılan inceleme sonrası gösterilmesinde sakınca görülmeyen filmler Komisyon tarafından imzalı belgelerle kayıt altına alınacak ve Emniyet Müdürlüğü tarafından film sahibine izin vesikası verilecektir. Böylece merkezî bir kontrolden geçen film bundan sonra herhangi bir kontrole tâbi tutulmaksızın Türkiye’nin her tarafında gösterilebilecektir. Öte yandan ülke dâhilinde yapılan “merâsime veya umumî manzaralara” ilişkin sinemaya alınacak “fotoğrafların” çekilmesi için de polisten izin alınacaktır. Bu gibi fotoğraflar komisyonca kontrol edilmeden yabancı ülkelere gönderilemeyecektir (m.4).

Komisyon, denetimi akabinde, filmlerin bazı kısımlarının kesilmesi veya isminin değiştirilmesi şartıyla gösterime karar verebilecektir. Bu durumda, filmin o kısımları veya ismi sahibinin rızasıyla kestirilecek veya değiştirilecektir. Gerekli düzeltmelerle gösterilmesine izin verilen filmlerin kesilen kısımlarının gösterilmesine imkan vermemek amacıyla keyfiyet ilgili birimlere bildirilecektir (m.7).

E. Komisyon Kararlarına İtiraz

İstanbul Komisyonu tarafından öndenetimi yapılan bir film, Film Kontrol Komisyonu üyelerinden birisinin itirazı veya gösterilmesine izin verildiği halde sakıncalı olduğunun ilgili vekâletçe duyulması ya da verilen karara film sahibinin rıza göstermemesi hâlinde ikinci kez Ankara’da incelenecektir. Bu hâlde kontrol, ilgili vekâlet temsilcilerinden oluşan bir komisyon marifetiyle gerçekleştirilecektir (m.9). İstanbul Komisyonunun kararlarına karşı yapılan

itirazlar Ankara Valiliği tarafından belirlenecek bir sinemada yapılacaktır (m.1). Tekrar kontrol sonrasında İstanbul Komisyonunun kararı onanacak veya reddedilecektir. Ankara Komisyonu tarafından alınan karara film sahibi gerekçe belirterek Dâhiliye Vekilliği nezdinde itiraz edebilecektir. Dâhiliye Vekili gerekli gördüğü takdirde kendi başkanlığında Komisyonu yeniden toplayacak ve filmi tekrar kontrol ettirerek kesin kararı verecektir. (m.9). Ankara Komisyonu kararlarını oyçokluğuyla alacaktır. Komisyonunda muhalif kalan üye gerekçe göstererek karara itiraz edebilecektir. Dâhiliye Vekili gerekli görürse bu itirazı dikkate alarak Komisyonu kendi başkanlığı toplayacak ve kesin kararı yine Dâhiliye Vekili belirleyecektir (m.10). Böylelikle, senaryo ve filmlerin kontrolünde, ilk denetim yeri olarak İstanbul Komisyonu, bu Komisyonun kararlarına karşı Ankara Komisyonu, bu Komisyonun kararlarına karşı da gerekli görmesine bağlı olarak başkanlığında topladığı Komisyonunda kesin kararı verecek Dâhiliye Vekilinden oluşan üç aşamalı bir sistem öngörüldüğü görülmektedir.

V. 1936 SİNEMA FİLM VE SENARYOLARININ KONTROLÜ TALİMATNÂMESİ'NİN UYGULAMASI

Talimatnâme'nin yürürlükte olduğu 1939 yılına kadarki yaklaşık üç yıllık sürede nasıl bir uygulama seyri geçirdiğine ilişkin en önemli bilgi kaynakları Kontrol Komisyonu tarafından tutulması öngörülen (m.5) karar defterleridir. Bu konuda dergi veya gazetelere yansıyan istatistik kabilinden bilgiler de görülebilmektedir²². Denetim başvuruları üzerine komisyonlar tarafından verilen kararların yer aldığı karar defterleri üzerine 2022 yılında bir çalışma yapılmıştır²³. Komisyon kararlarından biri "*The Drum*" filmi hakkındadır. A.E.W. Mason'un 1937 tarihli bir romanından uyarlanan 1938 yapımı İngiliz filmi Hindistan'ın bir eyaletinde İngiliz nüfuzunun kurulmasıyla ilgilidir. İngiliz propagandası yaptığı ve Müslümanları

22 Kontrol Komisyonunun son bir buçuk sene içinde yaptığı denetimde, 691 film kontrol edilmiş, 16 film reddedilmiş, 14'ü bazı tadilatla kabul edilmiştir. Bkz. Cumhuriyet, 5 Kânunuevvel 1933, s. 2; Milliyet, 5 Kânunuevvel 1933, s. 3. Yine Polis Mecmuası'nda yer alan bir bilgide, kontrol edilen 231 filmin 10'unun reddedildiği, 10'unun da değişiklik öngörülerek kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. Polis Dergisi, Y. 23, S. 307, 1936, s. 3695.

23 Karadoğan/Öztürk, C.I-III.

Hindistan'ın düşmanları olarak takdim ettiği iddialarıyla Müslümanlar tarafından protesto edilen film, sonunda Hindistan'da o dönem gösterimden kaldırılmıştır²⁴. Talimatnâme'nin denetim kriterlerine ilişkin ilk üç maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Komisyon tarafından alınan ittifak kararıyla film Türkiye dâhilinde ve Hatay'da gösterimden yasaklanmıştır²⁵. Komisyon 25 Mart 1938 tarihli kontrolünde, “*Çöl Kızı Cemile*” adlı Türkçe sözlü yabancı filmin “ezan ve namaz kısımları çıkarıldıktan sonra” halka gösterilmesine karar vermiştir²⁶. Komisyonun filmin bir kısmını, denetim kriterlerinin 4'üncü maddesinde yer alan; “din propagandası yapma” kapsamında bir ihlâl olarak gördüğü ve Talimatnâme'nin 7'nci maddesinde yer alan; “mahzur görülen kısmın kesilmesi suretiyle yayımlama” yetkisini kullandığı anlaşılmaktadır. Kontrol Komisyonu yaptığı ödenetimde “*Kiss of Araby*” adlı filmin gösterimine izin vermemiştir. Film sahibi Talimatnâme'nin 9'uncu maddesindeki hakkı kapsamında Ankara Komisyonunda filmin tekrar incelenmesini istemiştir. Ankara Komisyonu yaptığı kontrol sonrası, filmi, denetim kriterlerinin; “Müstemleke halklarını aşağı gösterme” ve “Umumî terbiye ve ahlaka mugayir olma ve askerlik şeref ve şevkini kırma” şeklindeki 3'üncü ve 5'inci maddelerine aykırı bularak yasaklamıştır²⁷.

1938 yılında çekilmiş “*Beyaz Esire (L'esclave Blanche)*” adlı Fransız film, bir film şirketi tarafından ithâlî esnasında Komisyonca yapılan 24 Nisan 1939'daki kontrol neticesi reddedilmiştir. Daha sonra film Ankara Komisyonunun incelemesine götürülmüştür. Ankara Komisyonu tarafından 16 Mayıs 1939'da yapılan kontrolde, film, “Türk milletini tehzil (alaya alma)” gerekçesiyle tekrar gösterimden yasaklanmıştır. Komisyonun bu kararı esnasında Maarif ve Hâriciye Vekâletleri temsilcileri şerh düşerek; “filmin bazı ilavelerle gösterimi” lehine görüş belirtmişlerdir. Karar Defterindeki kayıtlardan anlaşıldığı kadarıyla, film, film sahibinin yaptığı itiraz neticesinde 15 Ocak 1940 tarihinde Ankara Komisyonu tarafından

24 Prem Chowdhry, “Propaganda and Protest: The Myth of the Muslim Menace in an Empire Film (The Drum, 1938)”, *Studies in History*, C. 16, S. 1, February 2000, s. 110-122.

25 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 32-33.

26 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 36.

27 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 37-38.

tekrar incelenerek bir önceki karardaki gerekçeyle reddedilmiştir. Burada dikkat çeken yön, İstanbul ve Ankara Komisyonlarının karar verme dönemlerinde, Talimatnâme'nin; Ankara Komisyonunun tekrar inceleme yaptığı tarih olan 15 Ocak 1940'da ise 31 Temmuz 1939 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan "*Filimlerin ve Filim Senaryolarının Kontroluna Dair Nizamname*"nin yürürlükte olmasıdır. Her iki düzenleme de Dâhiliye Vekiline Ankara Komisyonunun incelemesi sonrası belli durumlarda kararı tekrar inceleme yetkisi tanımaktadır. Ancak 1940 tarihindeki red gerekçesi, yani "bir milleti tezyif etme (aşağılama)" hem önceki hem yeni düzenlemede bulunmaktadır. Karar Defterlerini inceleyen kaynakta, 1940 tarihli karar hakkında, Talimatnâme ya da Nizamname'den hangisine atıf yaptığına ilişkin bir bilgi yer almamaktadır²⁸.

10 Aralık 1937 yılında İstanbul Komisyonu, Azerî sanatçı Üzeyir Hacıbeyov'un aynı adlı operetinden uyarlanan "*Arşın Mal Alan*" adlı Amerika'da yapılan Ermenice filmin orijinal diliyle gösterimini "Ermenice propagandası ve azınlık dili olması" gerekçesiyle reddetmiştir. Film sahibinin başvurusu üzerine Ankara'da tekrar incelenen film, ilk başvurudaki gerekçeyle, 11 Ocak 1938'de alınan ittifak kararıyla gösterime uygun bulunmamıştır. Film sahibinin Dâhiliye Vekâleti nezdindeki müracaatı üzerine 18 Nisan 1938'de Ankara Komisyonu tarafından tekrar denetlenen filmin bu kez Ermenice yerine Türkçe dublajlı olarak gösteriminde bir mahzur olmadığı ittifakla kararlaştırılmıştır²⁹.

Filmlerin öndenetim şeklinde olmayıp gösterim sonrası denetlenmesi genellikle yabancı elçiliklerin şikayeti ile gerçekleşmektedir. Dâhiliye Vekili, Ankara Valiliğine gönderdiği yazıda, 1937 tarihli Fransız yapımı "*Vazife Uğrunda*" adlı filmin Alman milletini rencide ettiği gerekçesiyle Alman Elçiliği tarafından Hâriciye Vekâletine şikayet edildiğini ve filmin Ankara Komisyonu tarafından kontrol edilinceye kadar gösteriminin yasaklanmasını istemiştir. Komisyon tarafından yapılan incelemede, Talimatnâme'nin

28 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 42-42, 50-51.

29 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 43, 46-47.

3'üncü maddesine aykırı görülen filmin ülkede gösteriminin yasaklanmasına karar verilmiştir³⁰. Elçiliğin şikayetinden hareketle yasaklamanın gerekçesi, Talimatnâme'nin 3'üncü maddesinde yer alan kontrol kriterlerinden; "*Herhangi bir ırkı, herhangi bir milleti tezyif*" etmeye aykırılık olmalıdır. Dâhiliye Vekilinin gösterimde olan bir filmin tekrar kontrolünü Ankara Komisyonundan istemesinin dayanağı ise Talimatnâme'nin 9'uncu maddesinde yer alan yetkinin uygulanması olsa gerektir³¹. "*Kızıl İzdivaç (Knight Without Armour)*" adlı İngiliz yapımı filmin, 1 Aralık 1937 tarihinde yapılan kontrolünde, bazı sahnelerin çıkarılması şartıyla halka gösterilmesinde mahzur olmadığına karar verilmiştir³². Sovyet Elçiliği, Ankara'da sinemada gösterilen bu filmin, "*Sovyet ihtilali, Kızıl Ordusu ve muhâriplerine karşı tahkir edici*" mahiyette olduğu iddiasıyla yasaklanmasını istemiştir³³. Belgelerden anlaşıldığı kadarıyla, dostane ilişkiler sürdürülen devletlerden olan Sovyetler aleyhinde "propaganda" mahiyetinde görülen film Komisyon tarafından yasaklanmıştır. Muhtemelen Komisyon, bu yasağı, Talimatnâme'nin denetim kriterlerinden olan; "*Herhangi bir milleti tezyif etme*" maddesine dayandırmıştır. Bunun üzerine ilgili film şirketi, büyük masraflar yaptığı filmin gösterimine izin verilmesi yönünde araya İngiliz Elçiliğini, hatta İngiliz Dışişleri Bakanını koymuş³⁴, ancak filmin bazı sahnelerin çıkarılmasıyla mahiyetinin değişmeyeceği ve tekrar gösteriminin mümkün olamayacağı resmî görevlilerce ifade edilmiştir³⁵. Alman Başkonsolosluğu, İstanbul Valisine gönderdiği yazıda, gösterime girecek "*Casus Mard Rişard (Marthe Richard)*" adlı Fransız filmin Almanya aleyhtarlığını tahrik etmesi nedeniyle yasaklanmasını istemektedir. Elçilik yazışmaları usûl dâhilinde

30 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 33.

31 Talimatnâme'nin 9'uncu maddesinde; filmin "*gösterilmesine müsaade edildiği halde bunun mahzurlu olduğu alâkadâr vekâletçe duyulur*" ise filmin ikinci kez Ankara'da tetkik edileceği belirtilmektedir.

32 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 63-64.

33 Dışişleri Bakanlığı Türk Diplomatik Arşivi (TDA), 534/37358/150145/9/ 21 Nisan 1938.

34 TDA, 534/37358/150145/6/15 Ağustos 1938; TDA, 534/37358/150145/5/ 20 Ağustos 1938.

35 TDA, 534/37358/150145/8/ 24 Ocak 1939.

Hâriciye Vekâleti aracılığıyla gerçekleşmektedir. İstanbul Film Komisyonunca 13 Ekim 1937’de kontrolü yapılan filmin gösterimine izin verilirken, daha sonra 24 Kasım 1937’de Ankara Komisyonunda tekrar kontrol edilmiş ve filmin bazı sahnelerin çıkarılması şartıyla gösterimi uygun bulunmuştur³⁶.

Dönemde ithal yabancı filmler yanında nadiren Komisyon incelemesine tâbi Türk filmi de görülmektedir. Karar Defterinde “*Türk Mucizesi*” adıyla kayda geçen film, eski ve yeni güncel haber veya olayları bir araya getiren bir aktüalite filmidir. “*Türk İnkılabında Terakki/İleri Hamleleri*” adıyla da bilinen film, İstanbul Komisyonunca, Ankara Komisyonu tarafından incelenmesinin lüzumlu görülmesi sonrasında Ankara’da kontrol edilmiştir. Yapılan değerlendirmede; filmin isminin değiştirilmesi, bazı bölümlerinin tamamen bazı bölümlerinin kısmen çıkarılması, bazı bölümlerde de eklemeler yapılması belirtilmiş, değişikliklerin yapıp yapılmadığını tespit etmek amacıyla da filmin tekrar denetimi kararlaştırılmıştır³⁷.

SONUÇ

Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolüne Dair Talimatnâme, 1932 Sinema Talimatnâmesi’ni yürürlükten kaldırarak 1939 yılındaki Film ve Film Senaryolarının Kontrolü Nizamnâmesi’nin kabulüne kadar yaklaşık üç yıl uygulanmıştır. Sinema tarihine veya mevzuatına yer veren temel kaynaklarda 1936 Sinema Talimatnâmesi’ni yayınlayan Resmi Gazete’nin, haber konusu yapan dönem basınının gözden kaçırılması, tabii olarak 1936 Sinema Talimatnâmesi’nin de gözden kaçmasına sebep olmuştur. Fark edilememe, temel kaynaklara dayanarak Türk sinema mevzuatını ele alan ve bugüne kadar gelen sinema literatürünün geneli bakımından da geçerli olmuştur. Buna bağlı olarak, mevzuat, hürriyet veya sansür boyutuyla sinema tarihine değinen çalışmalarda, 1932 Sinema Talimatnâmesi sonrası 1936 Sinema Talimatnâmesi atlanarak, 1939 Sinema Talimatnâmesi ele alınmıştır. 1936 Sinema Film ve Senaryolarının Kontrolü Talimatnâmesi’nin varlığını tespit, içeriğini ve uygulamasını inceleme

36 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 66-67.

37 Karadoğan/Öztürk, C. I, s. 74-75.

amacı taşıyan bu makalenin, sinema mevzuatı tarihindeki eksik halkayı tamamlayacağı ve ilgili sinema mevzuatının tekrar gözden geçirilmesine katkıda bulunacağı umulmaktadır.

Osmanlı'dan Cumhuriyet'in başlangıç dönemine kadar sinemaya özgü genel hukukî bir metin konamadığı dikkate alınırsa, 1936 Sinema Talimatnâmesi, kronolojik sırayla; 1932, 1936, 1977 ve 1983 yıllarında ilan edilen “denetim merkezli”, soyut ve objektif kurallara yer veren sinema düzenlemelerinin ikincisi konumundadır. 1932 Sinema düzenlemesinde olduğu gibi idarî bir tasarruf olarak “talimatnâme” şeklinde yayınlanmıştır. Ancak 1932 Talimatnâmesi'nden farklı olarak 1934 Matbuat Umum Müdürlüğü ve Vazifeleri Kanunu ile 1934 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na dayanarak ilan edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, “kanunî” bir dayanakla, her iki kanunda öngörülen “film ve senaryo denetimini” ayrıntılı bir şekilde belirlemek üzere çıkarılmıştır. Talimatnâme'nin, sistematik açıdan eksik, yazımda hatalı ve açıklıktan yoksun bir şekilde kaleme alındığı söylenebilir. Bu kapsamda, Talimatnâme'de; m.13-18 arasında bölüm başlıklarına yer verilmemesi, m. 4'de denetim kriterlerine yer veren 3'üncü madde yerine sehven 10'uncu maddeye atıf yapılması, çeşitli maddelerde yer verilen “vekâlet”in hangisi olduğuna ilişkin yeterli açıklık olmaması örnek verilebilir. Resmî belgelere ve dönem basınına yansıdığı üzere bazı kelimelelerin; film, “filim”, sansür, “sansör” şeklinde nispeten farklı yazılabildiği görülebilmektedir. Çalışmada metin adlarına yer vermek gerektiğinde tırnak içinde göstermek suretiyle orijinallige dikkat edilmiştir.

Talimatnâme'de, kontrol/denetim kavramı, çoğunlukla “öndenetim/sansür” anlamında gösterim öncesi safhaya, bazen de gösterim sonrası safhaya işaret eder şekilde kullanılmıştır. 1932 Sinema Talimatnâmesi'nde düzenlendiği üzere denetim yine “merkezî ve sistematik” bir usulle, İstanbul ve Ankara Komisyonlarında gerçekleştirilmiştir. 1936 Sinema Talimatnâmesi'nde, film ve senaryoların denetiminde, İstanbul ve Ankara Komisyonlarında kararlar, yapılarını oluşturan bakanlık veya Genelkurmay Başkanlığı “bürokratlar”ından oluşan bir “komisyonca” alınırken, Ankara Komisyonunun kararlarına karşı yapılan itirazlarda, bir komisyon toplanmasına rağmen, itirazın dikkate alınması ve kesin karar “Dâhiliye Vekili” tarafından verilmektedir.

Yerli film yapımının çok sınırlı olduğu dönemde, denetime muhatap olan filmlerin çoğunluğu ithal edilen yabancı yapım filmleridir. Sinemanın propaganda amaçlı kullanımının arttığı bu dönemde ülkeler arası rekâbet filmlere de yansımış, pek çok ülke diplomatik yollarla başvurarak rencide edildikleri gerekçesiyle yetkililerden filmlerin yasaklanmasını istemiştir. Sömürgeciliğin hâla sürdüğü dönemde sömürge toplumlarının, siyasî, askerî, iktisadî açıdan zayıf doğu toplumlarının aşağılanması hoş karşılanmamış ve Talimatnâme’de denetim kriterleri arasında yer bulmuştur. Böylelikle 1932 Talimatnâmesi’nde yer alanlar korunmakla birlikte yenileri eklenerek denetim kriterlerinde bir artma görülmüştür. Talimatnâme’de, toplumun eğitime yönelik sağlık ve sosyal amaçlı filmlerle, aktüaliteye yönelik filmler için ayrı bir rejim öngörülmüştür.

KAYNAKÇA

I.Arşiv Kaynakları

1. Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, (BOA), Maarif Nezareti Mektubi Kalemi (MF. MKT).
2. Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (BCA).
3. Dışişleri Bakanlığı Türk Diplomatik Arşivi (TDA).

II. Kitap, Makale, Tebliğ, Tez ve Diğer Kaynaklar

Akşam Gazetesi

Alyot, Halim, Türkiye’de Zabıta, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademisi Türk Polis Tarihi Araştırmaları Merkezi, Ankara 2008.

Ataman, Afif, Türk Sinemasında Sansür ve Etkileri, Sanatta Yeterlik Tezi, Mimar Sinan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Baykal, Kemal Cem, Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde 5224 Sayılı Kanun Çerçevesinde Sinema Filmlerinin Denetlenmesi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2015.

Beyoğlu, Süleyman, İmparatorluktan Cumhuriyete Türk Sineması (1895-1939), Dergâh Yayınları, İstanbul 2018.

Bingöl, Mahmut/**Can Maraşlı**, Merve, “Erken Cumhuriyet Dönemi ve Öncesinde Kitle İletişim Alanındaki Yasal Düzenlemeler”, İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, S. 64, 2023, s. 155-176.

Bozis, Yorgo/**Bozis**, Sula, Paris’ten Pera’ya Sinema ve Rum Yöneticiler, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2014.

Ceylan, Ayhan, “Başlangıçtan Günümüze Türk Sinema Mevzuatında Bir Denetim Kriteri Olarak “Din”, Medya ve Din Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2-3 Nisan 2015, Sempozyum Bildirileri, Yay. Haz. Mete Çamdereli/Nihal Kocabay Şener/Betül Onay Doğan, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2015, s. 144-152.

Coşkun, Sena, “Sinema Filmlerinin Denetimi”, Kitle İletişiminde Denetim, Edt. Ahmet Çiftçi, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 261-319.

Chowdhry, Prem, “Propaganda and Protest: The Myth of the Muslim Menace in an Empire Film (The Drum, 1938)”, Studies in History, C. 16, S. 1, February 2000, s. 109-130.

Cumhuriyet Gazetesi

Çiftçi, Ahmet, “Mukayeseli Hukuk Açısından Film Denetim Sistemleri ve 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununun Getirdiği Sistem”, Selçuk İletişim, C. 2, S. 1, 2001, s. 16-35.

Evren, M. Burçak, Türk Sinemasının 100 Yılı, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, İstanbul 2014.

Gökmen, Mustafa, Başlangıçtan 1950’ye Türk Sinema Tarihi ve Eski İstanbul Sinemaları, Denetim Ajans Basımevi, İstanbul 1989.

İçel, Kayıhan, Kitle İletişim Hukuku, Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Basım ve Yayım, İstanbul 2023.

Kahraman, Özlem, Türkiye’de 1923-1950 Yılları Arasında Sinema ve Tiyatro, Yüksek Lisans Tezi, Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

Karadoğan, Ali/Öztürk, Semire Ruken, Sansür Karar Defterleri Üzerine Bir İnceleme: Türkiye’de Sinema Sansürünün Tarihi (1932-1988), C. I-III, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2022.

Köse, Özen, Türk Sinemasında Sansür, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I-III, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

Lüleci, Yalçın, İktidar ve Sanat (1923-1950), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Onaran, Alim Şerif, Sinematografik Hürriyet, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayınları, Ankara 1966.

Önder Van Lee, Yasemin, Sinema Filmlerinin Denetiminde Genel Ahlak Kriteri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Özgüç, Agâh, Türk Sineması Sansür Dosyası, Koza Yayınları, İstanbul 1976.

Özön, Nijat, Türk Sinema Tarihi (1896-1960), 4. Basım, Doruk Yayıncılık, İstanbul 2013.

Öztürk, Serdar, Erken Cumhuriyet Döneminde Sinema, Seyir, Siyaset, Elips Kitap, Ankara 2005.

Özuyar, Ali, Hariciye Koridorlarında Sinema, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019.

Polis Dergisi, Y. 23, S. 307, 1936.

Resmî Gazete

Sansür Talimatnâmesi, İstanbul 1330.

Sim, Şükrü, Türkiye’de Sinema Filmleri ve Sansür, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

Tarhanlı, İftar, “Sinemada Sansür Üstüne”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 4, S. 1-3, 1983, s. 123-132.

TBMM Zabıt Ceridesi.

Teksoy, Rekin, Rekin Teksoy’un Sinema Tarihi, C. I-II, 3. Baskı, Oğlak Yayıncılık, İstanbul 2009.

Tikveş, Özkan, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filmlerinin Sansürü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968.

Tongur, Hikmet, Türkiyede Genel Kolluk Teşkil ve Görevlerinin Gelişimi, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1946.

Uçar, Emine, Türk Sinemasında Sansür Konusuna Bir Yaklaşım, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

Ulaş, Bahri, “Türkiye’de Film Senaryolarının Tetkiki ve Sinema Filmlerinin Kontrolü”, Türk Kütüphaneciler Derneği Bülteni, C. 7, S. 3-4, 1958, s. 16-26.

Usta Arslan, Kader, Türkiye’de Sinema Filmleri Mevzuatında Öndenetim, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024.

Yüksel, Rahime Fulya, Sansür Bağlamında Türkiye’de Siyaset, ve Sinema İlişkisi, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

EK-1 Dâhiliye Vekâletinin 1936 Sinema Talimatnâmesi'ni Başvekâlete Sunuş Yazısı

DEVLET ARŞİVLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
CUMHURİYET ARŞİVİ

T. C.
DAHİLİYE VEKÂLETİ
Emniyet İşleri Umum Müdürlüğü
Şubesi 2 .
Umumi 2958
Hususi

H: Sinema film ve Sena-
yolarının kontroluna
dair yapılan talimat
nâmenin sunulduğuna
dair .

Yüksek Başvekâlete

DEVLET ARŞİVLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
CUMHURİYET ARŞİVİ

Hariçten getirilen ve ya dahilde yapılan Sinema
Filimlerinin Kontroluna dair 932 yılında Yapılan Yüksek
İcra Vekilleri Hey'etinin kararla ile tatbik sahasına konu -
lan talimatnameye bazı ilâveler yapılması lüzumlu görül -
müştür .

Bu itibarla matbuat Umum Müdürlüğü teşkilâtına
ve vazifelerine dair olan 2444 No: kanunun birinci madde-
sinin " J " ve ikinci maddesinin " i " fıkralarile 2559
No: Polis vazifesi ve Salâhiyeti kanununun 6 ncı maddesi -
mucibince sinema senaryo ve filimlerinin muayene ve tet-
kiklerle halka gösterilmesine izin verilmesi için Genel-
Kurmaya Başkanlığı ile bütün Vekâlatlerin mütalealarına mü-
racaat suretile hazırlanan talimatname ilişik olarak yük-
sek huzurlarına sunuldu .

İfayı muktezasını Yüksek rey ve takdirlerine son-
suz saygılarımla arz ederim .

Dahiliye Vekili

Kararlara 28.8.1936 onay

İzmir V. H. inc 29.8.1936
29.8.1936

29.8.36

Karşılıklı Bittiye ait olduğu şubenin gün ve sayısının yazılması

28.8.1936 4607 2 2379 1548

T.C. Resmî Gazete

Tesis tarihi: 7 Teşrinievvel 1336

İdare ve gazı işleri için
Başvekalet Neşriyat Müdürlüğüne
müracaat olunur.

13 AĞUSTOS 1936

PERŞEMBE

SAYI: 3381

KARARNAMELER

2
Kararname №: 5092

Sinema film ve senaryolarının kontroluna dair yeniden hazırlanan ilişik talimatnamenin mer'iyete konulması, Dahiliye Vekilliğinin 27/7/1936 tarih ve 2958/16157 sayılı tezkeresiyle yapılan teklifi üzerine İcra Vekilleri Heyetinin 29/7/1936 toplantısında onamıştır.

29/7/1936

REİSİCÜMHUR
K. ATATÜRK

Başvekil	Adliye Vekili	Millî Müdafaa Vekili	Dahiliye Vekili
İSMET İNÖNÜ	Ş. SARACOĞLU	K. ÖZALP	Ş. KAYA
Hariciye Vekili	Maliye Vekili	Maarif Vekili	Nafia Vekili
Dr. T. R. ARAS	F. AĞRALI	S. ARIKAN	A. ÇETİNKAYA
İktisad Vekili	Sihhat ve İçtimai Muavenet Vekili		
C. BAYAR	Dr. R. SAYDAM		
Gümrük ve İhtisarat Vekili	Ziraat Vekili V.		
R. TARHAN	C. BAYAR		

Sinema film ve senaryolarının kontroluna dair talimatname

Başlangıç

Matbuat Umum Müdürlüğü teşkilatına ve vazifelerine dair olan 2444 numaralı kanunun birinci maddesinin (J) ve ikinci maddesinin (I) fıkralarile 2559 numaralı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 6 ncı maddesi mucibince sinema senaryo ve filimlerinin muayene ve tetkiklerle halka gösterilmesine izin verilmesi işbu talimatname hükümlerine bağlıdır.

(İlk muayene yeri)

Madde 1 — Filim kontrolu bir defaya mahsus olmak üzere İstanbul Valiliğine daimî olarak seçilecek hususî bir salon veya muayyen bir sinemada ve İstanbulda aşağıda yazılı komisyon tarafından yapılır. Kontrol esnasında alâkadarlardan başka kimse bulunmaz.

9 uncu madde mucibince itirazen yapılacak kontroller Ankara Valiliğine gösterilecek muayyen bir sinemada yapılır.

(Başvurma yolu)

Madde 2 — Sinema senaryo ve filiminin muayenesini isteyen kimse İstanbul Valiliğine bir dilekçe ile başvurur. Dilekçeye bağlı beyannamede filimin adı, uzunluğu, enliliği, hangi dilde ve hangi müellifin ve müessesenin eseri olduğu (eser operadan, operetten, piyesten veyahut bir romandan alınmışsa bunların dahi orijinal isimleri ve müelliflerinin adları) tasrih edilecektir.

Ayrıca filimin senaryosunun, söz ve şarkılarının orijinal metni ve filme geçen her türlü yazıları (mektup, kitap ve gazete parçalarının) Türkçeye çevrilmiş örneklerle filim müessesesi tarafından bu filim için gönderilmiş ilân ve afişler her üyeye ikişer tane verilmek üzere verilecektir. Bu beyanname ve suretler kontrol zamanından bir hafta evvel komisyon üyelerine tevzi olunur.

Her üye kendisine verilen suretlerden birisini derhal men-sub olduğu vekâlete gönderir. Vekâlet lüzum görürse bu filim hakkında talimat verir. Yabancı memleketlerden getirilen filimlerin kontrolu gümrük muamelesi görülmeden evvel yapılır. Filimler tahsis olunacak salon veya sinemaya gümrüğün mührü altında gönderilip muayeneden sonra da muayene komisyonunun mührü altında gümrüğe geri gönderilir. Muayene mahalline mühürlenmeden gönderilecek olan filimler bir gümrük memurunun nezareti altında götürülüp aynı suretle geri getirilecektir.

(Yasaklar)

Madde 3 — 1 - Herhangi bir devletin Türkiye'de siyasi propagandasını yapan,

EK-2 1936 Sinema Talimatnâmesi'nin Resmi Gazete'de Yayınlanmış Metni

Sayfa : 7054

(Resmî Gazete)

13 AĞUSTOS 1936

II - Herhangi bir ırkı, herhangi bir milleti tezyif eden,
III - Şark milletlerini, müstemleke haklarını aşağı, yabancı mahlûklar şeklinde gösteren, onlar aleyhinde propaganda yapan.

IV - Din propagandası yapan,

V - Umumî terbiye ve ahlâka mugayir olan ve askerlik şeref ve şevkini kıran

VI - Memleketin inzibat ve emniyeti bakımından zararlı olan,

VII - Cürüm işlemeğe tahrik eden,

VIII - Zamanın geçmesiyle yıpranmış ve perde üzerinde gözleri yoracak derecede eskimiş olan filmlerin gösterilmesine izin verilmez.

Madde 4 — Dahilde yapılacak filmlerin evvelâ senaryolarının komisyonca tetkika tâbi tutulup bu talimatnamenin 10 uncu maddesinde yazılı vaziyetlere uygun görülen senaryolarda tadilat icra veyahut bu senaryonun filime çekilmesi menolunur. Senaryo mevzuu filime çekildikten sonra film halinde komisyonca tekrar kontrol veya icab eden tadiller yapılır.

(İzin vesikası)

Madde 5 — Gösterilmesinde mahzur olmadığı anlaşılan filmlerin verilen beyannameye göre mahsus defterine yazılarak sıra numarası konur. Ve aşağısı muayeneyi yapan komisyon üyeleri tarafından imza edilir. Sonra Emniyet Müdürlüğü tarafından film sahibine mübâhûl ve imzalı izin vesikası verilir. Ve bu vesikaya filmin beyannameye göre evsafı yazılır ve bu filmin baş tarafına geçirildikten sonra artık bu film hiç bir yerde kontrola tâbi tutulmaksızın Türkiye'nin her tarafında gösterilir. Kontrol defteri Emniyet Müdürlüğü'nün bu işle alakalı bürosutarafından tutulur. Memleket dahilinde yapılan merasime veya umumî manzaralara aid olup sinemaya alınacak fotoğrafların alınması için polisten izin alınır. Ve bu gibi fotoğraflar komisyonca kontrol edilmeden yabancı memleketlere gönderilmez.

(Kontrol komisyonu)

Madde 6 — Kontrol komisyonu Dahiliye Vekâletince Emniyet İşleri ve Matbuat Umum Müdürlüklerinden ve Millî Emniyet Reisliğinden gösterilecek birer memurla Kültür Bakanlığınca tayin olunacak bir mümessilden teşekkül eder. Emniyet Müdürlü bu komisyonun tabii azasındandır. Askerliği alakadar eden filmlerin muayenesinde Büyük Erkanîharbiye Reisliğince bir mümessil bulundurulur.

Ekonomik ve tarım ve sağlık ve sosyal filmlerde alakalı vekâletlerin mümessilleri davet olunur.

Komisyonca vali başkanlık eder veya üyelerden birini vekil yapar.

Madde 7 — Komisyonca muayene olunan filmlerin bazı parçaları kesildikten veya ismi değiştirildikten sonra gösterilmesinde mahzur olmadığına kanaat hasıl olursa o kısımlar ve isimler sahibinin rızasıyla kestirilir veya değiştirilir. Kestirilen parçalar bir kutuya konularak üzeri komisyonca mübâhûlenir ve mübâhûlenen bu kutu gümrük ambarında muhafaza olunur.

Filmin diğer kopyesi varsa memleket haricine götürüleceği vakit sahibinin talebi üzerine kesilen parçalar geri verilir.

Tadilen gösterilmesine izin verilen filmlerin kesilen kısımlarının gösterilmesine imkân bırakmamak için keyfiyet İstanbul Valiliğine diğer vilâyetlere tamim ve Dahiliye Vekâletine bildirilir.

Madde 8 — Haftada dört gün olmak üzere muayene gün ve saatleri komisyonca tesbit olunur ve her defada iki filminden ziyade kontrol yapılmaz.

(Komisyon kararlarına itiraz)

Madde 9 — Filmleri teitk eden komisyon azaları tarafından ihtilâf hasıl olur veya gösterilmesine müsaade edildiği

halde bunun mahzurlu olduğu alâkadar vekâletçe duyulur veya film hakkında verilen karara sahibi kanaat etmezse film ikinci defa olarak tetkik edilmek üzere Ankaraya celb ve alâkalı vekâletin mümessillerinden mürekkeb bir komisyon marifetile ikinci defa kontrol olunur.

Bu tetkik sonunda evvelki komisyonun kararı tasdik veya reddolunur. Bu komisyonun kararına da film sahibi itiraz ettiği takdirde film sahibi iddiasını müdellil bir tarzda ve kararı cerheden esbabı tahriren Dahiliye Vekiline verir. Dahiliye Vekili lüzum görürse kendi riyaseti altında komisyonu yeniden toplar ve filimi yeniden muayene ettirir ve kat'i karar verir.

Madde 10 — İstanbuldaki kontrol komisyonu üyelerinden birinin itirazı filmin ikinci kontrola gönderilmesi için kâhîdir. Ankarada karar ekseriyetle verilir. Muhâlif kalan üye mucib sebepleri yazar. Dahiliye Vekili lüzum görürse bu itirazı nazarı dikkate alır ve kendi riyaseti altında komisyonu toplar ve kat'i kararı verir.

(Filmlerde Türkçe yazılar)

Madde 11 — Her filmde izahlar ancak Türkçe yapılır. Bu Türkçenin sade, düzgün ve temiz bir dille ve güzel bir yazı ile yazılmış olması şarttır. Bu yazıların halkın kolayca okumasına imkân bırakacak normal bir müddet zarfında gösterilmesi lâzımdır.

(Masraflar)

Madde 12 — 1 inci ve 2 nci maddelerde yazılı işlerin icab ettirdiği masraflarla filmlerin beyannamelerini, senaryolarını da getirip götürmek ve komisyon üyelerine dağıtmak ve kontrol salonunu temizlemek gibi işlerini görmek için lüzumlu masraflar, kontrolu istenen filmin sahip veya acentaları tarafından ödenir.

Madde 13 — Halkın sağık terbiyesini yükseltmek, bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korumak üzere meccanen gösterilecek ve Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti tarafından yabancı illerden getirilecek veya memleketimizde yaptırılacak olan sıhhi ve içtimai filmler bu kontrola tâbi değildir. Ancak bu filmlerin senaryoları ve ne zaman ve hangi şirket veya şahıs tarafından yapıldığı ve filmin nerede korunacağı hakkındaki bilgiler İç Bakanlığa verilir.

Madde 14 — Türk vatandaşlarına gösterilecek filmler hususî mahiyette ve hususî mahallerde olsa da bu talimat hükümlerine tâbidir.

Madde 15 — Kontrol komisyonu kontrol ettikleri sinema filmleri arasında terbiyevî veya hususî mahiyette film bulunduğu takdirde 1593 numaralı Hıfzıssıhha Kanununun 167 nci maddesine göre altı yaşından yukarı çocukların görebileceklerini de kararlarında göstermeleri lâzımdır.

Madde 16 — Sinema filmlerinin kontroluna dair olan 9/6/1932 tarih ve 12979 ve 26/12/1933 tarih ve 15489 № talimatnamelerin hükümleri kaldırılmıştır.

Muvakkat madde — Türkiye'de alınacak aktualite filmleri ile diğer filmler için ayrıca bir talimatname hazırlanmaktadır. Şimdilik bu gibi filmleri alacak olanlar mahallî mülikye âmirine aktualite filmleri için programlarla diğer filmler için üçer nüsha üzerinden tertib olunmuş senaryolarını vermek suretile müracaat edeceklerdir.

Mahallî mülikye âmirleri bu gibi müracaatların cevabını Dahiliye Vekâletinden alacakları direktifler üzerine verirler.

Madde 17 — Bu talimatname neşri tarihidenden muteberdir.

Madde 18 — Bu talimatname hükümlerini Dahiliye Vekili yürütür.

1593 numaralı kanun 1489 sayılı Resmî Gazetededir.

2444 " " 2713 " " "

2559 " " 2751 " " "

15489 numaralı talimatname 2600 sayılı Resmî Gazetededir.

12976 " " 2153 " " "

EK-3 1936 Sinema Talimatnâmesi'nin Tadilini Teklife Verilen

DEVLET ARŞİVLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
CUMHURİYET ARŞİVİT. C.
BAŞVEKÂLET
KARARLAR MÜDÜRLÜĞÜ
Sayı :

Dosya işaretleri

15
51Evran Numarası 2631
19281
Tarihi 5.7.972
Yazan memur K. Coşkun
Yazı tarihi 13.7.972
Muavin
Beyaz eden
Beyaz tarihi 141
Karşılaştıranlar
Sadıra No. 6
2639
Mebutlatı
Sevk tarihi 15.7.972
KaydedenDEVLET ARŞİVLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
CUMHURİYET ARŞİVİ5/7/937 tarih ve Emriyet . 2631/11281 sayılı tez-
kereye karşılıktır:Sinema filim ve seneryolarının kontrolu hakkındaki
talimatname bütün Vekilliklerin ve Genelkurmay Baş-
kanlığının mütaleaları alınarak suretile meriyet mev-
kiine korulmuş ^{bu} meşkûr talimatnamede
değişiklik için de aynı memeklerin mütaleaları alın-
dıktan sonra teklif yapılmasını dilerim. münasip
alacağını aygırların -Başvekil n.
Lüsteğar

Düşünceler

K
11 771
15 331
2
5072

Emreman

yaz K.Ş.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

Danıştay Kararlarının Şekli Unsurları

Formal Elements of the Decisions of The Council of State



Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN*



10.60002/ebyuhfd.1632631

ÖZ

Yargı kararlarından beklenen en temel işlev, verilen hüküm konusunda tarafları ikna etmektir. Kararların yazım tarzı veya şekli, hem davanın taraflarının tatmini hem de kararların hukukî etkisi açısından önem arz etmektedir. Danıştay ve idarî yargılama usûlüne ilişkin kanunlarda, yargısal kararların yazım tarzı ve şekline ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Bilindiği üzere Danıştay, cumhuriyet döneminde 1927 yılında fiilen çalışmaya başlamış ve 1930’lu yılların başlarında yargısal kararlar vermeye başlamıştır. Bu yıllardan itibaren kararların yazım tarzı ve şekli konusunda belli bir usûl yerleşmiştir. Bugün aynı tarz ve şekille yazılmaya devam edilmektedir. Yaklaşık 90 yılı bulan bu zaman diliminde hukuk ve yargı alanında önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerin yargı kararlarının yazım tarz ve şekline yansımadağı görülmektedir. Ancak 1930’lu yıllardaki yazım tarzı ve şeklinin hiç değişmeden devam ettiği de söylenemez. Ka-

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 05.03.2025 | Kabul/Accepted: 24.03.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ramazan Çağlayan, “Danıştay Kararlarının Şekli Unsurları”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (31-62).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

rarların yazım şekline ilişkin Danıştay'ın 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi bu konuya ilişkin ilk ciddi gelişme olmuştur. Bu çalışmada Danıştay kararlarının şekli yapısının tarihî süreci, bu günkü durumu ve olması gerekenler konusunu ele alacağız. Bu bağlamda; (1) kararların meşruiyetine yapılan atıf, (2) kararlarda bulunması gereken hususlar, (3) kararların bölümleri, (4) kararların yazım şekli (başlıklar, paragraflar, cümle yapısı vs.) üzerinde duracağız.

Anahtar Kelimeler: Danıştay, Karar, Şekil, Unsurlar, Yazım Rehberi

ABSTRACT

The most basic function expected from judicial decisions is to convince the parties of the judgment. The writing style or form of the judgments is important both for the satisfaction of the parties to the case and for the legal effect of the judgments. The laws on the Council of State and administrative procedure do not contain any rules on the style and form of judicial decisions. As is known, the Council of State started to operate in 1927 during the republican era and started to issue judicial decisions in the early 1930s. Since these years, a certain procedure has been established in terms of the writing style and form of decisions. Today it continues to be written in the same style and form. During this period of nearly 90 years, significant changes have taken place in the field of law and the judiciary. It is observed that these changes are not reflected in the style and form of judicial decisions. However, it cannot be said that the style and form of writing in the 1930s has remained unchanged. The Council of State's 2018 Guidelines on the drafting of decisions was the first serious development on this issue. In this study, we will discuss the historical process of the formal structure of the decisions of the Council of State, its current status and what it should be. In this context, we will focus on (1) the reference to the legitimacy of the judgments, (2) the issues to be included in the judgments, (3) the sections of the judgments, (4) the way the judgments are written (headings, paragraphs, sentence structure, etc.).

Keywords: Council of State, Decision, Form, Elements, Spelling guide

GİRİŞ

Yargı kararlarından beklenen en temel işlev, verilen hüküm konusunda tarafları ikna etmektir. Bu bağlamda karar okunduğunda, kaybeden neden kaybettiğine, kazanan da neden kazandığına ikna olmalıdır. Öte yandan kararlar, kararları uygulayacak olanlar ve kararları bilimsel tetkike tâbi tutanlar (bilim insanları) da okumaktadır. Uygulayıcılar kararı doğru biçimde anlayabilmelidirler ki, uygulama da hukuka uygun gerçekleşsin. Kararların hukukun gelişimine katkı sağlaması, kararların bilim insanlarınınca tetkike tâbi tutulması ile mümkün olabilmektedir. Kararlar kaleme alınırken, taraflar yanında diğer muhatapların da dikkate alınması gerekmektedir.

Kararların yazım tarzı veya şekli, hem davanın taraflarının tatmini hem de kararların hukukî etkisi açısından önem arz etmektedir. Danıştay ve idarî yargılama usûlüne ilişkin kanunlarda, yargısal kararların yazım tarzı ve şekline ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Bilindiği üzere Danıştay, cumhuriyet döneminde 1927 yılında fiilen çalışmaya başlamış ve 1930’lu yılların başlarında yargısal kararlar vermeye başlamıştır. Bu yıllardan itibaren kararların yazım tarzı ve şekli konusunda belli bir usûl yerleşmiştir. Bugün aynı tarz ve şekille yazılmaya devam edilmektedir. Yaklaşık 90 yılı bulan bu zaman diliminde hukuk ve yargı alanında önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerin yargı kararlarının yazım tarz ve şekline yansımadağı görülmektedir. Ancak 1930’lu yıllardaki yazım tarzı ve şeklinin hiç değişmeden devam ettiği de söylenemez. Kararların yazım şekline ilişkin Danıştay’ın 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi bu konuya ilişkin ilk ciddi gelişme olmuştur.

Bu çalışmada Danıştay kararlarının şekli yapısının tarihî süreci, bu günkü durumu ve olması gerekenler konusunu ele alacağız. Bu bağlamda; (1) kararların meşruiyetine yapılan atıf, (2) kararlarda bulunması gereken hususlar, (3) kararların bölümleri, (4) kararların yazım şekli (başlıklar, paragraflar, cümle yapısı vs.) üzerinde duracağız.

I. TARİHİ BİLGİLER

Osmanlı Devleti’nin otuzuncu hükümdarı olan II. Mahmud dönemi (1808-1839), devlet teşkilatında ve hukuk alanında önemli değişikliklerin yapıldığı bir zaman dilimidir. Bu değişikliklerden birisi de 1838 yılında, “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*”nin ihdas edilmesidir. Bu Kurumun devlet işlerini müzakere etmek, kanunları hazırlamak, bazı üst düzey görevlileri yargılamak ve *temyiz merci* gibi görevleri bulunmaktadır¹. 1854’te kurulan “Meclis-i Âlî Tanzimat” ile Meclis-i Vâlâ, 1961’de birleştirilerek “Meclis-i Ahkâm-ı Adliye” teşkil edilir². 1868 yılına gelindiğinde “Meclis-i Ahkâm-ı Adliye” ikiye bölünerek “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*” (Yargıtay) ve “*Şûrâ-yı Devlet*” (Danıştay) kurulmuş³, yapısı ve

1 Ayhan Ceylan, “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye’de Yargı Yetkisi”, AÜEHFD, C. VIII, S.1-2, 2004, s. 23; Mehmet Seyitdanhoğlu, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Ankara 1994.

2 Ceylan, s. 25.

3 Ceylan, s. 24-25; İsmail Hakkı Görelî, Devlet Şûrası (Şûrayı Devlet-Danıştay), Yeni Matbaa, Ankara 1953, s. 4-5; İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 57.

görevleri 1 Nisan 1868 tarihli Şûra-yı Devlet Nizamnâme-i Esâsî ile düzenlenmiştir. Fransa örnek alınarak⁴ çok görevli bir kuruluş olarak tasarlanan Şûrây-ı Devlet, Mithat Paşa'nın başkanlığında 10 Mayıs 1868 tarihinde çalışmaya başlamıştır. *Şûrây-ı Devlet*'in görevleri arasında “*hükümet ile eşhas beyninde olan deaviyi rü'yet et(mek)*” (ŞDN, m. 2) de bulunmaktadır. Ancak 1876 Anayasası, kişiler ile idare arasındaki davaların adliye mahkemelerinde görüleceğini hükme bağlayarak (m. 85)⁵, Şûrâ'nın idarî yargılama görevine son verilmiştir. Dolayısıyla Şûrâ yargısal karar vermeye başlayamamıştır. *Şûrây-ı Devlet*, devlet yönetiminde önemini korumuş, “*Nazır*” düzeyinde olan *Şûrây-ı Devlet* Başkanı, Heyeti Vükelaya (Bakanlar Kurulu) katılmaya devam etmiştir. 1922'de ise Şûra tamamen ortadan kaldırılmıştır⁶.

1924 Anayasası yapılırken, idarî yargının yeniden oluşturulması düşünülmüş ve bu amaçla Anayasanın, yürütme görevine ilişkin üçüncü faslında yer alan 51. maddesinde Şûra-yı Devlet düzenlenmiştir.

m.51: “*İdarî dâva ve ihtilafları rüyet ve hal, hükûmetçe izhar ve tevdi olunacak kanun lâyihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine meyan-ı mütalâa, gerek kendi kanunu nahsusu ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir bir Şûrây-ı Devlet teşkil edilecektir. Şûra-yı Devletin rüesa ve âzası vezaifi mühimmede bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübe-leri ile mütemeyyiz zevat meyanından **Büyük Millet Meclisince intihab olunur***”.

Anayasadan önce Meclise sunulan Şûrây-ı Devlet Kanunu tasarısı, Anayasanın kabulünden sonra 23 Kasım 1925 tarih ve 669 sayılı kanun olarak yürürlüğe konulmuştur⁷. Kanunun 9. maddesine göre Danıştay, Tanzimat, Mülkiye, Mâlîye ve Nâfia daireleri şeklinde üç idarî daire ve bir dava dairesi (deavî dairesi) olmak üzere toplam dört daireden oluşmaktadır.

Kanunun 19. maddesinde Şûrâ-yı Devlet'çe görülecek davalar sayılırken bugünkü ifadelerle olmasa da iptal ve tam yargı davaları belirtilmiştir:

-
- 4 ONAR, bizde ayrı bir idarî yargının doğuşunun tamamen taklit eseri olduğunu, zira Fransa'daki kuvvetler ayrılığı fikrinin gelişmesi ve adli yargının idareye fazlaca müdahale etmesi gibi sebeplerin bulunduğunu, bizde ise bu sebeplerin bulunmadığını ifade etmektedir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s.77.
 - 5 Madde 85: “*Her dâva ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki dâvalar dahi mehâkimi umumiyyeye aittir*”.
 - 6 Onar, s. 80; Göreli, s. 17; Sadık Artukmaç, *Bizde İdarenin Murakabesi*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1950, s. 62-63.
 - 7 RG, 7 Aralık 1925, Sayı. 238.

“Mevadd-ı âtiye doğrudan doğruya suret-i kat’iyede Şûrâ-yı Devlet’ta tetkik ve rü’yet olunur:

- “Rü’yeti mehâkim-i adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkındaki idarî muamelat ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalar” (Tam yargı davası).

- “Hidemat-ı umumiyyeden birini ifa maksadıyla akdedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında tekevvün eden ihtilaflar” (İdarî sözleşmelerden kaynaklanan davalar).

- “İdarî mukarrerat ve muâmelât hakkında salâhiyet, şekil esas ve maksat cihetlerinden biri ile kanûna yâhut nizâma muhâlefetlerinden dolayı iptali için alâkadarlar cânibinden ikâme edilen idarî davalar...” (İptal davası).

Kanunun yayınlanmasından yaklaşık bir buçuk yıl sonra Şûrâ üyeleri, Meclis tarafından seçilerek fiilen 1927 yılında görev yapmaya başlamıştır. Danıştay’ın yargısal kararları da bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra şekillenmeye başlamıştır.

Şûrâ-yı Devlet’in fiilen çalışmaya başladığı 1927’li yıllardan itibaren idarî dairelerinin kararları Resmî Gazete’de yayınlanmıştır⁸. Ancak yargısal kararlarının (deâvi dairesi kararları) Resmî Gazete’de yayınlandığına ilişkin bir örnek tespit edemedik. Yaptığımız araştırmalarda maalesef Danıştay arşivinde de ilk verilen yargısal karar örneklerine ulaşamadık. Danıştay’ın yargısal kararları ilk sayısı Eylül 1937’de yayınlanmaya başlanan “T.C. Devlet Şurası Kararlar Mecmuası”nda yayınlanmaya başlamıştır. Bu tarihten önceye ait bir yargısal karara ulaşma imkânı bulamadık.

II. MEVZUATTAKİ DURUM

Burada, Danıştay’ın (Şûrâ-yı Devlet’in) yargısal kararlarının şekli unsurlarına ilişkin mevzuattaki düzenlemelere tarihi sırasına göre ele alacağız. Mevzuat kavramını, Anayasayı da dâhil ederek kullanıyoruz. Bu bakımdan konuya ilişkin anayasa hükümleri ve kanunlardaki düzenlemeleri aktarmak istiyoruz. İlk anayasa olan 1876 Kanun-ı Esasî’de ve 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu’nda konuya ilişkin hükümler yer almadığından 1924 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu ile başlıyoruz.

(1) 1924 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu: Anayasanın “kuvve-i kazâiye” başlığını taşıyan dördüncü faslında (m.53-67), yargı yetkisine ilişkin hükümler yer almaktadır. Burada mahkeme kararlarının şekli unsurlarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının şekli

8 Bkz. Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi’nin 65 numaralı ve 29.11.1928 tarihli kararı, Resmî Gazete, 29 Kânunisani 1929, Sayı. 1105.

unsurları ile alakalı olan tek düzenleme, 8. maddede yer alan “*Hakkı kaza, Millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mahâkim tarafından istimal olunur*” hükmüdür⁹.

(2) 1925 tarih ve 669 sayılı Şûrây-ı Devlet Kanunu¹⁰: Bu kanunda kararların şekli unsurları ile ilgili tek düzenleme, 44. madde yer alan ve mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngören “*İdarî davalar hakkında lâhik olan hükmün esbab-ı mucibeyi muhtevî olması lazımdır*” hükmüdür. Bunun dışında kararlarda bulunması gereken hususlar ve kararın şekli unsurlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu dönemde kararların şeklinin nasıl olması gerektiğine ilişkin Şûrâ tarafından belirlenen ilkeler olduğuna dair bir bilgiye de ulaşamadık.

(3) 1938 tarih 3546 sayılı Devlet Şûrâsı Kanunu¹¹: Kanunda mahkemenin yargısal kararlarının şekline ilişkin olarak sadece 54. madde yer alan “*Dava Daireleri ve Dava Daireleri umumî heyetinin vereceği kararlar mucib sebepleri muhtevî bulunmak lâzımdır*” hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm de kararların gerekçesinin, kararda yer almasını öngörmektedir. Bunun dışında kararda bulunması gereken hususlar ve kararın yazım şekline ilişkin bir kural öngörülüş değildir.

(4) 1947 tarihli Danıştay Tüzüğü¹²: 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrâsı Kanunu’nun 58. maddesinde yer alan “*Bu kanunun tatbiki suretine ve Devlet Şûrası çalışmasının tanzimine dair bir nizamname yapılır*” hükmünün gereği, ancak Bakanlar Kurulu tarafından yapılan 1947 tarihli Danıştay Tüzüğü ile yerine getirilebilmiştir. Söz konusu Tüzükte, yargılama aşamalarındaki işlemlere ilişkin detaylara yer verilmiştir. Konunuz olan kararların şekli unsurlarına ilişkin hususlar Tüzüğün 87 ve 88. maddelerinde yer almaktadır.

-Madde 87: “*Karar, Başkan veya Başkanın tensibi üzerine raportör tarafından yazılır ve karara iştirak edenler tarafından imza edilir.*

Karar suretleri dahi daire mühriyle mühürlenerek Başkan veya Başkanın yetki verdiği üye tarafından ve Dava Daireleri Genel Kurulu ilâm suretleri ise Başkan veya daire başkanlarının en kıdemlisi tarafından imza

9 1945 tarih ve 4695 sayılı kanunla (RG, 15 Ocak 1945, Sayı.5905) anayasanın dili değiştirildiğinde 8. madde şu şekli almıştır: “*Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır*”.

10 Resmî Gazete, 7 Aralık 1925, Sayı. 238.

11 Resmî Gazete, 30 Kanunuevvel 1938, Sayı. 4098. (Anayasada “Şûrâ-yı Devlet” denilmesine rağmen kanunda “Devlet Şûrası” ifadesi tercih edilmiştir. Kanunun 1. maddesine göre Şûrâ, üç idarî iki kazâi daireden oluşmaktadır).

12 Resmî Gazete, 20 Ağustos 1947, Sayı. 6691.

olunur. Kararların asıl ve suretlerinde başyardımcının da imzası bulunur”.

-Madde 88: “İlâmlar, tarafların adlarını ve soyadlarını ve konutlarını ve iddia ve müdafaalarıyla maddî ve hukukî meselelerin hülâsalarını, temyizden müracaatlarda temyiz olunan kararın tarih ve numarasını, kanun sözcüsünün düşüncelerini, hükmün dayandığı gerekçeleri ve mümkün olduğu takdirde kanun maddesini ve açık olarak hükmü muhtevi olmalıdır”.

Kararların şekli unsurlarına ilişkin ayrıntılı hükümler içeren ilk düzenleme, yukarıya aktardığımız Tüzük hükümleridir. Bu hükümlerde kararların şekli unsurlarına ilişkin şu kurallar öngörülmektedir. Buna göre kararlarda; **(a)** taraflar ad ve soyadları ile konutları, **(b)** tarafların iddia ve savunmalarının özeti, **(c)** maddî ve hukukî meselenin özeti, **(d)** hükmün dayandığı gerekçeler, **(e)** mümkün olduğu takdirde kanun maddesi, **(f)** açık şekilde hüküm yer alacaktır. **(g)** Kararlar, kararlara iştirak eden başkan ve üyeler tarafından imza edilecektir. Ayrıca kararda başyardımcının imzası da bulunacaktır.

Düzenlemede dikkati celbeden bir husus, kararın dayandırıldığı kanun maddelerine mümkünse yer verileceğinin belirtilmiş olmasıdır. Karar kaleme alınırken uyulacak yazım kuralları (başlıklar, cümlelerin yapısı vs.) gibi konulara hiç değinilmemektedir.

(5) 1961 Anayasası: Anayasada, mahkeme kararlarının şekli unsurlarıyla ilgili kurulabilecek iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki 7. maddede yer alan “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” hükmü ile 135. maddede bulunan “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” şeklindeki düzenlemedir. Danıştay’ı düzenleyen 140.maddede, kararların şekli unsurlarına ilişkin bir kural yer almamaktadır.

(6) 1964 Tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu¹³: Bu kanunla Danıştay’ın kuruluş ve görevleri ile yargılama usûlleri yeniden detaylı şekilde düzenlenmiştir. Kararların şekli unsurlarına ilişkin olarak 59¹⁴ ve 91. maddelerde hükümler bulunmaktadır. Konumuz bakımından “Kararlarda bulunacak hususlar” başlığını taşıyan 91. maddeye yer vereceğiz.

Madde 91: “Kararlarda, sırasıyla, aşağıdaki hususlar bulunur:

A) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları yahut unvanları ve adresleri;

13 Resmî Gazete, 31 Aralık 1964, Sayı. 11896.

14 **Madde 59:** “Kararlarda, toplantıya katılanların ad ve soyadları, işin konusu, verilen kararın gerekçesi ile azlıkta kalanlar, muhalefet sebepleri ve karar tarihi gösterilir. Kararlar, toplantıya katılan başkan ve üyeler tarafından imzalanır”.

B) Davacının ileri sürdüğü maddi vakıaların dayandığı hukuki sebeplerin özeti ve isteğinin sonucu ile davalının savunmasının özeti;

C) Raportörün ve kanun sözcüsünün ad ve soyadları ve üye olmayan raportör ile kanun sözcüsünün düşünceleri;

D) Duruşmalı dâvalarda duruşma yapılıp yapılmadığı ve yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları;

E) Kararın dayandığı kanuni ve hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm;

F) Muhakeme masrafları ile vekâlet ücretinin hangi tarafa yükletildiği;

G) Kararın tarihi ve oybirliği ile mi, oyçokluğu ile mi verildiği;

K) Kararı veren daire veya Kurul Başkan ve üyelerinin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa ayrışık oyları.

Görüldüğü üzere bu Kanunda kararlarda bulunması gereken hususlar, önceki kanunlara nazaran daha açık ve detaylı olarak belirtilmektedir. 1947 tarihli Danıştay Tüzüğü'ndeki hükümler bazı değişikliklerle kanuna aktarılmıştır. Ancak bu düzenlemede de, kararın meşruiyetine atıf olan “Türk Milleti Adına” ibaresi ile karar kaleme alınırken uyulacak yazım kuralları (başlıklar, cümlelerin yapısı vs.) gibi konulara değinilmemektedir.

(7) 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu¹⁵: 12 Eylül 1980 askerî darbesinden sonra, anayasa yürürlüğe girmeden önce, askerî yönetim tarafından çok sayıda temel kanun yapılmıştır. Bu bağlamda idarî yargı düzenine ilişkin olarak da 2575 Sayılı Danıştay Kanunu, 2776 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yapılmıştır. Konumuz bakımından 2575¹⁶ ve 2576¹⁷ sayılı kanunlarda çok az ve dolaylı hükümler bulunmaktadır. Esas düzenlemeler 2577 sayılı Kanunda yer almaktadır.

¹⁵ Resmî Gazete, 20.01.1982, Sayı. 17580.

¹⁶ 2575 sayılı Kanun, m.58: “Üyeler, bulundukları dairelerde başkanlar veya dâhil bulundukları kurullarda kurul başkanları tarafından kendilerine verilen dosyaları geciktirmeden inceleyerek görevli daire veya kurullara gerekli açıklamaları yaparlar, kararları yazarlar...”; m.62: “Tetkik hâkimleri Danıştay Başkanının, daire ve kurul başkanlarının kendilerine havale ettikleri işleri inceleyerek daire veya görevli kurula gerekli açıklamaları yaparlar. Kendi düşünce ve görüşlerini sözlü ve yazılı olarak bildirirler, karar taslaklarını yazarlar...”.

¹⁷ 2576 sayılı Kanun, m.11: “Üyeler, bulundukları mahkemelerde başkanlar tarafından kendilerine verilen dosyaları geciktirmeden inceleyerek mahkeme kuruluna gerekli

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “kararlarda bulunacak hususlar” başlığını taşıyan 24. maddesi düzenlemesi şu şekildedir.

Madde 24: “*Kararlarda:*

- a) *Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları yahut unvanları ve adresleri,*
 - b) *Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti istem sonucu ile davalının savunmasının özeti,*
 - c) *Danıştay'da görülen davalarda tetkik hâkimi ve savcının ad ve soyadları ile düşünceleri,*
 - d) *Duruşmalı davalarda duruşma yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise hazır bulunan taraflar ve vekil veya temsilcilerinin ad ve soyadları,*
 - e) *Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm: tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı,*
 - f) *Yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği,*
 - g) *Kararın tarihi ve oybirliği ile mi, oyçokluğu ile mi verildiği,*
 - h) *Kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin veya hâkiminin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa karşı oyları,*
 - ı) *Kararı veren dairenin veya mahkemenin adı ve dosyanın esas ve karar numarası,*
- Belirtilir”.*

Yukarıya aktardığımız düzenlemede kararlarda bulunması gereken hususlar, başlıklar halinde sayılmaktadır. Ancak bu düzenlemede de, kararın meşruiyetine atıf olan “Türk Milleti Adına” ibaresi ile karar kaleme alınırken uyulacak yazım kuralları (başlıklar, cümlelerin yapısı vs.) gibi konulara ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan belirtilen hususların kararın hangi kısmında bulunacağı belirtilmemektedir. Mesela “*kararı veren dairenin veya mahkemenin adı ve dosyanın esas ve karar numarası*” en sonda sayılmasına rağmen, kararlarda en başta yer almaktadır.

(8) 1982 Anayasası¹⁸: Anayasanın 9. maddesinde “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*” hükmü yer almaktadır. Yine Anayasanın “yargı” başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yargı bağımsızlığı, hâkimlik teminatı gibi yargıya ilişkin temel ilkelere yer verilmektedir. Burada konumuzu ilgilendiren 141. maddede yer alan “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” hükmüdür.

açıklamaları yaparlar, düşünce ve görüşlerini bildirirler, oylarını verirler, kararları yazarlar...”.

18 Resmî Gazete, 9.11.1982, Sayı. 17863 (Mükerrer).

Mahkeme kararlarında bir gerekçe bölümünün olmasını anayasa emretmektedir. Danıştay'ı düzenleyen 155. maddede, kararların şekli unsurlarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

(9) 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi¹⁹: Tespit edebildiğimiz kadarıyla Danıştay ilk defa “karar yazım rehberi” hazırlamıştır. Danıştay kararlarında bulunması gereken hususlar yanında, kararların yazım şekli detaylı şekilde belirtilmektedir. Rehberde karar yazımı üç başlık altında ele alınmaktadır.

(a) Usule ilişkin hususlar: Bu başlık altında, kararların yazım usulüne ilişkin kurallar yer almaktadır. Bunları şu şekilde özetleyebiliriz.

-Kararlar için ortak bir yazım şekli kabul edilmektedir. Yazının puntosu, satır aralığı, kenar boşlukları gibi hususlar bir standarda bağlanmaktadır. Rehberde göre karar yazarken sayfa düzeninde, büyük harf ve koyu punto kullanımında öngörülen standartlara bağlı kalınır.

-Kararlarda başlık kullanımı esası getirilmektedir: Rehberde göre Kararlarda başlık kullanımı esastır. Kararın içeriğine uygun başlıklandırma yapılır. Kararların tümünde yazım örneklerinde yer alan her başlığın mutlaka kullanılması zorunlu değildir.

-Davanın konusu ve karar sonucunun maddeler halinde yazılması esası getirilmektedir. Rehberde göre davanın konusu ve karar sonucu (hüküm) maddeler halinde yazılır ve her madde numarasından sonra nokta (.) konulur.

-Atıf usulü benimsenmektedir. Rehberde göre kararlarda bir yargı kararı veya bilimsel bir çalışmadan alıntı yapılmış ise mutlaka kullanılan yargı kararına veya bilimsel çalışmaya usulüne uygun (parantez içinde) atıf yapılır.

-Mahkeme adlarının yazımı standarda bağlanmaktadır. Rehberde göre Danıştay dairelerinin adları yazıyla (Danıştay Sekizinci Dairesi gibi), ilk derece mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri dava dairelerinin adları rakam kullanılarak (Ankara 3. İdare Mahkemesi gibi) yazılır.

(b) Üsluba ilişkin hususlar: Rehberde kararların üslubuna (dil kullanımı ve yazım kuralları) ilişkin kurallara yer verilmektedir. Bu kuralları şu şekilde özetleyebiliriz.

19 Karar Yazım Rehberi, Danıştay Başkanlar Kurulu tarafından 13.4.2018 tarihinde kabul edilmiş, 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren uygulamaya başlanmıştır. Söz konusu Rehber, Danıştay Yayınları, No.110 olarak 2020 yılında yayınlanmıştır (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/karar-yazim-rehberi.pdf>).

-Kararlarda anlaşılabilir kısa ve etkili bir dil kullanılması, tekrarlardan ve anlaşılmayı zorlaştıran uzun cümlelerden kaçınılması gerekir.

-Kararlarda terim birliğine, açık ve kuşkuyla vermeyecek ifadelerle yer verilmesine dikkat edilmelidir.

-Kararlar, Türk Dil Kurumu tarafından benimsenen güncel yazım ve noktalama kurallarına uygun biçimde, yalın, açık bir üslupla ve hukukî terimlerle kaleme alınmalıdır.

-Özel bilgi ve düşüncelerin karara yansıtılmaması, tarafların kişilikleri hakkında değer yargısında bulunulmaması, mümkün olduğunca tarafsız bir üslup kullanılmalıdır.

-Maddi olay aktarılırken ve ilgili mevzuat aktarılırken kronolojik sıralamanın doğru yapılarak karara yansıtılmalıdır.

(c) İçeriğe ilişkin hususlar: Bu başlık altında 2577 sayılı Kanunun 24.maddesinde yer alan kararlarda bulunması gereken hususların, kararda nasıl yer alması gerektiği ve bunların şekli açıklanmaktadır. Buna göre karar; (1) uyuşmazlığın hukukî nitelendirilmesinin yapıldığı, (2) ilgili mevzuatın belirlenerek yorumlandığı, (3) maddi olayın anlatıldığı, (3) tarafların sav ve savunmalarının yer aldığı, (4) hukukî değerlendirme yapılarak varılan sonucun gösterildiği kısımlardan oluşur. Tarafların sonuca etkili iddialarının değerlendirilmesi gereği vurgulanmaktadır.

Kararda sırasıyla büyük harflerle yazılmış şu başlıklar bulunacaktır²⁰: (1) Davanın tarafları. (2) Davanın konusu. (3) Davacının iddiaları. (4) Davanın savunması. (5) Danıştay tetkik hâkimin düşüncesi. (6) Danıştay Savcısının düşüncesi. (7) “Türk Milleti Adına” ifadesi. (8) Maddî olay ve hukukî süreç. (9) İnceleme ve gerekçe (a-usûl yönünden; b-esas yönünden). (10) Karar sonucu. (11) Heyet başkan ve üyelerin adları. (12) yargılama giderleri. (13) Karşı oy.

2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi ile Danıştay kararlarının şekli unsurlarına ilişkin kurallar belirlenmiştir. Bu kurallara göre yazılan Danıştay kararlarının, diğer idarî yargı yerlerince yazılan kararları da şekillendirmesi beklenebilir. Ancak benzer kuralların ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemeleri için de ayrıca belirlenmesi daha isabetli olurdu.

20 Bu başlıklar büyük harfle yazılacak ve sonunda iki nokta (:) bulunacaktır.

III. KARAR ÖRNEKLERİ ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRMELER

Bu başlık altında Danıştay'ın yargısal kararlarının şekli unsurlarındaki tarihî gelişimi, karar örnekleri üzerinden değerlendirmeye çalışacağız. Kararlar, Eylül 1937 tarihinde 1. sayısı ile yayın hayatına başlayan *Devlet Şurası Kararlar Mecmuası*'nda yayınlanmaya başlamıştır.

1. 1937 Tarihli Kararlar Mecmuasının 1. Sayısından İki Örnek

1 DEAVİ DAİRESİ

No: 36/1741

2921 sayılı kanunun 18 inci maddesinde 20 seneyi doldurmayıp tahdidi sin sebebiyle inhisar idareleriyle alâkaları kesilecek memurlara müddeti hizmetleri nisbetinde bir tazminat verileceği ve 10 uncu maddesinde tazminatın 1934 senesinden itibaren hesap edileceği yazılı olmasına ve muvakkat 3 üncü madde de bu tarihten evvelki seneler tazminatının verilebilmesi aylıklardan yüzde beş tekaüd aidatının memur hesabına borç kaydedilmesi meşrut bulunmasına göre müstedi hakkında bu dairede yapılan muamelede yolsuzluk yoktur. Davanın reddine ve 400 kuruş ilâm harcından kalan 300 kuruşun davacıdan alınmasına sözbirliğile karar verildi.

Örnek 1: Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, 1937, Sayı.1, s. 39.

D. U. H.

E: 37/144

Müstedinin tapu ve kadastro Memurun Müdür Muavinliğine kendisinden daha az kıdemli ve ehliyetli olduğu halde tayinine itiraz ettiği zatin bu tayinden evvel 2500 kuruş maaş almakta olmasına ve davacının bu tarihteki maaşı 3000 kuruştan ibaret olduğu anlaşılmasına göre müstedinin kıdeme müteallik itirazı varid değildir. Memurlarda ehliyet hususunun takdirde salâhiyettar amirlere mevduudur. Bundan başka yine davacının bir daire kadrosundaki münhallere o daireden ehli bulunduğu hariçten kimse almamıyacağı iddiası hadisede mevzuubahs olamaz. Zira bu iddiaya revaç vermek bir daire kadrosunun kalem kadrosu telekkesine müncer olur ki vazı kanunun böyle bir maksadı yoktur. İddiasının reddine ve 2503 sayılı Harç Tarifesi Kanunu mucibince ödemesi gerekli olan 400 kuruş ilâm harcından davacının bidayeten ödediği 100 kuruşun indirilerek bakiye 300 kuruşun kendisinden tahsiline ittifakla karar verildi.

Örnek 2: Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, 1937, Sayı.1, s. 36.

Yukarıda Danıştay'ın (Devlet Şûrâsı) ilki Danıştay 1. Dava Dairesine, ikincisi ise Danıştay Umumi Heyeti'ne ait iki karar örneği yer almaktadır. Kararların tamamı görüntüdeki kadardır. Görüldüğü üzere, kararlarda davanın tarafları (davacı, davalı), davanın konusu, kanunî dayanak, gerekçe

ve hüküm gibi bölümlemeler bulunmamaktadır. Bu günkü karar örnekleriyle mukayese edilemeyecek nitelikte, iptidaî bir yargı kararı şekli ile karşı karşıyayız.

2. 1937 Tarihli Kararlar Mecmuasının 2. Sayısından İki Örnek

Daavi Daireleri U. Heyeti
K: 35/26

Davanın hülâsası: Davacı, evvelce vekâlet emrine alınmasile açtığı dava üzerine vekâlet emri muamelesi refedilerek aldığı ilâm ile vazifesine tayini için vaki müracaatı, ilâmın muhtacı tazvih bulunduğu beyanile nazara alınmadığından ve tazvih için aldığı karara rağmen yine vazifesine iade edilmediğinden maddî ve manevî tazminat için vali aleyhine mahkemeye vaki müracaatı vazife noktasından red edildiğinden bahsile ve vekâlet emrine alındığı tarihten şimdiye kadar mağdur edildiği beyanile Borçlar Kanununun 41 inci ve müteakip maddeleri mucibince zararının tazmini dileğinden ibarettir.

Dava olunanın müdafaaları: Husumetin şahsına değil vilâyete tevcih edeceği Borçlar Kanunile Şûrayıdevlet kanununa göre hadisede müruru zaman olduğu, gazez mevcut olmadığı, idarî bir kararın ikinci derecede tetkikle bozulması birinci derecede bu kararı alanın mes'uliyetini mucib olmayacağı merkezindedir.

Müddeiumuminin mütalâası hülâsası: Davada müruru müddet mevcud olmadığı davacının mağduriyetinin bu gün dahi devam ettiği cihetle davacının almış olduğu vekâlet emri maaşının mahsubu suretile verilecek karar tarihine kadar tazminat alması gerektiği ve bu tazminatın müsebbibine rücu şartile muhasebei hususiyece öndemesi icab ettiği yolundadır.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren, Şûrayıdevlet Daavi Dairesi Genel Heyetî tarafından gereği düşünüldü:

Gerçi dava olunan Vali Sahip, icra makamlarının yaptıkları icrattan dolayı şahsan davada husumet mevkiinde olamayacaklarını iddia ederek husumeti kendi şahsına tevcih etmiş olan bu arzuhalin gerek bu, gerekse hadisede mütehakkak müruru müddet noktalarından reddi lâzım geleceğini beyan etmekte ise de; Vali Sahip, bu meselede velâyeti amme kudretile hareket etmiş ve bu hareket de bir hizmet hatası olma-

Şu yukarıda yazılan sebeplere binaen davacının memuriyetine iade olumamasından dolayı maaş noktasından duçar olduğu zararların dava olunan Vali Sahibe tazmin ettirilmesi ve iadei memuriyet kararının tebliğinden sonra davacıya füzulen verilmekte devam edildiği anlaşılan vekâlet emri maaşlarının da bu zamana idhali ve 9/6/1934 tarihli ve 2503 sayılı kanun mucibince muktazi 400 kuruş ilâm harcının dava olunanın alınması, husumet ciheti ve tazminatın doğrudan doğruya Vali Sahibin şahsından alınması noktası çoklukla, esas tazmin de söz birliğile kestirildi.

Örnek 3: Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, 1937, Sayı.2, s. 17-18.

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere Danıştay'ın yargısal kararlarının şekli, yavaş yavaş şekillenmeye başlamıştır. (1) İlk dikkat çeken husus,

karar künyesi ile ilgili olarak “**K. 35/26**” şeklinde sadece karar numarasının yazılmış olmasıdır. (2) “*Davanın hülâsası*”, “*Dava olunanın müdafaaları*”, “*müddeiumuminin mütalâası hülâsası*” şeklinde bölümlemeler ve başlıklamalar yapılmaya başlanmıştır. Ancak “hüküm” veya “dava sonucu” gibi bir başlık henüz bulunmamaktadır. (3) Bir diğer husus “**Türk Ulusu Adına**” şeklinde kararın meşruiyetine atıf yapıldığı ve yerinin belirlendiği görülmektedir. (4) Kararın son paragrafında yer alan “*Sahibin şahsından alınması noktası çoklukla, esas tazmin de söz birliğiyle kestirildi*” cümlesi, Danıştay’ın hukuk dili ve yazım kuralları bakımından dikkat çekici niteliktedir.

Daavî Daireleri U. Heyeti

K: 34/100

Davanın hülâsası: Vazifesinden ihracına dair verilen kararın Dahiliye Vekâletince kaldırıldığına ve bu karara karşı belediyenin Şûrayıdevlete açtığı davanın da reddedildiği halde vazifesine iade olunma-

dığından bahsile vazifesine iadesini ve toplanmış maaşlarile maddî ve manevî zararının tazminini istemektedir.

Dava olunanın müdafaaları hülâsaları: Davada müruru müddet olduğu, ihracının sebepsiz olmadığı davacının yerine başkasının tayin edildiği cihetle davanın reddi merkezindedir.

Müddeiumuminin mütaleası hülâsası: Davacının vazifesine iadesi icab ettiği ve maaşlarının tazmini lâzımgeldiği merkezindedir.

TÜRK MİLLETİ NAMINA

Kaza icrasına memur, Şûrayıdevlet Daavi Dairesi Umumî Heyeti tarafından icabı düşünüldü:

Örnek 4: Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası, 1937, Sayı. 2, s. 18-19.

Devlet Şûrâsı Kararlar Mecmuasının 2. sayısında arka arkaya yer verilen ve aynı mahkemeye ait kararlardan ilkinde “**Türk Ulusu Adına**” ibaresi yer alırken, ikincisinde “**Türk Milleti Namına**” ifadesi kullanılmaktadır. Bu durum Kararlar Mecmuasının 1938 tarihli 3. Sayısında da devam etmektedir. İki farklı yazım, dil konusundaki zihin karışıklığının bariz bir örneğini teşkil etmektedir. Bu durum daha sonraki tarihlerde de devam etmektedir²¹.

21 Bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, 1945, Sayı. 28; Danıştay DDGK, E. 44/14, K. 44/25 kararda “TÜRK ULUSU ADINA”; 34/1, K; 35 sayılı kararda ise “TÜRK MİLLETİ NAMINA” denilmektedir.

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki, Kararlar Mecmuası'nın Eylül 1937 yayınlanan 1. sayısı ile Birincikanun (Aralık) 1937'de yayınlanan 2. sayısında yayınlanan kararlar arasında, yazım şekli ve dil konusunda önemli değişiklikler olduğu görülmektedir.

3. 1938 Tarihli Kararlar Mecmuasının 3. Sayısından İki Örnek

Deavî Daireleri H. Heyeti

31/1140

K: 32/1152

Davanın H: Kıstelyevm muamelesine itirazdan ibarettir.

Dava edilen müdafaası H: Ders senesi başında gönderdiği on beş günlük rapor vekâlet Sıhhat Müfetişliğince beş güne tenzil ve ikinci on beş günlük rapor reddedildiğinden kıstelyevm yapıldığını natiktir.

Örnek 5: Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, 1938, Sayı.3, s. 17.

2 Daavî Dairesi

36/1819

K: 37/564

Davanın H: Davacı Sivas orman muamelât memurluğundan işten el çektilerilerek bilâhara da vekâlet emrine alındığından ve kendisine isnat edilen suçtan dolayı 2330 sayılı af kanunu mucibince takibata mahal olmadığına karar verildiğinden ve yeniden memuriyete tayin olunduğundan bahsile açıkta kaldığı müddete ait aldığı bir kısım istihkakın istirdat edilmek istenmesine ve bir kısmının da verilmemesinden dava etmektedir.

Örnek 6: Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, 1938, Sayı.3, s.18.

Bu iki örnekte görüleceği gibi “31/1140” ve “K:32/1152” şeklinde kararların Esas ve Karar numaraları birlikte yazılmaya başlanmıştır. Öte yandan kararın sonunda “18/11/1937 tarihine ittifakla karar verildi” şeklinde karar tarihi de yazılmaya başlanmıştır.

4. 1938 Tarihli Danıştay Kararlar Mecmuasının 4. Sayısından İki Örnek

Daavî Daireleri H. Hey'eti

36/590

K: 37/542

Dava eden: Çanakkale orman mühendisi Turgut Güner

Dava edilen: Ziraat Vekâleti.

Davanın Hü: Asaletinin tasdik edilmemesine itirazdan ibarettir.

Dava edilenin müdafaası H: Namzet olarak tayin olunan mumai-leyhin askerliğini yapmadığı cihetle 27/6/1935 tarihli ve 212908 sayılı vekiller hey'eti kararına tevfikân asaleti tasdik edilmediği mealindedir.

Müddeiumuminin mütlâası H: Davacı hakkında yapılan muame-lerin kanuna uygun olduğu merkezindedir.

TÜRK ULUSU ADINA

Hüküm veren Şûrayıdevlet Daavî Hususî Heyeti tarafından işin gereği düşünüldü:

Memurin Kanununun dördüncü maddesinde memur olabilmek için askerlik hizmetini yapmış olmak veya sınıfı ihtiyata nakledilmiş veya askerliğe elverişli olmadığı sabit bulunmak veya tecil edilmek lâzım geldiği yazılı olduğuna ve davacının da askerliğini yapmadığı anlaşıldığına göre hakkında yapılan muamelede kanuna aykırı bir cihet görülmediğinden davasının reddine ve 400 kuruş ilâm harcından davacının bidayeten ödediği 100 kuruşun mahsubu ile geri kalan 300 kuruşun kendisinden alınmasına 6/10/1937 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Örnek 7: Danıştay Kararlar Mecmuası, 1938, Sayı.4, s.10.

1 Daavî Dairesi

37/694

K: 37/2568

Davacı: İzmitte Çukurbağ mahallesinden inhisarlar eski muhake-mat memuru Hayri Çevikus.

Davaedilen: İnhisarlar Umum Müdürlüğü.

Davanın H: Bir suçundan dolayı mahkemeye verilmişse de neticede

Örnek 8: Danıştay Kararlar Mecmuası, 1938, Sayı.5, s.11.

Görüleceği üzere davanın tarafları “Dava eden”, “Dava edilen” şeklinde yazılmaya başlanmıştır. Ancak aynı sayıda peş peşe yayınlanan iki karardan ilkinde “dava eden” denilirken ikincisinde “davacı” ifadesi yer almaktadır. Dava Daireleri H. Heyetinin kararının gayet kısa oluşu da dikkati çekmektedir.

5. 1938 Tarihli Kararlar Mecmuasının 5. Sayısından Bir Örnek

Daavî Daireleri U. Hey'eti

E: 37/269

K: 37/221

Davacı: Üsküdar İhsaniye Sokak numara 60 da Kimyager Burhanettin Bilgili.

Dava edilen: Gümrük ve İnhisarlar Vekâleti.

Davanın H: Kars Gümrük Kimyageri iken memuriyetinin lâğvı

Örnek 9: Danıştay Kararlar Mecmuası, 1938, Sayı.4, s. 18.

Bu örnekte dikkat çeken husus, “E: 37/269”, “K: 37/221” şeklinde kararın esas ve karar numaralarının yazım şeklinin belirginleşmiş olmasıdır.

6. 1949 Tarihli Kararlar Dergisinin 43-44. Sayısından Bir Örnek²²

Dördüncü Daire

E. No : 48/4258

K. No : 49/ 52

Dâvacı : İstanbul Defterdarlığı.

Dâvalı : Tan Gazetecilik ve Neşriyat T. Ltd. Şirketi Ankara Caddesi No. 102.

Dâvanın özeti : Şirketin 1936 yılında satın aldığı matbaa bina ve sa-

Örnek 10: Danıştay Kararlar Dergisi, 1949, Sayı. 43-44, s. 71.

Bu örnekte görüldüğü üzere, kararların yazım şekli, bu güne benzer bir duruma gelmiştir.

7. 1949 Tarihli Kararlar Dergisinin 52. Sayısından İki Örnek²³

Danıştay D. D. G. Kurulu

E. No : 52/25

K. No : 52/252

Dâvacı : Mümtaz Fazlı Taylan, Herta Taylan: Erenköy Çiftehavuzlar Caddesi No: 74/7 İstanbul.

Vekilleri : Şevket Mehmet Ali Bilgişin, Halil Arslanlı: Galata Çınar Han Kat: 1 İstanbul.

Dâvalı : İstanbul Defterdarlığı.

Dâvanın özeti : Tasfiye halinde bulunan Ari İnşaat Levazımı Limited Şirketinin Maliyeye olan kazanç, buhran ve muamele vergisinden

Örnek 11: Devlet Şûrası Kararlar Dergisi, 1952, Sayı. 58, s. 52

²² Derginin adı 1945 tarihli 28. Sayıdan itibaren Danıştay Kararlar Dergisi adını almıştır.

²³ Derginin adı, 1952 yılında 58. Sayıdan itibaren tekrar “Devlet Şûrası Kararlar Dergisi” şeklini almıştır.

Danıştay Beşinci Daire

E. No: 52/ 435

K. No: 52/2662

Dâvacı: Mehmet Öğder - İstanbul Aksaray Taşkasap Darüşşifa Sokak No: 4 - İstanbul Teknik Üniversitesi Makine Fakültesi eski Fizik Doçenti.

Dâvalı: 1 — Üniversiteler Arası Kurul Başkanlığı.

2 — İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü.

Vekili: Avukat Lütfü Duran, İstanbul Galata Bankalar Caddesi Asikürasyonî Han Kat 1 No: 5-6

Dâvanın Özeti: İstanbul Teknik Üniversite Senatosunca öğretim

Örnek 12: Devlet Şûrası Kararlar Dergisi, 1952, Sayı. 58, s. 124

Örneklerde de görüldüğü üzere, kararlarda vekiller de yazılmaya başlamıştır.

7. 1963 Tarihli Kararlar Dergisinin 87-88. Sayısından Bir Örnek²⁴

Devlet Şûrası Beşinci Daire Kararları

E. No. 1961/1614

K. No. 1961/3559

Dâvacı :

Vekili : Avukat Muammer Dalbudak, Belediye yanı B. Toygar Apt. Kat 1. - Ankara.

Dâvalı : Ereğli Belediye Başkanlığı.

Dâvanın Özeti : Konya Ereğli'si Elektrik, Su ve M. Sulama İşmuamelenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü :

Iptali istenilen muamele dâvacıya 24/1/1961 tarihinde tebliğ edil-

Örnek 13: Danıştay Kararlar Dergisi, 1963, Sayı. 87-88, s. 148-149.

Kararların meşruiyetini ifade ederken “TÜRK MİLLETİ ADINA” şeklinde yazılmaya başlandığı görülmektedir.

²⁴ Derginin adı, 1961 yılında 73. Sayıdan itibaren tekrar “Danıştay Kararlar Dergisi” şeklini almıştır.

7. 1984 Tarihli Kararlar Dergisinin 54-55. Sayısından Bir Örnek²⁵

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü :
Davacı görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemin iptalini istemektedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptaline, 2800 lira yargılama gideri ile 2329 sayılı Kanuna göre davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesine göre 3400 lira avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine 26.9.1983 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Örnek 14: Danıştay Dergisi, 1984, Sayı. 54-55, s. 202-202.

Yukarıdaki karar örneğinde kararın baş, orta ve son kısmı yer almaktadır. Son paragraf, kararın hüküm fıkrasını oluşturmaktadır. Kararda başlıklar bulunmadığı gibi, “hüküm” kısmı da açıkça yazılmış değildir.

7. 2023 Tarihli Kararlar Dergisinin 13. Sayısından Bir Örnek²⁶

T.C.
DANIŞTAY
SEKİZİNCİ DAİRE
Esas No : 2020/798
Karar No : 2023/1145

Anahtar Kelimeler : -Güvenlik Soruşturması

Özeti : Davacı hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde davacıya verilen HAGB kararının hukuka aykırı bir şekilde ulaşıldığı hakkında karar.

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : Emniyet Genel Müdürlüğü
VEKİLİ : Av. ...
KARŞI TARAF (DAVACI) : ...
VEKİLİ : Av. ...

İSTEMİN KONUSU : Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 08/11/2019 tarih ve E:2019/3096, K:2019/3124 sayılı kararının, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava Konusu İstem: Gaziantep Polis Meslek Eğitim Merkezi'nde

25 Derginin adı, 1971 yılında “Danıştay Dergisi” şeklini almış ve sayı 1’den başlatılmıştır.

26 Derginin adı, 2023 yılında “Danıştay Kararlar Dergisi” şeklini almış ve sayı 1’den başlatılmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Sekizinci Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra ve dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :**MADDİ OLAY :**

Gaziantep Polis Meslek Eğitim Merkezi Müdürlüğünde (POMEM) 21. dönem öğrencisi olan davacının ilgili mevzuat uyarınca hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde Nizip 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 10/10/2013 tarih ve E:2013/441, K:2013/354 sayılı kararıyla "Silahla tehdit" suçundan davacının "1 yıl 8 ay" hapis cezasıyla cezalandırılmasına, CMK'nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) ve 5 yıl denetime tabi tutulmasına karar verildiğinin tespit edilmesi üzerine, Gaziantep Polis Meslek Eğitim Merkezi Müdürlüğü Yönetim Kurulunun 31/05/2018 tarih ve 2018/9 sayılı kararıyla ilişkisinin kesilmesine karar verildiği, Polis Akademisi Başkanlığının 11/06/2018 tarihli Olur işlemi ile de ilişkisinin kesilerek dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

İLGİLİ MEVZUAT:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında;

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Uyuşmazlık konusu olayda; davacıya ilişkin verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar kayıtlarının Gaziantep Polis

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle,

1. Temyiz isteminin reddine,
2. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 08/11/2019 tarih ve E:2019/3096, K:2019/3124 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile **ONANMASINA**,
3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, posta gideri avansından artan tutarın Mahkeme tarafından iadesine,
4. 2577 sayılı Kanunun 50. maddesi uyarınca onama kararının taraflara tebliğini ve bir örneğinin de belirtilen Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesini teminen dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesine,
5. Kesin olarak, 10/03/2023 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Örnek 15: Danıştay Kararlar Dergisi, 2023, Sayı. 13, s. 277-292.

Yukarıda bahsedildiği üzere Danıştay tarafından 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi oluşturulmuştur. Bu rehberde kararların yazım şekline ilişkin kurallar yer almaktadır. Kararda başlıklara yer verilmesi, karar sonucunun açık ve maddeler halinde yazılması, Rehberde yer alan kurallardan bazılarıdır. Yukarıya aktardığımız örnekte, bu kurallara uyulmaya çalışıldığı gözükmemektedir.

IV. GÜNÜMÜZDEKİ KARARLARIN ŞEKLİ YAPISI

1. 2018 Tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi²⁷

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Danıştay ilk defa “karar yazım rehberi” hazırlamıştır. Danıştay kararlarında bulunması gereken hususlar yanında, kararların yazım şekli detaylı şekilde belirtilmektedir. Rehberde karar yazımı üç başlık altında ele alınmaktadır. Rehberde yer alan kurallardan bazılarını aktarmak istiyoruz.

a. Usule İlişkin Kurallar

Bu başlık altında, kararların yazım usulüne ilişkin kurallar yer almaktadır.

-Yazının puntosu, satır aralığı, kenar boşlukları gibi hususlar bir standarda bağlanmaktadır. Rehberde göre karar yazarken sayfa düzeninde, büyük harf ve koyu punto kullanımında öngörülen standartlara bağlı kalınır.

-Kararlarda başlık kullanımı esastır. Kararın içeriğine uygun başlıklandırma yapılır. Kararların tümünde yazım örneklerinde yer alan her başlığın mutlaka kullanılması zorunlu değildir.

-Davanın konusu ve karar sonucu (hüküm) maddeler halinde yazılır ve her madde numarasından sonra nokta (.) konulur.

-Kararlarda bir yargı kararı veya bilimsel bir çalışmadan alıntı yapılmış ise mutlaka kullanılan yargı kararına veya bilimsel çalışmaya usulüne uygun (parantez içinde) atıf yapılır.

-Danıştay dairelerinin adları yazıyla (Danıştay Sekizinci Dairesi gibi), ilk derece mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri dava dairelerinin adları rakam kullanılarak (Ankara 3. İdare Mahkemesi gibi) yazılır.

b. Üsluba İlişkin Kurallar

Kararların üslubuna (dil kullanımı ve yazım kuralları) ilişkin kurallara yer verilmektedir.

-Kararlarda anlaşılabilir kısa ve etkili bir dil kullanılması, tekrarlardan ve anlaşılmayı zorlaştıran uzun cümlelerden kaçınılması gerekir.

-Kararlarda terim birliğine, açık ve kuşkuyla vermeyecek ifadelere yer verilmesine dikkat edilmelidir.

27 Karar Yazım Rehberi, Danıştay Başkanlar Kurulu tarafından 13.4.2018 tarihinde kabul edilmiş, 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren uygulamaya başlanmıştır. Söz konusu Rehber, Danıştay Yayınları, No. 110 olarak 2020 yılında yayınlanmıştır (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/karar-yazim-rehberi.pdf>).

-Kararlar, Türk Dil Kurumu tarafından benimsenen güncel yazım ve noktalama kurallarına uygun biçimde, yalın, açık bir üslupla ve hukukî terimlerle kaleme alınmalıdır.

-Özel bilgi ve düşüncelerin karara yansıtılmaması, tarafların kişilikleri hakkında değer yargısında bulunulmaması, mümkün olduğunca tarafsız bir üslup kullanılmalıdır.

-Maddi olay aktarılırken ve ilgili mevzuat aktarılırken kronolojik sıralamanın doğru yapılarak karara yansıtılmalıdır.

c. İçeriğe İlişkin Kurallar

Bu başlık altında 2577 sayılı Kanunun 24.maddesinde yer alan kararlarda bulunması gereken hususların, kararda nasıl yer alması gerektiği ve bunların şekli açıklanmaktadır.

Buna göre karar; (1) uyuşmazlığın hukukî nitelendirilmesinin yapıldığı, (2) ilgili mevzuatın belirlenerek yorumlandığı, (3) maddi olayın anlatıldığı, (3) tarafların sav ve savunmalarının yer aldığı, (4) hukukî değerlendirme yapılarak varılan sonucun gösterildiği kısımlardan oluşur. Tarafların sonuca etkili iddialarının değerlendirilmesi gereği vurgulanmaktadır.

Kararda sırasıyla büyük harflerle yazılmış şu başlıklar bulunacaktır²⁸: (1) Davanın tarafları. (2) Davanın konusu. (3) Davacının iddiaları. (4) Davanın savunması. (5) Danıştay tetkik hâkimin düşüncesi. (6) Danıştay Savcısının düşüncesi. (7) “Türk Milleti Adına” ifadesi. (8) Maddî olay ve hukukî süreç. (9) İnceleme ve gerekçe (a-usûl yönünden; b-esas yönünden). (10) Karar sonucu. (11) Heyet başkan ve üyelerin adları. (12) yargılama giderleri. (13) Karşı oy.

2. Bazı Hususlar Üzerine Değerlendirmeler

Danıştay kararlarına bakıldığında bu kurallara önemli ölçüde uyulduğu görülmektedir. Kanaatimizce üzerinde durulması gereken birkaç husus bulunmaktadır.

a. Kararın Bölümleri

Kararların bölümleri, hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde benzer niteliktedir. Karar bölümleri, adeta kararın omurgasını oluşturmaktadır. Bölümler, kararın yazılmasında zorunlu olan bilgilerdir. Öneminden dolayı, bölümler yargı yerinin takdirine bırakılmamış, kanunda açıkça düzenlenmiştir. 2577 sayılı kanunun 24. maddesinde yer alan bu kurallar Da-

28 Bu başlıklar büyük harfle yazılacak ve sonunda iki nokta (:) bulunacaktır.

nıştay ve diğer idarî yargı yerleri bakımından uyulması zorunlu kurallardır. Kanunun 24. maddesinde belirtilen hususlar, kararda bulunması gereken asgarî bölümler olup, uyumsuzluğun niteliğine ve konunun anlaşılabilirliğini sağlama matuf olarak ilave bölümlere de yer verilebilir. Öte yandan, Kanunun 24.maddesinde belirtilen zorunlu bölümler, nihaî kararlar içindir. Ara kararları için bu bölümlerden uygun olanlarına yer verilmesi yerterlidir.

Danıştay Karar Yazım Rehberi’nde şu kurala yer verilmektedir: “*Kararlarda başlık kullanımı esastır. Kararın içeriğine uygun başlıklandırma yapılır. Kararların tümünde yazım örneklerinde yer alan her başlığın mutlaka kullanılması zorunlu değildir*”. Bu kural mucibince, kararın tümünün (tarafların iddia ve savunmalarının, maddî olayın, hukukî gerekçelerin yazımında) uygun başlıklar konularak yazılması konunun daha anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

Danıştay Karar Yazım Rehberi’nde “*Kararlarda “DAVANIN/İSTEMİN KONUSU” ve “KARAR SONUCU” maddeler halinde yazılır. Her madde numarasından sonra nokta (.) konulur*” kuralı yer almaktadır. Benzer uygulamanın, kararı tümüne yansıtılması, gerekçede tartışılan hususların da numaralı başlıklar halinde, hatta paragraf numaraları da (Anayasa Mahkemesi kararlarına benzer şekilde) verilerek yazılması daha isabetli olur. Nitekim İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 2017 tarihli bir kararında bu yönde bir uygulama yapıldığı görülmektedir²⁹.

b. Kararın Meşruiyetine Yapılan Atıf

Yukarıdaki açıklamalarda yerildiği üzere Danıştay kararlarında, 1930’lu yıllarda itibaren “TÜRK MİLLETİ NAMINA” veya “TÜRK ULUSU ADINA” (1960’lı yıllardan itibaren de istikrarlı şekilde “TÜRK MİLLETİ ADINA”) şeklinde kararın meşruiyetin atıf yapılmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak 1925 tarih ve 669 sayılı Şûrây-ı Devlet Kanunu ve 1938 tarih 3546 sayılı Devlet Şûrâsı Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yine 1964 Tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ve 1982 tarih ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda da hüküm bulunmamaktadır. Bu ibarenin kullanılacağı 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi’nde yer almaktadır.

Bu uygulamanın dayanağı, 1924 Esas Teşkilât Kanunu’nun 8. maddesinde yer alan “*Hakkı kaza, Millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mahâkim tarafından istimal olunur*” hüküm olabilir mi?

29 Bkz. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2016/1302, K. 2017/2575, 15.12.2017.

Bilindiği üzere Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu 1927’de yürürlüğe girmiştir³⁰. Bu Kanunda da kararların meşruiyetine ilişkin ibarenin kararlarda yer alması hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. O dönemdeki adıyla Türk Temyiz Mahkemesi’nin (Yargıtay) kararlarında bu ifadenin yer almadığı görülmektedir³¹. Yargıtay’ın bu uygulaması 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na kadar devam etmiştir³². 6100 sayılı Kanunun “hükümün kapsamı” başlığını taşıyan 297. maddesinde “*Hüküm “Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar*” şeklinde hüküm sevk edilerek, hem bu ibarenin kararda yer alacağı hem de yeri belirlenmiştir. Yargıtay kararlarında bu ibare, kararın en başında “TÜRK MİLLETİ ADINA YARGITAY İLÂMI” şeklinde yer almaktadır³³. Öte yandan 1961 Anayasasının 7. maddede yer alan “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*” hükmü yer almasına rağmen, bu anayasa ile ihdas edilen Anayasa Mahkemesi kararlarında “TÜRK MİLLETİ ADINA” ibaresine yer verilmemektedir³⁴.

Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin uygulamaları göstermektedir ki, kararın meşruiyetine ilişkin söz konusu ibarenin kullanımının, anayasada yer alan yargı yetkisinin Türk milleti adına kullanılacağına ilişkin hükümden kaynaklanmamaktadır³⁵. Danıştay’ın bu uygulamasının, Fran-

30 1927 Tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Resmî Gazete 6 Temmuz 1927, Sayı. 622.

31 Bkz. Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi, E. 2167, K. 2039, Adliye Ceridesi, Temmuz 1929, Cilt. I, Sayı. 84, s. 55 ; Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesi, E. 1760, K. 1820, Adliye Ceridesi, Eylül 1929, Cilt. II, Sayı. 86, Cilt. II, s. 32; Temyiz Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi, E. 156, K. 151, Adliye Ceridesi, 1930, Sayı. 90, s. 47; Temyiz Mahkemesi 2. HD, E. 2811, K. 1922, Adliye Ceridesi, 1931, Sayı. 103, s. 32.

32 Bkz. Temyiz Hukuk Umumi Heyeti, E. 1/62, K. 60, s. 1193, Adalet Dergisi, 1955, Sayı. 12; Temyiz Üçüncü Hukuk Dairesi, E. 6033, K. 4467, Adalet Dergisi, 1955, Sayı.12, s. 1194; Yargıtay 5. HD, E.261, K. 953, Adalet Dergisi, Nisan 1965, Sayı. 4, s. 473; Yargıtay 2. HD, E. 2004/14969, K. 2005/605, 24.1.2005, RG.

33 Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2024/2529, K. 2024/5754, 10.7.2024, RG. 16 Ekim 2024, Sayı. 32694.

34 Bkz. AYM, E. 1962/2, K. 1962/1, 05.09.1962, RG. 3 Ekim 1962, Sayı. 11222; AYM, E. 2019/30, K. 2023/227, 28.12.2023, RG. 22 Ekim 2024, Sayı. 32700.

35 Aksi görüş için bkz Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 1281.

sız Danıştayının (Conseil d'État) uygulamasından mülhem olduğunu düşünmekteyiz. Zira Fransız Danıştayı öteden beri “Fransız Halkı Adına” (*Au Nom du Peuple Français*) ibaresine kararlarında yer vermektedir³⁶.

Danıştay’ın kararın meşruiyetine ilişkin ibareyi yazdığı yer de dikkat çekicidir. Danıştay bu ibareye, 1930’lu yıllardan itibaren, davanın konusu, iddia ve savunmaların özeti ve tetkik hâkimin görüşleri verildikten sonra, “*dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü*” cümlesinden sonra yer vermektedir. 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi’nde de bu durum kural haline getirilmiştir. Bu kullanımın isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Zira bu ibareden önce yer alan kısım kararın bir parçası değil mi, tetkik hâkiminin görüşü Türk milleti adına yazılan bir görüş değil mi soruları akla gelmektedir. Bu ibare kullanılacaksa Yargıtay gibi(ve Fransız Danıştayı gibi), kararın en başında kullanılması daha uygun düşer kanaatini taşımaktayız. İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 2017 tarihli bir kararında bu yönde bir uygulama yapıldığı, kararın en başında “T.C. İSTANBUL 4. İDARE MAHKEMESİ (TÜRK MİLLETİ ADINA)” şeklinde yazıldıktan sonra, kararın diğer bölümlerine geçildiği görülmektedir³⁷.

c. Kararın Gerekçesi

Anayasanın “âdil yargılanma hakkı”nı düzenleyen 36. maddesi ile mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması gerekliliğini düzenleyen 141. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, âdil yargılanma hakkı gerekçeli karar hakkını da içerdiği anlaşılmaktadır.

Gerekçe³⁸, hükme nasıl ulaşıldığını ortaya koyan hukukî ve mantıkî açıklamalardır. Bir başka ifadeyle maddî olaydan başlayıp, olayın uygulandığı hukuk metinlerinden geçerek hükme ulaştıran yola gerekçe denilir. Bu yolun herhangi bir boşluğa ve tereddüte mahal bırakmayacak şekilde olması gerekir. Dava konusu olayı özetleyip konuya ilişkin hukuk metinlerini aktarmak gerekçe olarak nitelendirilemez. Hüküm, taraflardan birinin iddiasının kabulü, diğer tarafın iddiasının da reddi sonucunu doğurur. Gerekçe, bir iddianın niçin kabul edildiğini, diğer iddianın niçin kabul edilmediğini hukuk ve mantık kuralları çerçevesinde okuyanı ikna edecek şekilde kaleme alınmalıdır. Zira hükmün isabetli olup olmadığı, gerekçeye

36 Bkz. Conseil d'État, *Cadot*, 13 décembre 1889, Décision no. 66145, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1889-12-13/66145>.

37 Bkz. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2016/1302, K. 2017/2575, 15.12.2017.

38 Kararlarda gerekçe konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. K. Begüm **İsbir**, *İdari Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

bakılarak denetlenebilir. Kararda yeterli bir gerekçenin olmaması³⁹ kadar, gerekçe ile hükmün çelişik olması⁴⁰ da isabetli bir karar verilmediğinin işaretidir⁴¹. Gerekçede, hükme tesir edecek nitelikte olan taraf iddialarının⁴² cevaplandırılması gerekir⁴³. Kaldı ki mahkeme kararlarının gerekçeli olması, işin tabiatı gereğidir. Tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenmesi gerekçeli karar hakkının bakımından bir zorunluluktur. Bu bağlamda kararda, davanın esasına etki edecek iddiaların karşılanması gerekir. Mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında *ilgili ve yeterli bir yanıt* vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması hak ihlaline neden olabilecektir⁴⁴.

-
- 39 Danıştay Yedinci Dairesi, E. 1998/1345, K. 1999/2900, 25.11.1999: “...dava konusu vergi tarhına esas matrahın 16.750.000- lira olması; ayrıca, olaya, kaçakçılık cezası değil ağır kusur cezası uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ise de mahkemeyi bu yargıya götüren maddi ve hukukî nedenler hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Başka anlatımla; kararda gerekçe gösterilmemiştir...”.
- 40 Yargıtay, 8. HD., E. 2012/5106, K. 2012/6952, 10.07.2012: ““...Kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir”.
- 41 Yargıtay 15. HD., E. 2000/829 K. 2000/1121, 08.03.2000: ““...“...Hukukun üstün kılınması, yargıya güven duyulup bunun kuvvetlendirilmesi yansız ve aleni yargılama yanında, yoğun bir mesainin ürünü olan nihai kararların da yargılama safahatına uygun, doyurucu ve inandırıcı biçimde kaleme alınmasıyla olanaklıdır. Devletin temel esaslarını düzenleyen Anayasa’da konuya yer verilmiş olması da bundandır. Varlığından söz edilebilmesi için gerekçenin yargılama safahatına uygun olması gerekir. Aksi halde karar “görünürde gerekçeli” olur ki, bu da gerekçesiz karar sayılır. Kararların gerekçeli olması kamu düzenine ilişkin olmakla aksi hal bozma nedenidir”.
- 42 AYM, Aziz Turhan Başvurusu, Başvuru no: 2012/1269, T. 08.05.2014, p. 52: “Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır”.
- 43 AİHM, Ruiz-Torija/İspanya, 09.12.1994, Başvuru no. 18390/91, p. 29-30: “Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır”.
- 44 AYM, Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, p. 31, 34.

Kararın gerekçe kısmında, uyuşmazlığı çözen yargı yerinin, tesis ettiği hükme, hangi maddi ve hukuki dayanaklardan hareket ederek nasıl ulaştığı, tarafları ikna edecek şekilde, hukuki muhakeme kuralları çerçevesinde ortaya konulur. Bu kısımda, maddi olay ve bu olaya uygulanan hukuk kuralı birlikte hukuki muhakemeye tâbi tutularak tahlil edilir. Yine bu kısımda tarafların iddia ve savunmalarının karşılanarak, neden kabul edildiği ya da neden kabul edilmediği ikna edici şekilde ortaya konmalıdır. Gerekçe kısmında, uyuşmazlığın çözümü ile alakası olmayan tartışmalara girilmemesi, olayla ilgisi olmayan hukuk kurallarının tahliline yer verilmemesi gerekir. Yine gerekçe kısmında, birbiriyle çelişen değerlendirmelerden uzak, tamâmen tutarlı açıklamalara yer verilmelidir.

Anayasanın 141. maddesinde “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” hükmü yer almaktadır. İdari yargı yerlerinin kimi kararlarında bu kurala uyulmadığı, herhangi bir gerekçeye yer verilmeyen hüküm kurulduğu ve bu uygulamanın yaygın olduğu görülmektedir. Birkaç misal verelim.

-Yürütmenin durdurulması talepleri bakımından “*uyuşmazlıkta, yukarıda anılan Kanun hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine*” şeklinde karar verilmektedir.

-Yürütmenin durdurulması talebi hakkında verilen karara itiraz edilmesi durumunda “*Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelere göre, mahkemece yürütmenin durdurulması istemi hakkında verilen kararda yasaya aykırılık bulunmadığından, itiraz isteminin reddine*” biçiminde karar verilmektedir.

-İstinaf başvurularında “*İstinaf başvurusuna konu edilen Mahkeme kararı usul ve esas yönünden hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından istinaf başvurusunun reddine*” tarzında karar verilmektedir.

-Temyiz başvurularında “*Temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararı ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına*” şeklinde karar verilmektedir.

Anayasanın 141. maddesi hükmü gereğince, bu kararların da gerekçeli olması, tarafların iddialarının cevaplandırılması gerekir.

d. Kararda Dayanılan Hukuk Metinleri

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 24. maddesinde, “*kararın dayandığı hukuki sebepler*” in kararda yer alacağı belirtilmektedir.

Davanın çözümünde dayanak olarak kullanılacak hukuk metinleri (anayasa, kanun, yönetmelik, genelge, uluslararası sözleşme, hukukun genel ilkeleri..) kararın dayandığı hukukî sebepleri oluşturmaktadır. Danıştay Karar Yazım Rehberi'nde de ilgili mevzuat hükümlerine hiyerarşik olarak (Anayasa, kanun, yönetmelik vs.) yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Hukuk metinlerinin yazılması konusunda özensiz davranıldığı görülmektedir. Somut uyuşmazlıkla ilgisi olup olmadığına bakılmaksızın konuyla ilgili mevzuata genişçe yer verilmektedir. Oysa olması gereken mevzuatın sâdece uyuşmazlığa uygulanacak kısımlarına (maddesine, fıkrasına, cümlesine...) yer verilmesidir. Uyuşmazlığın çözümünde uygulanmayacak hükümlerin karara aktarılması hem gereksiz hem de yazım ve okuma açısından zihin karışıklığına sebep olacaktır. Nitekim Danıştay Karar Yazım Rehberi'nde *“düzenlemelerin sadece ilgili hükümleri yazılmalı, somut uyuşmazlıkla ilgisi olmayan hükümler kararda yer almamalıdır”* denilerek bu husus açıkça vurgulanmaktadır.

e. Kararın Dili

Anayasanın 2. maddesinde devletin resmî dilinin “Türkçe” olduğu belirtilmektedir. Mahkemelerde de kararların Türkçe olarak kaleme alınacağı açıktır. Kararların, hukuk dili kadar Türkçe yazı dili kurallarına uygun olarak kaleme alınması bir zorunluluktur. Kararların muhataplarını ikna etmesi, hukuken güçlü ve dil anlamında kurallara uygun yazılmasıyla imkân dâhilinde olabilir⁴⁵.

Her bilim dalının kendine has bir dili bulunmaktadır. Hukuk da sosyal bilim olduğuna göre onunda kendine özgü bir dili, kavramları, ilkeleri ve kurumları bulunmaktadır. Hukukî kavramların inceliklerini, farklı anlamlarını dikkate alınmadan kullanılması yanıltıcı ve adalet duygusunu zedeleyici neticelere yol açabilir. Yargı kararları da bir hukuk metnidir. Bu itibarla kararlar, Türkçe yazım kuralları yanında hukuk diline de uygun kaleme alınmalıdır. Hukukî kavramlar yerli yerinde kullanılmalıdır. Az kelâm ile çok şeyi ifade edebilecek bir dil kullanılmalıdır. Bu durum belli ölçüde edebî bir yeteneği de gerektirmektedir. Kararlarda, sokak dili seviyesine düşmeden, açık, basit ve öz bir anlatım tercih edilmelidir. Uzun cümlelerden mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Zira uzun cümleler anlaşılabilirliği olumsuz etkilemektedir.

Danıştay Karar Yazım Rehberi'nde yukarıda bahsettiğimiz hususların yer aldığı görülmektedir:

45 Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 437 vd.

-Kararlarda anlaşılabilir bir dil kullanılarak açık ve tam gerekçe bildirilir.

-Karar, anlatmak istediğini kısa ve etkili biçimde ortaya koymalıdır.

-Kararlarda tekrardan kaçınılmalıdır.

-Kararlarda terim birliğine dikkat edilmelidir.

-Kararlarda kullanılacak ifadelerin özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek açıklıkta olması önemlidir. İki anlama gelebilecek, farklı anlaşılma müsaite, şüpheli veya belirsiz cümleler kullanılmamalıdır.

-Kararlar, Türk Dil Kurumu tarafından benimsenen güncel yazım ve noktalama kurallarına uygun biçimde, yalın, açık bir üslupla ve hukuki terimlerle kaleme alınmalıdır.

Kararlarda anlaşılmayı güçleştirecek uzun cümleler kullanılmamalıdır.

Kararlarda, virgüllerle ayrılarak uzun cümlelere yer verildiği, bu uygulamadan vazgeçilemediği görülmektedir. Mesela Danıştay Sekizinci Dairesinin 2023 tarihli bir kararında yaklaşık 51 satırdan oluşan paragraf tek cümle şeklinde kaleme alınmıştır⁴⁶. Aynı dairenin 2023 tarihli bir başka kararında ilk derece mahkemesi kararının özeti, 27 satırdan oluşan bir cümle olarak yazılmıştır⁴⁷. Danıştay Onuncu Dairesinin 2022 tarihli bir kararında yaklaşık 54 satırdan ve 1,5 sayfayı bulan bir cümle yer almaktadır⁴⁸. Danıştay Birinci Daire'sinin 2022 tarihli bir kararında 49 satır ve yaklaşık 1,5 sayfadan oluşan tek cümle bulunmaktadır⁴⁹.

Danıştay İdari Dava Kurulunun 2022 tarihli bir kararında ilginç bir örnek göze çarpmaktadır. Kararda "Daire Kararının Özeti" başlığı altında, virgülle ayrılan paragraflar halinde (aralarda numaralı alt başlıklar da bulunan) yaklaşık 9 sayfadan oluşan tek cümle yer almaktadır⁵⁰.

Yukarıya aktardığımız örneklerle benzer durumlara çok sık rastlanmaktadır. Oysa Danıştay Karar Yazım Rehberi'nde "anlaşılmayı zorlaştıran uzun cümlelerden kaçınılması gerekir" kuralı yer almaktadır. Kararlarda bu kurala pek uyulmadığı görülmektedir. Çok uzun cümleler, hem

46 Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 2020/798, K. 2023/1145, 13.3.2023, DKD, 2023, S.13, s. 277 (Cümlelerin bulunduğu sayfa 281-282)

47 Danıştay Sekizinci Dairesi, E. 2021/258, K. 2023/1373, 12.3.2023, DKD, S. 13, 2023, s. 305 (Cümlelerin bulunduğu sayfa 306).

48 Danıştay Onuncu Dairesi, E. 2018/3043, K. 2022/4831, 31.10.2022, DKD, S.13, 2023, s. 317 (Cümlelerin bulunduğu sayfa 323-324).

49 Danıştay Birinci Dairesi, E. 2022/1679, K. 2022/1793, DKD, S.13, s. 46 (Cümlelerin bulunduğu sayfa 48-49).

50 Danıştay İDDK, E. 2022/1768, K. 2022/3223, 10.11.2022, DKD, S. 13, s. 75 (cümlelerin bulunduğu sayfa 74-85).

anlam kaymalarına yol açmakta hem de konunun anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. O kadar ki konunun uzmanları (hukukçular) bir tam anlayabilmek için tekrara tekrar okumak zorunda kalabilmektedir. Oysa kararın tarafları her zaman hukukçu değildirler. Taraflar da kararı okuduklarında anlayabilmelidirler. Bunun yolu, konunun mümkün olduğunca kısa cümlelerle, paragraflara ayırarak, başlıklar koyarak yazılmasından geçmektedir.

SONUÇ

Danıştay kararlarının şekli unsurları ya da kararlarda bulunması gereken hususlar konusunda 1925 tarih ve 669 sayılı Şûrây-ı Devlet Kanunu ve 1938 tarih 3546 sayılı Devlet Şûrâsı Kanunu'nda kararların gerekçeli olması gerektiği (*esbab-ı mucibeyi muhtevi/ mucib sebepleri muhtevi*) dışında herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu dönemde Danıştay uygulamalarıyla kararların şekli unsurlarını oluşturmaya çalışmıştır. Bu konuya ilişkin ilk detaylı düzenleme, 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrâsı Kanunu'nun 58. maddesin uyarınca 1947 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından yapılan Danıştay Tüzüğü'dür.

1961 Anayasası'nın 135. maddesinde, “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” hükmü yer almıştır. Bu hüküm 1982 Anayasası'nın 141.maddesinde aynen tekrarlanmaktadır.

Danıştay kararlarında bulunması gereken hususların kanunla düzenlenmesi ilk olarak 1964 Tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ile olmuştur. Kanunun “*Kararlarda bulunacak hususlar*” başlığını taşıyan 91. maddesinde kararda bulunması gereken hususlar belirtilmiştir. Ancak bu hükümde karar kaleme alınırken uyulacak yazım kuralları (başlıklar, cümlelerin yapısı vs.) gibi konulara değinilmemektedir.

Halen yürürlükte bulunan 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “*kararlarda bulunacak hususlar*” başlığını taşıyan 24. maddesinde, genel olarak idarî yargı yerleri kararlarında bulunması gereken zorunlu unsurlara yer verilmektedir. Ancak belirtilen hususların kararın hangi kısmında bulunacağı belirtilmediği gibi, karar kaleme alınırken uyulacak yazım kuralları (başlıklar, cümlelerin yapısı vs.) gibi konulara ilişkin de bir açıklık bulunmamaktadır.

Kararların şekli unsurlarına ilişkin ilk detaylı kurallar 2018 tarihli Danıştay Karar Yazım Rehberi'nde ortaya konulmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki Rehber, Danıştay Başkanlar Kurulu kararı ile oluşturulmuştur. Rehber bakımından söylenecek ilk husus, Rehber'in sadece Danıştay kararları için kurallar içermektedir. Bölge idare mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri bakımından konu yine muallakta kalmaktadır. Danıştay'ın

bu kararlarının diğeri idarî yargı yerlerince de benimsenmesi ve uyulması umulmaktadır. Benzer kuralların ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemeleri için de ayrıca belirlenmesi daha isabetli olurdu.

İkinci husus Rehber'in hazırlanması bir kanun veya yönetmelik gereği olmadığından bağlayıcılığı konusunda kat'i bir durum söz konusu değildir. Yani bu kurallara uyulmadığı durumda nasıl bir yol takip edileceği belli değildir. Nitekim uygulamada, Rehberde belirtilen kurallara tam anlamıyla uyulmadığı görülmektedir. Mesela Rehber'de "*Kararlarda anlaşılabilir kısa ve etkili bir dil kullanılması, tekrarlardan ve anlaşılmayı zorlaştıran uzun cümlelerden kaçınılması gerekir*" kuralı yer almaktadır. Ancak kararlara baktığımızda yaklaşık, 49, 51 veya 54 satırdan oluşan tek cümlelik paragraflara yer verildiği görülmektedir. Hatta virgülle ayrılan paragraflar halinde (aralarda numaralı alt başlıklar da bulunan) yaklaşık 9 sayfadan oluşan tek cümle şeklinde yazıma da rastlanmaktadır. Bu yazım şeklinin, konunun uzmanlar tarafından anlaşılmasını bile zorlaştırmaktadır. Kararların mümkün olduğunca kısa cümlelerle, başlıklar yaparak ve paragraf halinde yazılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Artukmaç, Sadık, Bizde İdarenin Murakabesi, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1950.

Ceylan Ayhan, “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adlîye’de Yargı Yetkisi”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 23-48.

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

Giritli, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.

Görelli, İsmail Hakkı, Devlet Şûrası (Şûrayı Devlet-Danıştay), Yeni Matbaa, Ankara 1953.

İsbir, K. Begüm, İdari Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İsmail Akgün Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

Seyitdanhoğlu, Mehmet, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Ankara 1994.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Organik Kanunlar: Şekli ve Maddi Yönleriyle Normatif
Bir Çalışma**

**Organic Acts: A Normative Study with Formal and Contextual
Aspects**

  **Doç. Dr. Hakan KOLÇAK***
 10.60002/ebyuhfd.1674907

ÖZ

Organik kanunlar, 1950’li yıllardan itibaren birçok anayasada doğrudan düzenlenen kanun türlerindendir. Bu çalışma, mevzubahis kanun türüne ilişkin öğretilerdeki normatif çalışma eksikliğinin giderilmesini gaye edinmekte ve nihai maddede organik kanunların Türkiye’de uygulanabilirliğinin analizi için gerekli zemini inşa etmeyi hedeflemektedir. Çalışma kapsamında organik kanunlara dair düzenleme içeren 36 devlet anayasası incelenerek şekli ve maddi yönleriyle bahse konu kanun türüne ilişkin genel çıkarımlar elde edilmektedir. Organik kanunların ulusal normlar hiyerarşilerinde anayasaların bir basamak altında bulundukları ve genel itibarla önleyici denetim aracılığıyla anayasaya uygunluk denetimine tabi tutuldukları şekli analiz bağlamında tespit edilmektedir. Organik kanun önerileri

* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 12.04.2025 | Kabul/Accepted: 02.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Hakan Kolçak, “Organik Kanunlar: Şekli ve Maddi Yönleriyle Normatif Bir Çalışma”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (63-99).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

için uygulanan esaslar ile alelade kanunlarda uygulananlar arasında bazı istisnaların mevcudiyetine rağmen keskin farklılıkların bulunmadığı; ancak organik kanun önerilerinin görüşülme ve kabul esaslarının alelade kanunlardan anlamlı farklılıklar barındırdığı çalışmada ortaya konmaktadır. Çalışmada ileri sürülen bir diğer genel çıkarım, organik kanunların maddi açıdan geniş çeperli bir düzenleme alanına sahip olmalarına ilişkindir. Devletin temel nitelikleri dâhil olmak üzere anayasal düzenin genel esasları, seçim esasları, idari ve siyasi teşkilat yapılarına dair düzenlemeler, temel hakların korunması ve bazı temel hakların kullanımı ile sınırlandırılmasına dair müstakil rejimlerin inşası ve devlet temel erklerinin kurulumu, işleyişi ve birbirleri arasındaki ilişkilere yönelik düzenlemeler, söz konusu geniş çeperli alanda yer almaktadır. Not edilenlerin dışındaki birçok hususun da müstakil dinamikler doğrultusunda organik kanunla düzenlenmesi mümkündür. Nitekim devletlerarası antlaşmaların onaylanmasından doğal kaynakların kullanımına kadar çeşitli alanlarda organik kanunla düzenleme yapılmasını normlaştıran örnekler de çalışma kapsamında sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kanun türleri, organik kanunlar, kardinal kanunlar, teşkilat kanunları, normatif hukuk, karşılaştırmalı anayasa hukuku.

ABSTRACT

Several provisions on organic acts have been included in many constitutions since the 1950s. The relevant literature does not pay enough attention to the normative studies on this type of legislative act. The aim of this article is to fill the aforementioned research gap and ultimately construct the arena paving the way for scrutinising whether organic acts are applicable in Turkey. 36 constitutions involving at least a provision on organic acts are examined within the scope of the article, eventually resulting in general conclusions with formal and contextual aspects. As a corollary of the formal analysis, the article argues that organic acts are one step below constitutions in the hierarchy of national norms, and that such acts are generally subject to the preventive model of constitutional review. The study also reveals that there are no sharp differences between the principles applied to organic bills and those applied to ordinary bills in the presence of few exceptions. However, the principles of discussion and adoption applied to organic bills have significant differences from those of their ordinary counterparts. Another general conclusion of the study is that organic acts touch upon numerous issues in a contextual manner. The followings only represent a brief list of such issues: general principles of constitutional order – e.g. fundamental characteristics of the state – electoral principles, provisions on the organisational structure of the administrative and political systems, the establishment of specific regimes for the maintenance of fundamental rights and for the exercise and limitation of certain fundamental rights, provisions on the construction and functions of the basic powers of the state as well as their relationship to each other. It is also possible

for organic acts to deal with other issues determined by the particular dynamics of states (e.g. the ratification of treaties and the use of natural resources).

Keywords: Types of act, organic acts, cardinal acts, institutional acts, normative law, comparative constitutional law.

GİRİŞ

Teşkilat kanunları (*institutional acts*) veya kardinal kanunlar (*cardinal acts*) olarak da bilinen ve genel itibarla nitelikli çoğunluk kaydına tabi kanun türleri arasında sıralanan organik kanunlar (*organic acts*), 1958 Fransız Anayasası (m. 46) ile doğrudan anayasal düzeyde tanınmış ve düzenlenmiştir.¹ Söz konusu kanun türü, Afrika kıtasındaki dekolonizasyon sürecinde bağımsızlığını kazanan Cezayir, Senegal ve Tunus başta olmak üzere birçok Frankofon (*Francophone*) veya Fransızca-konuşan (*French-speaking*) devletin hukuk düzeninde karşılık bulmuştur.² İspanya ve Portekiz'deki otoriter rejimlerin yıkılması sonrasında inşa edilen yeni anayasal düzenler bağlamında da organik kanunlar referans noktası olmuş; 1976 Portekiz Anayasası (m. 136/3) ve 1978 İspanyol Anayasası (m. 81), organik kanunlara yönelik çeşitli hükümleri normlaştırmıştır.³

İspanyol örneği, Latin Amerika'daki devletler tarafından takip edilmiş; Ekvador, Kolombiya, Şili ve diğer bazı Güney Amerika devletleri, ulusal mevzuatlarının kaynakları arasında organik kanunlara yer vermiştir.⁴ Mevzubahis kanun türü, Orta ve Doğu Avrupa'da yaşanan demokratik geçiş süreçleri sonrasında yapılan anayasalarda da yer bulmuş; 1991 Hırvat Anayasası (m. 15/2 ve 83/1-2), 1991 Rumen Anayasası (m. 73), 1994 Moldova Anayasası (m. 72), 1995 Gürcü Anayasası (m. 45) ve 2011 Macar Anayasası (m. T/4), organik kanunlara dair pek çok hüküm normlaştırmıştır.⁵

1 1958 Fransız Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/France_2008, E.T. 09.04.2025.

2 Boldizsár Szentgáli-Tóth, "Organic Laws and the Principle of Democracy in France and Spain", *Pro Futuro: A Jövő Nemzedékek Joga*, C. 9, S. 4, 2020, s. 63.

3 1976 Portekiz Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005, E.T. 09.04.2025; 1978 İspanyol Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Spain_2011, E.T. 09.04.2025.

4 Szentgáli-Tóth, s. 63.

5 1991 Hırvat Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020, E.T. 09.04.2025; 1991 Rumen Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Romania_2003, E.T. 09.04.2025; 1994 Moldova Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Moldova_2016, E.T. 09.04.2025; 1995 Gürcü Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Georgia_2018, E.T. 09.04.2025;

1950’li yıllardan sonra bilinirliği artan organik kanunlara dair çalışmaların öğretide sınırlı kaldığı gözlemlenmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, bahse konu kanun türünün normatif yöntemle analizini amaçlayan eser sayısı oldukça azdır.⁶ Söz konusu eserlerin bir kısmı, organik kanunların demokrasi veya anayasa yargısının gelişimine etkisini incelemiştir.⁷ Diğerleri ise bölgesel ya da yerel ölçekte sınırladıkları örneklem kümesi üzerinden organik kanunları betimlemeyi gaye edinmiştir.⁸ Türk öğretisindeki az sayıda eser de not edilen ikinci küme içinde kalan ve genellikle

2011 Macar Anayasası’na erişim için bakınız: https://consti-tuteproject.org/constitution/Hungary_2016, E.T. 09.04.2025.

- 6 Normatif yöntem, anayasa hukuku bakımından işlevsel kılınabilecek iki temel yöntemden biridir. Anayasa hukukuna özgülenebilecek bir konu, yalnız bir devlet anayasası ve bu anayasanın tesis ettiği anayasal düzen odaklı biçimde özel ve somut olarak araştırıldığında hukuk dogmatikliği yönteminden istifade edilmiş olur. Aynı konu, çeşitli anayasalar dikkate alınarak genel ve soyut biçimde araştırıldığında ise normatif yöntem marifetiyle şekillenen anayasa hukuku eseri ortaya çıkar. Gerek öz bir şekilde temas edilen iki yöntem gerek anayasa hukukuna has diğer metodolojik analizler için bakınız: Vicki **Jackson**, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Editörler, Michel Rosenfeld/András Sajó, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 54-74; Günter **Frankenberg**, Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, s. 67-111; Gary **Jacobsohn**/Miguel **Schor**, “Introduction: The Comparative Turn in Constitutional Theory”, Editörler, Gary Jacobsohn/Miguel Schor, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, s. 1-21; Ran **Hirschl**, “Comparative Methodologies”, The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law, Editörler, Roger Masterman/Robert Schütze, Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 11-39; Niels **Petersen**/Konstantin **Chatziathanasiou**, “Empirical Research in Comparative Constitutional Law: The Cool Kid on the Block or All Smoke and Mirrors?”, International Journal of Constitutional Law, C. 19, S. 5, 2021, s. 1810-1834.
- 7 Söz konusu eserlerden bazıları için bakınız: **Szentgáli-Tóth**, s. 62-74; Boldizsár **Szentgáli-Tóth**, “The Scope of Qualified Law: Comparative Analysis”, 22nd International Academic Conference (Prague, Czechia, 22-25 March, 2016), s. 267-277; Jennifer **Gitiri**/Boldizsár **Szentgáli-Tóth**, “The Organic Laws in Francophone Africa and the Judicial Branch: A Contextual Analysis”, Speculum Juris Law Journal, C. 35, S. 1, 2021, s. 1-24.
- 8 Mevzubahis eserlerden bazıları için bakınız: Gábor **Schweitzer**, “Fundamental Law – Cardinal Law – Historical Constitution: The Case of Hungary Since 2011”, Journal on European History of Law, C. 4, S. 1, 2013, s. 124-128; Mauro **Mazza**, “The Hungarian Fundamental Law, the New Cardinal Laws and European Concerns”, Acta Juridica Hungarica, C. 54, S. 2, 2013, s. 140-155; Iryna **Kunenko**/Svitlana **Poliarush-Safronenko**/Oksana **Lapka**, “The Concept and Significance of Constitutional and Organic Laws in Legal Science and Legislation of Different Countries”, Journal of International Legal Communication, C. 4, S. 1, 2022, s. 65-74.

Fransız örneği ışığında organik kanunları anlamlandırmayı hedefleyen niteliktedir.⁹ Mevzubahis anlamlandırma süreci, organik kanunlara yönelik düzenleme yapan her bir anayasa bakımından değerlendirme yapılarak zenginleştirilebilir. Söz konusu yönde adım vasıtasıyla öğretiyeye katkı sunma teşebbüsü içindeki bu çalışma ile organik kanun türüne ilişkin hüküm barındıran 36 devlet anayasası, örneklem kümesi olarak belirlenmiş ve organik kanun türü, bahse konu anayasalar dairesinde şekli ve maddi açıdan analize tabi tutulmuştur.

Araştırmanın örneklem kümesindeki devletlerin büyük çoğunluğu Afrika kıtasında yer almakla birlikte organik kanun türüne anayasal düzenlerinde alan açan Asya, Amerika, Avrupa ve Okyanusya devletleri de araştırma kapsamında incelenmektedir.¹⁰ Araştırmada birincil kaynak olarak kullanılan devlet anayasalarının İngilizce çevirilerine erişim için Karşılaştırmalı Anayasalar Projesi (*Comparative Constitutions Project*, CCP) öncülüğünde hazırlanan ve küresel bazda saygınlığı olan *Constitute Project* veri tabanından istifade edilmiştir.¹¹ Araştırmanın kavramsal çerçevesinin inşasında ise monografiler ve araştırma makaleleri gibi kütüphane temelli kaynakların yanı sıra mevzuat kaynakları ve çeşitli mahkeme kararlarından da yararlanılmıştır.

Organik kanunlar özelinde öğretideki ihmali bertaraf etme teşebbüsü içindeki bu çalışma üç temel bölümden oluşmaktadır. Mevzubahis kanun

-
- 9 Söz konusu eserlerden bazıları için bakınız: İbrahim **Araç**/Şeref **İba**, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S. 3, 2003, s. 44; Fahri **Bakırcı**, “Kod Yasa – Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, 2005, s. 229-230; Abbas **Kılıç**, “Organik Kanun Kavramı ve Organik Kanunun Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi (Konya, Türkiye, 13-15 Mayıs, 2022), s. 43-46.
 - 10 Araştırmanın örneklem kümesindeki devletler şunlardır: Angola, Benin, Burkina Faso, Burundi, Cezayir, Çad, Demokratik Kongo, Dominik, Fas, Fildişi Sahili, Filipinler, Fransa, Gabon, Gürcistan, Hırvatistan, İspanya, Kolombiya, Komorlar, Kongo, Macaristan, Madagaskar, Moldova, Moritanya, Nijer, Panama, Papua Yeni Gine, Peru, Romanya, Ruanda, Senegal, Şili, Tayland, Togo, Tunus, Venezuela ve Yeşil Burun Adaları.
 - 11 Teksas ve Şikago Üniversitelerinin destekleriyle yürütülen ve CCP himayesinde geliştirilen *Constitute Project* veri tabanı, akademisyenler tarafından karşılaştırmalı analizler için kullanılmakla kalmayıp anayasa yapım sürecindeki birçok devletin resmî makamlarınca da yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. CCP hakkında daha fazla bilgi için bakınız: <https://comparativeconstitutionsproject.org/>, E.T. 06.04.2025; *Constitute Project* veri tabanına erişim için bakınız: <https://www.constituteproject.org>, E.T. 06.04.2025.

türünün kavramsal çerçevesi çalışmanın ilk bölümünde tartışılacaktır. Örneklem kümesindeki anayasalar ışığında organik kanunların şekli analizi ikinci bölümde gerçekleştirilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise organik kanunların maddi analizi tamamlanacaktır.

I. KAVRAMSAL AÇIDAN ORGANİK KANUNLAR

Kanun, yasama fonksiyonunu oluşturan yasama işlemlerinin ilk akla gelenlerindendir.¹² Mevzubahis yasama işlemi, iki ayrı ölçüt kullanılarak tanımlanabilmektedir.¹³ Maddi ölçüt işlevsel kılınarak tanımın yapılması durumunda, ilgili yasama işleminin içeriğine odaklanılmakta; işlemin kimin tarafından yapıldığına, normlar hiyerarşisindeki yerine ve ismine bakılmaksızın genel, soyut, nesnel, bilinebilir, öngörülebilir ve erişilebilir nitelikteki hukuk kuralları kanun olarak adlandırılmaktadır.¹⁴ Anayasa Mahkemesi (AYM), gerek 1961 Anayasası gerek 1982 Anayasası döneminde verdiği çeşitli kararlarda, maddi ölçütü referans alarak kanunun niteliklerini belirleme noktasında adım atmıştır.¹⁵ Örneğin 1961 Anayasası döneminde verilen bir kararda AYM, kanunun içerik itibarıyla “*kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, mücerret, şahsi olmayan*” niteliklere sahip olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶ AYM, 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda ise kanunu içerik yönünden “*nesnel, soyut, genel ve sürekli*” nitelikleri olan, etki bakımından da “*objektif hukuk alanında yeni durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlem*” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁷

12 Ayhan **Döner**, Anayasa Hukuku: Genel Esaslar, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 217; Ömer **Anayurt**, Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 689.

13 Yasama işlemi olarak kanunun tanımlanmasında maddi ve şekli ölçütlerin kullanımının rasyonel temele dayandığını ileri süren görüşler öğretilerde yer almaktadır. Ancak bazı yazarlar tarafından kanunun sadece şekli ölçüt yönünden tanımlanabileceği belirtilmektedir. Bahse konu görüşler hakkında bakınız: Tolga **Şirin**, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 273-287.

14 **Anayurt**, s. 690.

15 Nihan **Yancı Özalp**, “Türkiye’de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu Mu, Nitelik Sorunu Mu?”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 61, S. 1, 2006, s. 272-273.

16 AYM, E. 1963/124, K. 1963/243, 11.10.1963, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/24-3?EsasNo=1963%2F124>), E.T. 09.04.2025.

17 AYM, E. 1990/31, K. 1990/24, 24.09.1990, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/24?Esas-No=1990%2F31>), E.T. 09.04.2025. Benzer yöndeki kararlar için bakınız: AYM, E. 2001/353, K. 2002/87, 26.09.2002, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2002/87?EsasNo=2001%2F353>

Yasama işlemi olan kanunu sadece maddi ölçüt gözeterek yürütme organınca çıkarılan tüzük, yönetmelik, yönerge ve diğer düzenleyici işlemlerden veyahut yargı organınca çıkarılan içtüzüklerden ayırmak mümkün değildir.¹⁸ Söz konusu mevzuat kaynaklarının tamamı, maddi ölçütün kanun nitelendirmesi için aradığı koşulları sağlamaktadır.¹⁹ Ayrıca not edilmelidir ki, yasama işlemi olarak kanunların tamamı genel ve soyut nitelikte değildir.²⁰ Örneğin 24.11.1934 tarihli ve 2587 sayılı Kemal Öz Adlı Cumhuriyetimize Verilen Soyadı Hakkında Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu Mustafa Kemal ATATÜRK'e soyadını veren özel ve somut niteliktedir.²¹ 18.02.1948 tarihli ve 5186 sayılı Atatürk'ün Kız Kardeşi Makbule Atadan'a Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 07.07.1948 tarihli ve 5245 sayılı İdil Biret ve Suna Kan'ın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun için de benzeri nitelendirmenin yapılması mümkündür.²²

Öğretideki bir görüşe göre, maddi ölçüt yeknesak olmayıp, geniş ve dar mahiyette kullanılabilir.²³ Geniş anlamda maddi kanun, ilgili işlemin yalnız muhtevasına dair anlam taşıırken, dar anlamda maddi kanun sadece

-
-), E.T. 09.04.2025; AYM, E. 2003/12, K. 2004/69, 16.06.2004, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/20-04/69?EsasNo=2003%2F12>), E.T. 09.04.2025; AYM, E. 2003/112, K. 2006/49, 06.04.2006, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2006/49?KelimeAra%5B0%5D=genel%2C%20soyut&page=4>), E.T. 09.04.2025; AYM, E. 2012/19, K. 2013/17, 17.01.2013, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/-2013/17?KelimeAra%5B0%5D=genel%2C%20soyut&page=2>), E.T. 09.04.2025; AYM, E. 2011/42, K. 2013/60, 09.05.2013, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/60?KelimeAra%5B0%5D=genel%2C%-20soyut&page=3>), E.T. 09.04.2025; AYM, E. 2012/18, K. 2013/80, 18.06.2013, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/80?KelimeAra%5B0%5D=genel%2C%20soyut&page=3>), E.T. 09.04.2025.
- 18 Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, s. 235; Abdurrahman **Eren**, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 679.
- 19 **Gözler**, s. 235.
- 20 Kemal **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, 14. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 347.
- 21 2587 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bakınız: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2587.pdf>, E.T. 08.04.2025.
- 22 5186 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bakınız: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KA-RARLAR/kanuntbmmc030/kanuntbmmc030/kanuntbmmc03005186.pdf, E.T. 08.04.2025. 5245 sayılı Kanunun tam metnine erişim için bakınız: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc-c030/kanuntbmmc030/kanuntbmmc03005245.pdf, E.T. 08.04.2025.
- 23 Yavuz **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 199.

yasama organı tarafından çıkarılan ve “yürürlüğe girmesinden itibaren toplum için uyulması zorunlu olan genel, soyut ve sürekli kuralları ihtiva eden bir işlemdir”.²⁴ Yasama organı vurgusu, esas itibarla dar anlamda maddi kanun tanımında şekli ölçütün kısmen referans alındığını göstermektedir.²⁵ Şekli ölçüt doğrultusunda yapılan tanımda, içeriksel özelliklerden bağımsız olarak kanunun kimin tarafından yapıldığına bakılmakta; yasama organı tarafından anayasa ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca belirlenen yasa yapma usullerine göre yapılmış tüm kurallar kanun olarak nitelendirilmektedir.²⁶ Şekli kanun tanımına işlenen usul vurgusu

24 **Atar**, s. 199.

25 Kanun, Kara Avrupası Hukuk Sistemi ve bu sistemin tesiri altındaki gelişmiş hukuk düzenlerinde maddi ölçütten ziyade şekli ölçüt işlevsel kılınarak tanımlanmaktadır. Nitekim Türk pozitif anayasa hukukunda kanunun şekli anlamıyla tanımlandığına dair görüşler öğretilde baskındır. AYM ise her iki ölçütü hesaba katan ve dar anlamda maddi ölçüt özelinde somutlaşan bir yöntemle kanunu tanımlamaktadır. Örneğin vergilerin kanuniliği ilkesini yorumladığı bir kararında AYM; “*vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilere ilişkin düzenlemelerin gerek şekli gerekse maddi anlamda kanunla yapılmasını gerektirmektedir. Başka bir deyişle vergilerin kanuniliği ilkesi, devletin vergilendirme yetkisinin genel, soyut, objektif, vergiye ilişkin esaslı unsurlara yer veren ve yasama organı tarafından anayasal usullere uygun olarak çıkartılan kanunlarla kullanılması anlamına gelmektedir.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Söz konusu AYM kararına erişim için bakınız: AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18.05.2023, § 42, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/98?KelimeAra%5B%5D=genel%2C%20soyut>), E.T. 08.04.2025. Benzeri yöndeki karar için bakınız: AYM, E. 2024/68, K. 2024/167, 24.09.2024, § 24, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2024/167?KelimeAra%5B%5D=genel%2C%20soyut>), E.T. 08.04.2025. Öğretildeki görüşler için ayrıca bakınız: **Anayurt**, s. 690; **Atar**, s. 200; Zafer **Gören**, Anayasa Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 174; Erdoğan **Teziç**, Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 17; Ergun **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 209-210; Zehra **Odyakmaz/Ümit Kaymak**, Anayasa Hukuku, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 97.

26 Bazı yazarlar, ‘yasa koymak’ ve ‘yasa yapmak’ arasında fark bulunduğunu, yasa yapımını yasama ve yürütme organlarının birlikte gerçekleştirdiği, yasa koymayı ise yasama organı tarafından gerçekleştirilen bir faaliyet olduğu ileri sürülmektedir. Not edilen farklılık öğretilde kabul görmüş olsa da söz konusu iki ibare, eş anlamlı olarak sıklıkla kullanılmaktadır. Bu eser dairesinde de yasa yapma usulü veya yasa yapımı öbekleri, yasa koyma usulünün ya da yasa koymanın eş anlamlısı olarak kullanılmıştır. Bahse konu iki kavram arasındaki farklılık hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Ayhan **Döner**, Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2025, s. 422. Şekli anlamda kanun tanımına ilişkin daha fazla bilgi için ayrıca bakınız: **Atar**, s. 198; İbrahim Özden **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 18. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 123.

ise kanunların diğer yasama işlemleri olan parlamento kararları ve bilgiye sunma (bildirici) işlemlerinden farklılığını ortaya koymaktadır.²⁷

Şekli anlamda kanun olarak nitelendirilebilecek yasama işlemleri, öğretideki analitik çözümlemeler dairesinde çeşitli türlere ayrılmaktadır.²⁸ Bahse konu türlerin ilki kod kanunlardır. “[B]aşlı başına bir alanı düzenleyen ve mevcut herhangi bir kanunda değişiklik yapmayan” kod kanunlar,²⁹ bazı yazarlarca temel kanun olarak da nitelendirilmektedir.³⁰ Mevzu bahis kanun türleri arasında fark olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır.³¹ Öğretideki bir görüşe göre, temel kanunlar müstakil bir alanı düzenlerken yürürlükteki kanunlarda da değişiklik yapabilir.³² Bu yönüyle temel kanunların kod kanunlardan geniş kapsamlı olduğu ileri sürülebilir.³³ Müstakil bir alanı düzenlemeksizin yürürlükteki kanunları değiştiren ya da söz konusu kanunlara ek yapan kanunlar ise çerçeve veya taşıyıcı kanun olarak tanımlanmaktadır.³⁴ Söz konusu değişiklikleri veyahut eklemleri, birden fazla kanunda ve farklı konularda yapan kanunlar da torba kanun olarak nitelendirilmektedir.³⁵ Benzeri çeşitlilikte değişiklik veya eklemler yapan paket kanunlar, sadece tek amaca yönelik olan ve tematik

27 Yasama işlemi türü olarak bilgiye sunma işlemleri veya bildirici işlemler hakkında bilgi için: **Araç/İba**, s. 40; Şeref **İba**, “Karşılaştırmalı Bir Parlamento Hukuku Analizi: ‘Torba Kanun’ Nedir, Ne Değildir?”, *Adalet Dergisi*, S. 72, 2024, s. 66.

28 Kanun türleri yönünden bu çalışmada öz bir şekilde değerlendirme yapılmış olup, analitik değerlendirmeler ışığında çeşitli bağımlı ve bağımsız değişkenler kullanılarak kanunların farklı gruplara ayrılması da olasıdır. Nitelikli çoğunluk kaydına tabi olan/olmayan kanunlar, anayasaya aykırılığı ileri sürülen/sürülemeyen kanunlar, inkılap kanunları, genel/özel kanunlar, sürekli/sürekli kanunlar, geçici kanunlar (kanunu muvakkat), model kanunlar ve karşılaştırmalı anayasa hukuku yöntemleri bağlamında süper, sembolik ve deneysel kanunlar gibi çeşitli sınıfların oluşturulması mümkündür. Not edilen tasnif yöntemlerine dair kapsamlı bilgi için bakınız: **Şirin**, s. 32-72; Şeref **İba**, *Parlamento Hukuku*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 124-133.

29 Taner **Geçmez**, “Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 25, S. 104, 2013, s. 267.

30 **Araç/İba**, s. 44.

31 **Bakırcı**, s. 233.

32 **Geçmez**, s. 267.

33 **Geçmez**, s. 267.

34 **Araç/İba**, s. 44.

35 Şeref **İba**, “Ülkemizde ‘Torba Kanun’ ve ‘Temel Kanun’ Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 69, S. 1, 2011, s. 199-201; Erdoğan **Teziç**, “Torba Kanun”, *Kanun Yapma Tekniği*, Editör, Yener Üner, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara 2015, s. 335; Şeref **İba**, *Anayasamızla Yeniden Tanışalım*, *Astana Yayınları*, Ankara 2019, s. 158-159.

birliktelik barındıran düzenlemeler içermelerinden dolayı torba kanunlardan ayrılmaktadır.³⁶ Aynı yöndeki çeşitliliği içeren ayıklayıcı (süpürge) kanunlar ise uygulama olanağı kalmayan yasaları, topluca yürürlükten kaldırarak mevzuat şişkinliğini azaltmayı hedeflemektedir.³⁷

Yukarıda ismen zikredilen kanun türleri esas itibarla alelade (*ordinary*) kanunların çeşitlerindendir. Bazı anayasalar, alelade kanunların yanı sıra farklı kanun türlerinin varlığını tanımaktadır. Örneğin 2010 Angola Anayasası (m. 166/2) ve 1991 Rumen Anayasası (m. 73/1) alelade kanunların yanı sıra anayasa değişikliği kanunları (*constitutional revision acts*) ve organik kanunlar (*organic acts*) şeklinde ayrı kanun türlerini tanımaktadır.³⁸ Benzeri yönde hükümler içeren 1994 Moldova Anayasası (m. 72/1) ve 1980 Yeşil Burun Anayasası (m. 284/1) organik kanun türünü aynen tanımakla birlikte anayasa değişikliği kanunlarını anayasal kanun (*constitutional acts*) nitelendirmesiyle tanımaktadır.³⁹ Organik kanun türü, 1972 Panama Anayasası (m. 164/1-a), 1975 Papua Yeni Gine Anayasası (m. 9/1), 1999 Venezuela Anayasası (m. 203/1) ve 2003 Ruanda Anayasası (m. 95/1) bakımından da tanınmaktadır.⁴⁰

Anayasal veya anayasa değişikliği kanunlarını, organik kanunların türü olarak nitelendiren görüşler öğretide yer almaktadır.⁴¹ Ancak bahse konu iki kanun türünü birbirinden ayıran doktrinal perspektif de bulunmaktadır.⁴² Bu görüşe göre, anayasal veya anayasa değişikliği kanunları, tematik olarak sadece anayasanın yapımı veya ilgası ile anayasada yapılacak değişiklik, ekleme yahut çıkarmaları konu edinir.⁴³ Organik kanunlar

36 **Şirin**, s. 48-51; **Fahri Bakırcı**, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması ve Sakıncaları”, Kanun Yapma Tekniği, Editör, Yener Üner, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2015, s. 22-24.

37 **İba**, Parlamento Hukuku, s. 133.

38 2010 Angola Anayasası’na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Angola_2010, E.T. 08.04.2025.

39 1980 Yeşil Burun Adaları Anayasası’na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Cape_Verde_1992, E.T. 08.04.2025.

40 1972 Panama Anayasası’na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Panama_2004, E.T. 08.04.2025; 1975 Papua Yeni Gine Anayasası’na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Papua-New-Guinea_2016, E.T. 08.04.2025; 1999 Venezuela Anayasası’na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009, E.T. 08.04.2025; 2003 Ruanda Anayasası’na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Rwanda_2015, E.T. 08.04.2025.

41 **Kunenko/Poliarush-Safronenko/Lapka**, s. 70-71.

42 **Francis Delperee**, The Meaning of the Law, United Nations Development Programme, Kyiv 2018, s. 21-23.

43 **Kunenko/Poliarush-Safronenko/Lapka**, s. 73.

ise anayasa hükümlerini açıklığa kavuşturmak ya da tamamlamak için veya anayasal statüsü bulunan temel devlet organları ile kurum, kurul, konsey ve diğer yapılara ilişkin düzenlemeleri anayasa hükümleri daire-sinde konu edinir.⁴⁴

Anayasal kanunlar ile organik kanunlar arasındaki ayrımın bazı anayasalar yönünden doğrulanabilir nitelikte olmadığını not etmekte yarar vardır. Örneğin 1947 İtalyan Anayasası sadece anayasal kanunları (*ley de rango constitucional*) düzenlemektedir.⁴⁵ Mevzubahis anayasal kanunlar ise bütçeye ilişkin genel esaslar (m. 81/6), başbakan ve bakanların cezai sorumluluğu (m. 96), siyasi özerklikten istifade eden özel bölgelerin temel statüleri (m. 116) dâhil olmak üzere çeşitli hususlarda düzenleme içerebilmektedir. Bir diğer ifadeyle, söz konusu anayasal kanunlar yalnız anayasanın yapımı veya ilgası yahut anayasada yapılacak değişiklik, ekleme ya da çıkarmaları konu edinmemekte, kuramsal yönden organik kanunla düzenlenmesi muhtemel pek çok alanı da konu edinmektedir. 1980 Şili Anayasası (m. 66/2) ise bahse konu iki kanun türünü birleştiren karma bir formülü benimsemekte ve kuramsal yönden hem anayasal kanunların hem de organik kanunların kapsamındaki hususları konu edinebilen anayasal organik kanun (*constitutional organic act/ley orgánica constitucional*) türünü tanımaktadır.⁴⁶

II. ŞEKLÎ AÇIDAN ORGANİK KANUNLAR

Organik kanunların şekli analizi bakımından öncelikli olarak normlar hiyerarşisindeki yerine değinilebilir. 2003 Ruanda Anayasası (m. 95/1) ve 1980 Yeşil Burun Anayasası (m. 291) gibi bazı anayasalar, ulusal normlar hiyerarşisini doğrudan düzenlemektedir. Şöyle ki; Ruanda ulusal normlar hiyerarşisinin en üst basamağında 2003 Anayasası yer almakta, takip eden basamaklarda ise sırasıyla organik kanunlar, devletlerarası antlaşmalar, alelade kanunlar, kararnameler ve diğer düzenleyici işlemler bulunmaktadır.⁴⁷ Organik kanunlar, benzeri hiyerarşik sıralamanın bulunduğunu Yeşil Burun Adaları'nda da 1980 Anayasası'nın bir alt basamağında konumlanmaktadır.⁴⁸ Organik kanunlar bakımından aynı yöndeki hiyerarşik konum;

44 Gítiri/Szentgáli-Tóth, s. 107; Kaboğlu, s. 124; Kunenko/Poliarush-Safronenko/Lapka, s. 73.

45 1947 İtalyan Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020, E.T. 08.04.2025.

46 1980 Şili Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Chile_2021, E.T. 08.04.2025.

47 2003 Ruanda Anayasası, m. 95/1.

48 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 291.

1975 Papua Yeni Gine Anayasası (m. 9), 1991 Rumen Anayasası (m. 73), 1994 Moldova Anayasası (m. 72) ve 2010 Angola Anayasası (m. 166) bağlamında da caridir. Bahse konu kanun türünü tanıyan diğer anayasalarda ise organik kanunların anayasaya aykırı olamayacağı hükme işlenerek normlar hiyerarşisindeki yeri anayasanın bir basamak altı olarak belirlenmektedir.⁴⁹

Organik kanunların anayasaya aykırı olamayacağına ilişkin hükümler, anayasanın üstünlüğünü normatif düzlemde tesis etmekle birlikte, bahse konu devletlerde işlevsel kılınan yargısal denetim yolları vasıtasıyla anayasanın üstünlüğü ampirik manada da sağlanmaktadır. Organik kanunlar bakımından işlevsel kılınan anayasaya uygunluk denetiminde genellikle

49 1990 Benin Anayasası, m. 117/1; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 97/2; 1991 Gabon Anayasası, m. 60/2; 1991 Moritanya Anayasa, m. 67/5; 1992 Togo Anayasası, m. 92/2; 1999 Venezuela Anayasası, m. 203/3; 2001 Senegal Anayasası, m. 78/2; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 124/1-3; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 89/1-3; 2010 Nijer Anayasası, m. 131/1; 2011 Fas Anayasası, m. 85/3; 2015 Kongo Anayasası, m. 179/1; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 102/2-3 ve 134; 2018 Burundi Anayasası, m. 202/4; 2018 Çad Anayasası, m. 134/3; 2018 Komorlar Anayasası, m. 87; 2020 Cezayir Anayasası, m. 145/3. 1990 Benin Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Benin_1990, E.T. 07.04.2025; 1991 Burkina Faso Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2015, E.T. 07.04.2025; 1991 Gabon Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Gabon_2011, E.T. 07.04.2025; 1991 Moritanya Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012, E.T. 07.04.2025; 1992 Togo Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Togo_2007, E.T. 07.04.2025; 2001 Senegal Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Senegal_2016, E.T. 07.04.2025; 2005 Demokratik Kongo Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011, E.T. 07.04.2025; 2010 Madagaskar Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010, E.T. 07.04.2025; 2010 Nijer Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Niger_2017, E.T. 07.04.2025; 2011 Fas Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Morocco_2011, E.T. 07.04.2025; 2015 Kongo Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Congo_2015, E.T. 07.04.2025; 2016 Fildişi Sahili Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Cote_D'Ivoire_2016, E.T. 07.04.2025; 2018 Burundi Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Burundi_2018, E.T. 07.04.2025; 2018 Çad Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Chad_2018, E.T. 07.04.2025; 2018 Komorlar Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Comoros_2018, E.T. 07.04.2025; 2020 Cezayir Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Algeria_2020, E.T. 07.04.2025.

önleyici (*a priori/ex-ante*) denetimin tercih edildiği gözlemlenmektedir.⁵⁰ Örneğin 1958 Fransız Anayasası (m. 46/5), organik kanunların ısdar (*promulgation*) edilmeden önce Anayasa Konseyi (*Conseil Constitutionnel*) tarafından anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulacağını normlaştırmaktadır.⁵¹ Önleyici denetim; 1990 Benin Anayasası (m. 117/1), 1991 Burkina Faso Anayasası (m. 97/2), 1991 Gabon Anayasası (m. 60/2), 1991 Moritanya Anayasa (m. 67/5), 1992 Togo Anayasası (m. 92/2), 2001 Senegal Anayasası (m. 78/2), 2010 Madagaskar Anayasası (m. 89/2), 2010 Nijer Anayasası (m. 131/1), 2015 Kongo Anayasası (m. 179/1), 2016 Fildişi Sahili Anayasası (m. 134), 2018 Burundi Anayasası (m. 202/4), 2018 Çad Anayasası (m. 134/3) ve 2020 Cezayir Anayasası (m. 145/3) kapsamında da benzeri şekilde düzenlenmektedir.

Önleyici denetim yoluna başvurma yetkisi, genel itibarla organik kanunu ısdar etme yetkisine sahip devlet başkanlarına tanınmaktadır.⁵² 1991 Gabon Anayasası (m. 60/2, 85/1 ve 85/2) istisnai bir örnek olarak görünmekte ve alelade kanunlar için önceden denetim yolunun başvurucları arasında devlet başkanını sıralarken organik kanunlar yönünden önceden denetim yolunun başvurusunu sadece başbakan olarak tanımaktadır. Önleyici denetimin süresi yönünden de istisnai örnekler bulunmaktadır. Söz konusu denetimin bir ay içinde gerçekleştirilmesi ve hükûmetin ivedi

50 Bir normun anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, denetimin gerçekleştirildiği zaman gözetilerek önleyici veya düzeltici (*a posteriori/ex-post*) denetim şeklinde yapılabilmektedir. Önleyici denetim, anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulan normun ısdar edilmesinden veya yürürlüğe girmesinden önce denetime tabi tutulmasını gerekli kılar. Düzeltici denetim ise ilgili normun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştirilir. İptal davası olarak bilinen soyut norm denetimi gerek önleyici gerek düzeltici denetim bağlamında işlevsel kılınabilen yöntemdir. Defi ya da itiraz yolu olarak nitelendirilen somut norm denetimi ise yalnız düzeltici denetim vasıtasıyla gerçekleştirilebilen yöntemdir. Önleyici ve düzeltici denetim hakkında daha fazla bilgi için bakınız: İsmail **Köküarı**/Ömer **Gedik**, Türk Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 45-47.

51 İsdar işlemi, yasama organı tarafından kabul edilmiş bir kanunun yürürlüğü için gerekli olan yayın işleminden önce devlet başkanınca mevsukiyeti (*authenticity*) manasına gelmektedir. Daha fazla bilgi için bakınız: **Kaboğlu**, s. 124; Kemal **Gözler**, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: İsdar”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan: Cilt II, Editörler, Merih Öden/Levent Gönenç/Selin Esen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2013, s. 897-950.

52 2001 Senegal Anayasası, m. 78/2; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 124/1-3; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 117/1; 2018 Burundi Anayasası, m. 202/4; 2018 Çad Anayasası, m. 134/3.

karar verme talebi üzerine sürenin sekiz güne kadar kısaltılabilmesi hususunda bazı anayasalarda düzenleme bulunmaktadır.⁵³ Genel kural olarak bir aylık süreyi hüküm altına alan 2015 Kongo Anayasası (m. 179/2), ivedi karar verme talebi üzerine sürenin 10 güne kadar kısaltılabilmesine imkân tanımaktadır. Genel kural bağlamında önceki örneklerden ayrılan 2010 Nijer Anayasası (m. 131/2), 15 günlük önleyici denetim süresinin ivedi karar verme talebine istinaden beş güne kadar kısaltılabilmesini mümkün kılmaktadır. Genel kural bakımından aynı süreyi normlaştıran 2005 Demokratik Kongo Anayasası ise bu sürenin kısaltılmasına olanak sağlayan herhangi bir istisna hâlini düzenlememektedir. Denetim süresinden bağımsız olarak ayrıca not edilmelidir ki, önleyici denetim sürecinin ısdar işleminin süresini durdurduğu, anayasalarda doğrudan hüküm altına alınmaktadır.⁵⁴

Organik kanun önerilerinin parlamentoya sunulmalarına ilişkin esaslar, alelade kanunlar için uygulanan esaslara genel itibarla paraleldir.⁵⁵ Ancak not edilen genel kuralın istisnaları da mevcuttur. Örneğin 1972 Panama Anayasası'na (m.165/1-1) göre, organik kanun önerileri, parlamentodaki ihtisas (daimî) komisyonları, kabine tarafından yetkilendirilmiş bakanlar, yetki alanları kapsamında Panama Yüksek Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve seçim uyuşmazlıklarına bakan Seçim Mahkemesi tarafından sunulabilmektedir. Alelade kanun önerileri ise en az bir milletvekili, kabine tarafından yetkilendirilmiş bakanlar ve Vilayet Konseyleri tarafından yetkilendirilmiş Vilayet Konsey Başkanları tarafından parlamentoya sunulabilmektedir.⁵⁶ Not edilebilecek

53 1958 Fransız Anayasası, m. 61/3; 1991 Gabon Anayasası, m. 85/3; 1992 Togo Anayasası, m. 104/7.

54 1958 Fransız Anayasası, m. 61/4; 1991 Gabon Anayasası, m. 85/3; 2010 Nijer Anayasası, m. 131/4; 2015 Kongo Anayasası, m. 179/4; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 134/2.

55 Kanun öneri biçimi olarak temelde iki yöntem bulunmaktadır. İlk yöntem, parlamenterler tarafından parlamentoya sunulan kanun teklifleridir. İkinci yol ise genel itibarla ikinci (düalist) yürütme erkinin bulunduğu düzlemde bakanlar kurulu tarafından parlamentoya sunulan kanun tasarılarıdır. Organik kanunların şekli analizi bağlamında teklif ve tasarı yönünden ayrıca değerlendirilmesi gereken anlamlı bir husus tespit edilemediğinden, iki yöntemi de biçimsel bakımdan kapsayan kanun önerisi ibaresinin kullanımı tercih edilmiştir. Kanun öneri biçimleri hakkında daha fazla bilgi için bakınız: İzzet **Eroğlu**, “22. Yasama Döneminde Kanun Teklif ve Tasarılarının Hazırlanmasında Anayasa'nın İnsan Hakları Hükümlerine Uygunluk Denetimi”, *Yasama Dergisi*, S. 15, 2010, s. 5-48; İsmail **Yüksel**, “6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2017, s. 256-257.

56 1972 Panama Anayasası, m.165/1-2.

bir diğer istisna uygulama 2017 Tayland Anayasası'nda normlaştırılmaktadır.⁵⁷ 2017 Anayasası'na (m. 133/1) göre, alade kanun önerileri en az 20 milletvekili, bakanlar kurulu yahut Anayasa'nın 133/1-3 maddesinde belirtilen münhasır alanlarda en az 10 bin seçmen tarafından halk teşebbüsü yoluyla parlamentoya sunulabilmektedir. Organik kanun önerileri ise Tayland Yüksek Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi veya diğer bağımsız organların tavsiyesi üzerine Bakanlar Kurulu ya da parlamento üye tam sayısının en az onda biri milletvekili tarafından parlamentoya sunulabilmektedir.⁵⁸

Organik kanun önerilerinin görüşülme esasları, alade kanun önerileri için cari kılınan esaslardan genellikle farklıdır. Şöyle ki, organik kanun önerilerinin parlamento başkanlıklarına sunulmasını takiben ilgili komisyona havalesi öncesinde, meclis genel kurulunda görüşülme zorunluluğu bulunabilmektedir.⁵⁹ Mevzubahis görüşmeyi, parlamento başkanlığına önerinin sunulmasını takiben belirli süre geçtikten sonra gerçekleştirme zorunluluğu da pek çok anayasada hüküm altına alınmaktadır. Parlamenterlerin ilgili öneri üzerine hazırlık yaparak kapsamlı görüşme yürütebilmesi için öngörülen söz konusu süreyi birçok anayasa 15 gün olarak düzenlemektedir.⁶⁰ Bahse konu süre yönünden farklı örnekler de bulunmaktadır. Örneğin 2011 Fas Anayasası ilgili süreyi 10 gün olarak düzenlemektedir (m. 85/1). Komisyonunda görüşülen organik kanun önerisinin, meclis genel kurulunda görüşülmesi için komisyonun meclis başkanlık divanına ilgili raporu teslim ettiği tarihten itibaren 15 günlük süre öngören 2014 Tunus Anayasası da bir diğer ayrık örnek olarak not edilebilir (m. 64/2).⁶¹ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, genel kurul görüşmelerinin birden fazla kez yapılmasına dair uygulamalar da bazı anayasalarda düzenlenmektedir. Şöyle ki, 1975 Papua Yeni Gine Anayasası (m. 14/1) ve 1994 Moldova Anayasası (m. 74/1) uyarınca organik kanun önerilerinin meclis genel kurulunda iki kez görüşülmesi gerekmektedir. Görüşme sayısını üç

57 2017 Tayland Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Thailand_2017, E.T. 07.04.2025.

58 2017 Tayland Anayasası, m. 131.

59 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 172/4.

60 1990 Benin Anayasası, m. 97; 1991 Moritanya Anayasası, m. 67/2; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 124/1-1; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 89/1-1; 2015 Kongo Anayasası, m. 151/1-1; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 102/2-1; 2018 Komorlar Anayasası, m. 87.

61 2014 Tunus Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014, E.T. 07.04.2025.

olarak düzenleyen 1972 Panama Anayasası'na göre ise her bir görüşmenin ayrı gün gerçekleştirilme zorunluluğu bulunmaktadır (m. 165/3 ve 166/1).

Organik kanun önerilerinin kabulü ile yürürlükteki organik kanunların değişikliği veya ilgası için alelade kanunlar bakımından aranmayan nitelikli çoğunluk kaydına tabi olduklarını belirtmekte isabet vardır. Söz konusu çoğunluk yönünden yeknesak bir uygulama bulunmamakla birlikte parlamentodaki üye tam sayısının salt çoğunluğunu, bahse konu önerilerin kabulü ile değişiklik ve ilga işlemlerinde arayan örnek sayısı fazladır.⁶² Not edilen çoğunluk kuralı; Cezayir, Kolombiya ve Romanya gibi çift kameralı parlamentoların bulunduğu anayasal düzenlerde, parlamentonun her iki kanadında da ayrı ayrı uygulanmaktadır.⁶³ Bu nitelikli çoğunluğun her iki kanatta da sağlanamaması durumunda, parlamentonun alt kanadındaki son görüşmede üye tam sayısının salt çoğunluğu ya da üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul, değişiklik veya ilga işlemine cevaz veren örnekler de bulunmaktadır.⁶⁴

Parlamento üye tam sayısının salt çoğunluğundan ileri giderek nitelikli çoğunluğun ağırlığını artıran örnekler vardır. Artırımı yumuşak biçimde tesis eden 1976 Portekiz Anayasası'nın aradığı nitelikli çoğunluk, parlamento üye tam sayısının salt çoğunluğundan az olmamak üzere toplantıya katılanların üçte ikisidir (m. 136/3). Yumuşak artırımı benzeri şekilde benimseyen 2018 Burundi Anayasası'nın aradığı nitelikli çoğunluk da parlamento üye tam sayısının salt çoğunluğundan az olmamak üzere toplantıya katılanların beşte üçüdür (m. 180/2 ve 191/2). 1980 Şili Anayasası'nın aradığı nitelikli çoğunluk ise parlamentonun her iki kanadında da üye tam sayısının yedide dördüdür (m. 66/2).

Organik kanunların maddi mahiyetine göre farklı nitelikli çoğunluk kayıtlarına tabi tutulduğu örnekler de bulunmaktadır. Örneğin 1980 Yeşil Burun Anayasası'na göre; halk oylamaları, sıkıyönetim veya olağanüstü

62 1972 Panama Anayasası, m. 165/3; 1990 Benin Anayasası, m. 97; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 97/2; 1993 Peru Anayasası, m. 106/2; 1994 Moldova Anayasası, m. 74/1; 2001 Senegal Anayasası, m. 78/1; 2010 Angola Anayasası, m. 169/2; 2014 Tunus Anayasası, m. 64/1; 1993 Peru Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Peru_2021, E.T. 07.04.2025.

63 1991 Kolombiya Anayasası, m. 151/1; 1991 Rumen Anayasası, m. 76/1; 2020 Cezayir Anayasası, m. 119/1; 1991 Kolombiya Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Colombia_2015, E.T. 07.04.2025.

64 Üye tam sayısının salt çoğunluğu kuralı yönünden örnekler için bakınız: 1991 Moritanya Anayasası, m. 66/4 ve 67/3; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 124/1-1 ve 124/1-2. Üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu kuralı yönünden örnekler için bakınız: 2010 Madagaskar Anayasası, m. 89/1-2; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 102/2-2.

hâl yönetimi, siyasi partiler ve seçimlerin temel esaslarını düzenleyen organik kanunların kabulü, değişikliği veya ilgası için parlamento üye tam sayısının salt çoğunluğundan az olmamak üzere toplantıya katılanların üçte iki çoğunluğu aranmaktadır (m. 173/3). Muhteviyatı itibarıyla diğer konuları düzenleyen organik kanunlar ise basit çoğunluk kaydına tabidir.⁶⁵ 1991 Hırvat Anayasası'na göre, ulusal azınlıkların haklarını düzenleyen organik kanunlar, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu kaydına (m. 83/1); temel haklar, seçim sistemi, idari teşkilat ile yerel ve bölgesel özerk yönetimlerin yetkilerine ilişkin düzenlemeler yapan organik kanunlar, üye tam sayısının salt çoğunluğu kaydına tabidir (m. 83/2). Organik kanunların kabulü, değişikliği veya ilgası için parlamentodaki üye tam sayısının salt çoğunluğunu genel kural olarak arayan 1995 Gürcü Anayasası da mülkiyet hakkının kullanımına ilişkin istisnaları düzenleyen organik kanunları, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu kaydına tabi kılmaktadır.⁶⁶

III. MADDİ AÇIDAN ORGANİK KANUNLAR

Bazı anayasalar, organik kanunla düzenlenen hususların bir kısmını listeleyerek sıralama yöntemini tercih etmektedir.⁶⁷ Ancak gerek liste usulünü tercih eden anayasalarda gerek diğer anayasalarda, organik kanunla düzenlenecek hususların genel itibarla dağınık biçimde hükümlere işlenmesi söz konusudur. Anayasaların bir bölümü, devletin temel nitelikleri dâhil olmak üzere anayasal düzenin genel esaslarına ilişkin çeşitli düzenlemelerin organik kanunla yapılmasını hükme bağlamaktadır. Örneğin 2020 Cezayir Anayasası (m. 4), ulusal veya resmî dil ya da dillerin tespiti ile bu dillerin kamusal alanda kullanımı ve ülkedeki dilsel çeşitliliğin korunmasına dair hususların organik kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Ulusal, bölgesel ve yerel dil rejimlerine dair benzeri usul, 1994 Moldova Anayasası (m. 13), 2003 Ruanda Anayasası (m. 8/3) ve 2011 Fas Anayasası (m. 5) tarafından da benimsenmektedir. 1994 Moldova Anayasası, not edilen diğer örneklerden farklı olarak ulusal marşın belirlenme-

65 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 173/2.

66 1995 Gürcü Anayasası, m. 19/4 ve 45/2.

67 Mevzubahis listelerden bazıları için bakınız: 1972 Panama Anayasası, m. 164; 1978 İspanyol Anayasası, m. 81/1; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 88; 2011 Fas Anayasası, m. 146; 2014 Tunus Anayasası, m. 65/2; 2015 Dominik Anayasası, m. 112; 2017 Tayland Anayasası, m. 130; 2020 Cezayir Anayasası, m. 145/1; 2015 Dominik Anayasası'na erişim için bakınız: https://constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015, E.T. 07.04.2025.

sine ve ülke sınırlarına dair düzenlemelerin de organik kanunla yapılmasını normlaştırmaktadır (m. 3/2 ve 12/4). Ülke sınırları odaklı paralel düzenleme, 1991 Rumen Anayasası (m. 3/2), 1999 Venezuela Anayasası (m. 15) ve 2018 Komorlar Anayasası'nda (m. 10/2) bulunmaktadır. 2011 Macar Anayasası'na (m. G/4) göre ise askerî arma, bayrak ve devletin diğer sembollerinin kullanımına dair hususların organik kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Askerî arma, bayrak ve ulusal marş odaklı devlet sembollerine ilişkin benzeri düzenleme, 1995 Gürcü Anayasası'nda mevcuttur (m. 2/4).

Organik kanunla düzenlenmesi öngörülen bir diğer yaygın alan seçim esaslarıdır. Cumhurbaşkanlığı seçiminden parlamento seçimlerine, özerk bölge seçimlerinden yerel yönetim seçimlerine kadar gerek ülkede tatbik edilen hükûmet sistemi gerek benimsenen devlet şekli ve siyasi teşkilat yapısı doğrultusunda gerçekleştirilen seçimlerin yanı sıra halk oylaması ve halk teşebbüsü gibi yarı doğrudan demokrasinin araçlarında işlevsel kılınan esasların, anayasal ilkeler ışığında organik kanunla düzenlenmesi yaygın bir uygulamadır.⁶⁸ Siyasi teşkilat yapısı bağlamında ayrıca not edilmelidir ki, bölgesel devletlerdeki özerk bölgeler ve merkezî devlet arasındaki yetki paylaşımı ile özerk bölgelerin statüleri ve siyasi teşkilatlanmalarına dair esaslarla birlikte görev, yetki ve sorumlulukları, genel itibarla anayasal ilkeler mucibince organik kanunla düzenlenmektedir.⁶⁹

68 1958 Fransız Anayasası, m. 6/3, 25/1 ve 72-1/1; 1975 Papua Yeni Gine Anayasası, m. 187C/8; 1978 İspanyol Anayasası, m. 69/2, 87/3, 90/1 ve 92/3; 1980 Şili Anayasası, m. 13/3, 18, 26, 47/1, 49, 111/4 ve 113/2; 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 187/1-c ve 187/1-i; 1990 Benin Anayasası, m. 4; 1991 Moritanya Anayasası, m. 26/5 ve 48/1; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-a ve 73/3-d; 1992 Togo Anayasası, m. 52/5; 1993 Peru Anayasası, m. 31/1; 1994 Moldova Anayasası, m. 61/2, 72/3-a, 72/3-b ve 78/5; 1995 Gürcü Anayasası, m. 37/7, 50/7, 52/1-c ve 52/2; 2001 Senegal Anayasası, m. 59/6; 2003 Ruanda Anayasası, m. 2/4 ve 100/2; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 47/4, 69/2, 88/1-1, 88/1-2 ve 88/1-10; 2010 Nijer Anayasası, m. 47/5 ve 84/5; 2011 Fas Anayasası, m. 14, 62/2 ve 63/2; 2011 Macar Anayasası, m. 2 ve 35; 2014 Tunus Anayasası, m. 65/2-7; 2015 Dominik Anayasası, m. 112 ve 203; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 51/2 ve 90/3; 2017 Tayland Anayasası, m. 130/1-1; 2018 Çad Anayasası, m. 3/1; 2018 Komorlar Anayasası, m. 53/5 ve 76; 2020 Cezayir Anayasası, m. 89/3, 91/2 ve 99/5.

69 1975 Papua Yeni Gine Anayasası, m. 187B ve 187C; 1978 İspanyol Anayasası, m. 147, 148/1-22, 149/1-29, 150/2 ve 157/3; 1980 Şili Anayasası, m. 288; 1987 Filipin Anayasası, m. X/18-1, X/18-2, X/19 ve X/20; 1994 Moldova Anayasası, m. 110/2 ve 111/7; 1995 Gürcü Anayasası, m. 7/4; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 3/4 ve 194; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 88/1-4; 2010 Nijer Anayasası, m. 164/2; 2011 Fas Anayasası, m. 146; 2015 Kongo Anayasası, m. 211; 2018 Çad Anayasası, m. 127, 202 ve 216; 1987 Filipin Anayasası'na erişim için bakınız:

Siyasi teşkilatlanma yapısından bağımsız olarak idari teşkilatlanma yapısına ilişkin birçok hususta organik kanunla düzenleme yapılması yaygın uygulamalardandır. Bu kapsamda; il, ilçe, vilayet ve bölge gibi idari birimlerin kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, ayrılması, merkez ve sınırlarının belirlenmesi ve değiştirilmesi başta olmak üzere pek çok husus organik kanunla düzenlenebilmektedir.⁷⁰ Anayasal düzlemde tanınan yerinden yönetim esası doğrultusunda mahallî idarelerin kuruluşu, organları, yönetimi, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma esaslarının tespiti de organik kanunla yapılabilmektedir.⁷¹ Merkezden yönetim bakımından anayasal düzlemde tanınan ve merkezî idarenin taşra teşkilatınca uygulanması öngörülen yetki genişliği esasına dair temel düzenlemeler de organik kanunla normlaştırılabilmektedir.⁷²

İnsan hakları, iletişim, rekabet, finans, enerji, yolsuzlukla mücadele ve kişisel verilerin korunması başta olmak üzere siyasi iktidarın tesirinden arındırılma ihtiyacı duyulan diğer alanlarda düzenleme ve denetim faaliyetleri yürüten bağımsız idari otoritelerin kuruluşu, teşkilatı, görev, yetki ve sorumluluklarının anayasal ilkeler ışığında organik kanunla düzenlenmesi de yaygın uygulamalardandır.⁷³ Silahlı kuvvetler, kolluk güçleri, is-

https://www.constituteproject.org/constitution/Philippines_1987, E.T. 07.04.2025. Bölgeci devlet türüne ilişkin öz bilgi için ayrıca bakınız: **Anayurt**, s. 321-333; **Kaboğlu**, s. 226-230; Yüksel **Metin**/Burak **Erege**, “Bölgeci Devlet ve Federal Devlet Mukayesesi: İspanya ve Federal Almanya Örneği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 687-720.

- 70 1975 Papua Yeni Gine Anayasası, m. 4/3, 5/1 ve 5/2; 1978 İspanyol Anayasası, m. 141; 1991 Kolombiya Anayasası, m. 297, 307/1 ve 329/1; 1999 Venezuela Anayasası, m. 16/2; 2003 Ruanda Anayasası, m. 5/3; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 2/5 ve 196/2; 2015 Dominik Anayasası, m. 195.
- 71 1980 Şili Anayasası, m. 110, 118-122 ve 125/1; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-o; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-f; 1995 Gürcü Anayasası, m. 74/3, 75 ve 76; 1999 Venezuela Anayasası, m. 169/1 ve 171/1; 2011 Macar Anayasası, m. 31/1 ve 33/3; 2014 Tunus Anayasası, m. 65/2-13; 2018 Burundi Anayasası, m. 269/1 ve 270.
- 72 1980 Şili Anayasası, m. 111/3, 113/1 ve 114; 1991 Rumen Anayasası, m. 123/3. Yetki genişliği esasına dair öz bilgi için bakınız: Dilşat **Yılmaz**, “‘Yetki Genişliği’ İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2007, s. 1245-1254; Beytullah **Çetin**, “Türk Hukuk Düzeninde Yetki Genişliği İlkesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2018, s. 94-112; Can Umut **Çiner**/Oral **Karakaya**, “Merkeziyetçiliğin Yeni Biçimi: Yetki Genişliği İlkesinin Değişen Uygulanması”, *Memleket Siyaset Yönetim*, C. 19, S. 42, 2024, s. 215-242.
- 73 1958 Fransız Anayasası, m. 71-1; 1978 İspanyol Anayasası, m. 54; 1980 Şili Anayasası, m. 98/1 ve 99/4; 1990 Benin Anayasası, m. 24 ve 143/2; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 160-2, 160-4 ve 160-6; 1991 Gabon Anayasası, m. 102; 1991

tihbarat servisleri ile emniyet ve asayiş hizmetlerini yürüten diğer güvenlik teşkilatlarının kuruluşu, görev, yetki, sorumluluk ve personel rejimlerini, anayasal ilkeler doğrultusunda organik kanun marifetiyle düzenleme bir başka yaygın uygulamadır.⁷⁴ Üst kademe kamu yöneticilerinin tespiti, atanma usul ve esasları ile personel rejimlerine ilişkin düzenlemeler de organik kanunla yapılabilmektedir.⁷⁵

Önemli bir kısmında toplumun farklı kesimlerinin temsil imkânı bulunduğu ve devlet politikalarının oluşturulmasında istişari nitelikte görüş bildirebilen danışma organlarının oluşumu ile faaliyet alanlarına ilişkin düzenlemelerin, anayasal ilkeler dairesinde organik kanunla düzenlenmesi bir diğer yaygın uygulamadır. Bu kapsamda, anayasalarda ekonomik ve sosyal konsey yoğunluklu hükümler bulunuyor olsa da millî güvenlik, iletişim, kültür, çevre, gençlik ve sivil toplumun gelişimi odaklı konseylere temas eden örnekler vardır.⁷⁶ Bir başka yaygın uygulama ise olağanüstü

Moritanya Anayasası, m. 97; 1991 Rumen Anayasası, m. 31/5; 1992 Togo Anayasası, m. 131/2, 152/2 ve 154/1; 1993 Peru Anayasası, m. 82/1; 1995 Gürcü Anayasası, m. 35/4; 1999 Venezuela Anayasası, m. 273/4; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 212/4; 2010 Nijer Anayasası, m. 163; 2011 Macar Anayasası, m. VI/3, IX/6 ve 23; 2015 Kongo Anayasası, m. 203 ve 213; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 169; 2017 Tayland Anayasası, m. 130/1-5, 130/1-6 ve 130/1-10; 2020 Cezayir Anayasası, m. 208/6 ve 216/2. Bağımsız idari otoriteler hakkında öz bilgi için bakınız: Ali **Ulusoy**, “Bağımsız İdari Kurumlar”, *Danıştay Dergisi*, C. 29, S. 100, 1999, s. 3-17; Özge Didar Şeyda **Tepeli**, “Türk İdare Sisteminde Bağımsız İdari Otoritelerin Yeri ve Önemi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 2024, s. 1023-1048; Mustafa **Akgün**, “Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Statüsünün Belirlenmesi İhtiyacı: Teorik ve Pratik Gerekçeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 57, S. 2, 2024, s. 29-60.

74 1978 İspanyol Anayasası, m. 8/2 ve 104/2; 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 187/1-f; 1980 Şili Anayasası, m. 101/2 ve 105/2; 1991 Rumen Anayasası, m. 118/2; 1994 Moldova Anayasası, m. 108/2; 1999 Venezuela Anayasası, m. 41/1 ve 328; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 186 ve 191; 2011 Macar Anayasası, m. 45/5 ve 46/6; 2014 Tunus Anayasası, m. 65/2-5 ve 65/2-6; 2015 Dominik Anayasası, m. 253 ve 256; 2018 Burundi Anayasası, m. 254 ve 268/2.

75 1958 Fransız Anayasası, m. 13/4 ve 13/5; 1990 Benin Anayasası, m.56/3; 1995 Gürcü Anayasası, m. 52/1-d; 2011 Fas Anayasası, m. 49; 2018 Burundi Anayasası, m. 112/2.

76 1958 Fransız Anayasası, m. 69/3 ve 71; 1990 Benin Anayasası, m.140/2; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 18/2 ve 141/6; 1991 Gabon Anayasası, m. 111; 1991 Moritanya Anayasası, m. 96; 1991 Rumen Anayasası, m. 79/2 ve 141; 1992 Togo Anayasası, m. 136; 1999 Venezuela Anayasası, m. 323; 2001 Senegal Anayasası, m. 66-1/2 ve 87-1/3; 2003 Ruanda Anayasası, m. 59/2; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 200/7 ve 210; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 105/4; 2010 Nijer Anayasası, m. 155; 2011 Fas Anayasası, m. 153; 2015 Kongo Anayasası, m. 199, 229, 231, 233, 235, 237 ve 239; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 164; 2018 Burundi Anayasası, m. 275; 2018 Çad Anayasası, m. 170.

hâl, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli gibi olağandışı yönetim usullerinin ilanı, bu usullerin tatbik edildiği dönemde temel hakların kullanımının sınırlandırılması veya tamamen durdurulması, vatandaşlar için getirilecek çalışma, mal ve para yükümlülükleri ile diğer hükümlerin, anayasal ilkeler ekseninde organik kanunla düzenlenmesidir.⁷⁷

Biçimsel itibarla organik kanun işlevsel kılınarak düzenlemelerin yapıldığı yaygın alanlardan biri de devlet idaresindeki mali hükümlere ilişkindir. Özellikle bütçe ve kesin hesap kanun önerilerine dair esaslar ile mali yılın başlangıcı, genel, katma ve özel bütçenin hazırlanması, uygulanması ve kontrolüne ilişkin anayasal ilkeler ışığında organik kanunla düzenleme yapılmasını normlaştıran örnek sayısı fazladır.⁷⁸ Bir diğer yaygın düzenleme alanı, kamu kaynaklarının kullanımı ile kamu yatırım ve harcamalarına ilişkin esaslar ve istisnaların normlaştırılmasıdır.⁷⁹ Ulusal merkez bankalarının kuruluşu, statüsü, teşkilatı, görev, yetki ve sorumlulukları özelinde organik kanunla düzenleme yapılması bir başka yaygın uygulamadır.⁸⁰ Benzeri bir yaygın uygulama, banknot ve madeni paranın tedavülü ve değişimi dâhil olmak üzere ulusal para birimi hakkındaki hukuki rejimlerin organik kanunla düzenlenmesine özgülünmektedir.⁸¹

77 1978 İspanyol Anayasası, m. 116/1; 1980 Şili Anayasası, m. 44/1; 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 187/1-g; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-g; 1992 Togo Anayasası, m. 94/5; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-m; 1999 Venezuela Anayasası, m. 338/4; 2001 Senegal Anayasası, m. 70/2; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 61/2; 2011 Macar Anayasası, m. 49-54; 2020 Cezayir Anayasası, m. 113.

78 1958 Fransız Anayasası, m. 47/1; 1978 İspanyol Anayasası, m. 135/2-1 ve 135/5; 1990 Benin Anayasası, m. 112/1; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 97/3; 1991 Kolombiya Anayasası, m. 349/1, 350/1 ve 352/1; 1991 Moritanya Anayasası, m. 57/2; 1991 Rumen Anayasası, m. 162/2; 1992 Togo Anayasası, m. 91/1; 1999 Venezuela Anayasası, m. 313/1; 2001 Senegal Anayasası, m. 68/1; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 126/2; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 88/1-11 ve 90; 2011 Fas Anayasası, m. 75; 2011 Macar Anayasası, m. 44/4; 2014 Tunus Anayasası, m. 66/2; 2015 Dominik Anayasası, m. 239; 2015 Kongo Anayasası, m. 154; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 111; 2018 Çad Anayasası, m. 136/2; 2020 Cezayir Anayasası, m. 145/1-6 ve 150/3.

79 1958 Fransız Anayasası, m. 34/4, 34/5 ve 34/8; 1991 Rumen Anayasası, m. 162/2; 1999 Venezuela Anayasası, m. 302 ve 312/1; 2001 Senegal Anayasası, m. 67/4; 2014 Tunus Anayasası, m. 66/1; 2015 Dominik Anayasası, m. 112; 2018 Çad Anayasası, m. 136/1.

80 1980 Şili Anayasası, m. 108; 1993 Peru Anayasası, m. 84; 1995 Gürcü Anayasası, m. 68/5; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 177; 2011 Macar Anayasası, m. 41/1, 41/5 ve 41/6; 2015 Dominik Anayasası, m. 232.

81 1972 Panama Anayasası, m. 159/1-8; 1991 Rumen Anayasası, m. 137/2; 1995 Gürcü Anayasası, m. 68/4; 2015 Dominik Anayasası, m. 232.

Organik kanun marifetiyle temel hakların korunması ve geliştirilmesi ile bazı haklar odaklı müstakil rejimlerin inşa edilmesi de yaygındır. Örneğin eğitim hakkının kullanımı bağlamında eğitim düzeylerinin asgari yeterlilikleri, eğitim kurumlarının sahip olması gereken asgari gereklilikler ve eğitim hizmetlerinin genel esasları organik kanunla belirlenebilmektedir.⁸² Organik kanun vasıtasıyla bir diğer düzenleme alanı, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına dair esaslar ile özel mülkiyet ve miras hukukuna dair genel rejimdir.⁸³ Çalışma, dinlenme ve grev hakkının kullanımına ilişkin esaslar ile çalışma şartlarının tespiti de organik kanunla gerçekleştirilebilmektedir.⁸⁴ Aktif statü hakları arasında sıralanan siyasi parti kurma ve siyasi partiye üye olma haklarının kullanımına ilişkin esaslar da organik kanunla belirlenebilmektedir. Bu kapsamda, siyasi partilerin kurulmaları, teşkilatlanmaları, faaliyetleri, gelir ve giderleri ile siyasi partilere üye olmayacaklar ve siyasi partilerle ilgili yasaklar, anayasalar ilkeler ışığında organik kanunla düzenlenebilmektedir.⁸⁵ Din hürriyetinin bir veçhesi olan ibadet hürriyeti,⁸⁶ dernek kurma hürriyeti,⁸⁷ dilekçe hakkı⁸⁸ ve kamu hizmetlerine girme hakkı⁸⁹ gibi temel hakların kullanımına ilişkin esaslar da organik kanunla belirlenebilmektedir.

Bazı temel hakların istisnai durumlardaki kullanımı veya bu durumlarda sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler organik kanunla yapılabilir. Örneğin 1978 İspanyol Anayasası, silahlı örgüt veya terör suçlarından dolayı soruşturulanların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlandırılmasını organik kanunların mahfuz düzenleme alanında göstermektedir (m. 55/2-1). 2011 Macar Anayasası (m. IX/3), gerek seçmen kaaatının demokratik yöntemlerle tekâmül etmesi gerek siyasi reklamlar

82 1980 Şili Anayasası, m. 19/11-5; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-n; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-k.

83 1991 Rumen Anayasası, m. 44/2, 74/3-m ve 136/5; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-i; 1995 Gürcü Anayasası, m. 19/3.

84 1995 Gürcü Anayasası, m. 26/3; 2011 Fas Anayasası, m. 29/2.

85 1980 Şili Anayasası, m. 19/15-5; 1980 Yeşil Burun Anayasası, m. 187/1-h; 1991 Rumen Anayasası, m. 40/3 ve 73/3-b; 1994 Moldova Anayasası, m. 41/7 ve 72/3-g; 1995 Gürcü Anayasası, m. 23/1 ve 23/4; 2003 Ruanda Anayasası, m. 54/4; 2011 Fas Anayasası, m. 7/7; 2011 Macar Anayasası, m. VIII/4; 2015 Kongo Anayasası, m. 62; 2017 Tayland Anayasası, m. 130/1-4; 2020 Cezayir Anayasası, m. 57/8.

86 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-s; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-1; 2011 Macar Anayasası, m. VII/2 ve VII/5.

87 2020 Cezayir Anayasası, m. 53/2.

88 2011 Fas Anayasası, m. 15/2.

89 1980 Şili Anayasası, m. 38/1.

için ifade hürriyetinin, muhatapları tarafından seçim kampanyası dönemlerinde eşit olanaklar aracılığıyla kullandırılması hususunda organik kanunla tedbirlerin alınmasını normlaştırmaktadır. 1958 Fransız Anayasası, Fransa’da ikamet eden Avrupa Birliği (AB) üye ülke vatandaşlarının Fransa’daki mahallî idareler seçimlerinde oy kullanmasına ve belediye başkanlığı ile başkanvekilliği haricindeki makamlar için aday olabilmesine ilişkin esasların organik kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır (m. 88-3). AB üye ülke vatandaşları için makam sınırlandırması yapmaksızın seçme ve seçilme hakkına yönelik benzeri yöndeki hüküm 1991 Rumen Anayasası’nda (m. 16/4) bulunmaktadır. Vatandaşlık ibaresine temas etmişken ayrıca belirtilmelidir ki, vatandaşlık kazanımından kaybına ve çifte vatandaşlığa kadar ilgili hukuki rejimin anayasal ilkeler ışığında inşası, yaygın bir şekilde organik kanunlarla gerçekleştirilmektedir.⁹⁰

Organik kanunlar, pek çok anayasada benimsenmiş eşitlik ilkesinin çeşitli veçheleri yönünden de düzenlemeler yapmaktadır. Bu bağlamda, nispi eşitliği tesis etmek için toplumun dezavantajlı kesimlerine yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarına ilişkin esaslar organik kanunla düzenlenebilmektedir.⁹¹ Örneğin 2020 Cezayir Anayasası (m. 59/2), kadınların siyasi haklarının geliştirilmesi için temsil mekanizmalarında kota ayrılması

90 1991 Rumen Anayasası, m. 5/1; 1994 Moldova Anayasası, m. 17/1; 1995 Gürcü Anayasası, m. 32/2; 2003 Ruanda Anayasası, m. 25/6; 2011 Macar Anayasası, m. G/4.

91 Nispi eşitlik; maddi eşitlik, dikey eşitlik, relatif eşitlik, geometrik eşitlik veya fiili eşitlik olarak da nitelendirilmektedir. Nispi eşitlik, esas itibarla yasaların herkese her durumda aynı şekilde uygulanmasının, adaleti tesis etme bakımından olumlu netice vermeyebileceği fikrine dayanmaktadır. Dolayısıyla adaletin tesisi için farklı hukuksal durumda bulunanlara farklı işlemin yapılması nispi eşitlik anlayışıyla uyumludur. AYM’nin “*eylemli eşitlik*” olarak nitelendirdiği nispi eşitlik hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Sibel **İnceoğlu**, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, C. 17, S. 1, 2001, s. 49; Bihterin **Dinçkol**, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S. 8, 2005, s. 104; Şeref **İba**, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, Amme İdaresi Dergisi, C. 39, S. 1, 2006, s. 5; Selda **Çağlar**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2012, s. 50; Zafer **Gören**, “Genel Eşitlik İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 3281. AYM’nin “*eylemli eşitlik*” nitelendirmesi için ayrıca bakınız: AYM, E. 2022/126, K. 2023/29, 16.02.2023, § 24, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/29?EsasNo=2022%2F126>), E.T. 10.04.2025; AYM, E. 2022/117, K. 2023/4, 05.01.2023, § 14, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/4?EsasNo=2022%2F117>), E.T. 10.04.2025; AYM, E. 2021/35, K. 2022/161,

dâhil olmak üzere pozitif ayrımcılık uygulamalarına dair esasların organik kanunla düzenlenmesini normlaştırmaktadır. Yaşlı ve engelli bireylerin ekonomik, fizikî ve siyasi sınırlılıkları başta olmak üzere her türlü dezavantajlarının bertarafı için organik kanunla tedbir alınması 2005 Demokratik Kongo Anayasası (m. 49/3) uyarınca da hüküm altına alınan hususlardandır. Yaşlılar için benzeri yöndeki hüküm 2011 Macar Anayasası'nda (m. 40) bulunmaktadır. Mevzubahis Anayasa, özel olarak korunması gereken bir diğer kesimi aileler olarak belirtmektedir (m. L/3). Azınlık toplulukların kültürel ve siyasi hakları için organik kanunla özel koruma rejiminin ihdası ise 1991 Hırvat Anayasası (m. 15/2), 1991 Rumen Anayasası (m. 73/3-r, 120/2 ve 128/2) ve 2011 Macar Anayasası (m. XXIX/3 ve 2/2) doğrultusunda öngörülmektedir.

Biçimsel itibarla organik kanun işlevsel kılınarak devlet temel erklerine yönelik düzenlemeler de yapılabilmektedir. Gerek yargı ayrılığını gerek yargı birliğini tesis eden anayasal düzenlerde, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi gibi yüksek mahkemelerin yanı sıra bidayet, istinaf ve temyiz mahkemelerinin yapısı, teşkilatı, görevleri ile çalışma ve yargılama usulleri, anayasal ilkeler ekseninde organik kanunla düzenlenerek normlaştırılabilir. ⁹² Benzeri yöndeki düzenlemeler, Yüksek Seçim Kurulu gibi seçim uyuşmazlıklarını çözen kurullar ve Sayıştay gibi

13.12.2022, § 10, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/161?Esas-No=2021%2F35>), E.T. 10.04.2025.

92 1958 Fransız Anayasası, m. 63 ve 68-2; 1978 İspanyol Anayasası, m. 152/1-2, 161, 162/2, 165 ve ek madde 4; 1980 Şili Anayasası, m. 77/1, 77/2, 77/7, 78/4, 82, 92/5, 92/6 ve 93/12; 1990 Benin Anayasası, m. 115/5 ve 135/3; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 127/5; 1991 Gabon Anayasası, m. 73b, 75, 75c, 81, 90/1 ve 93/2; 1991 Moritanya Anayasası, m. 88 ve 92; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-k, 73/3-l, 126/4, 126/5 ve 142/5; 1992 Togo Anayasası, m. 103/2, 122/3 ve 126/3; 1993 Peru Anayasası, m. 143/2; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-e ve 115/4; 1995 Gürcü Anayasası, m. 59, 60/4, 60/7 ve 61/2; 1999 Venezuela Anayasası, m. 261/1, 262/1 ve 336/1-10; 2001 Senegal Anayasası, m. 32, 35, 59/5, 89/5, 89/7, 94 ve 100/3; 2003 Ruanda Anayasası, m. 152/4; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 153/5, 155/4, 156/3, 160/2 ve 169; 2010 Angola Anayasası, m. 166/2-2 ve 164/1-h; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 88/1-5, 88/1-8, 88/1-9, 116 ve 127; 2010 Nijer Anayasası, m. 125/2, 136 ve 140/3; 2011 Fas Anayasası, m. 131, 132 ve 133/2; 2011 Macar Anayasası, m. 24/2-g, 24/3, 24/7 ve 24/9; 2014 Tunus Anayasası, m. 65/2-2; 2015 Kongo Anayasası, m. 166, 188 ve 195; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 136, 147/3 ve 162; 2017 Tayland Anayasası, m. 130/1-8; 2018 Burundi Anayasası, m. 210/3, 230, 232/6, 238 ve 242; 2018 Çad Anayasası, m. 158/6; 2018 Komorlar Anayasası, m. 96/4; 2020 Cezayir Anayasası, m. 145/1-5, 186, 191/2, 198/5 ve 204.

hesap yargılaması yapan yargı organları bakımından cari kılınabilmektedir.⁹³ Yargı fonksiyonu kapsamındaki işlemlerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde hâkimler tarafından gerçekleştirilmesini sağlamak üzere hâkimlik teminatına ilişkin düzenlemeler ile bağımsızlığın sağlanmasında en mühim sacayaklarından biri olan atama, terfi, nakil, denetim ve disiplin dâhil olmak üzere özlük işlerini yürüten Hâkimler ve Savcılar Kurulu benzeri yapıların kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri ile çalışma esaslarının, anayasal ilkeler ışığında organik kanunla düzenlenmesi bir diğer yaygın uygulamadır.⁹⁴

Organik kanunlar, bir diğer temel erk olan yasama organı özelinde de çeşitli düzenlemeler yapabilmektedir. Bu kapsamda, en yaygın uygulama alanlarından biri milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler, milletvekilliğinin sona erme hâlleri, milletvekili andı ve parlamenter muafiyetler dâhil olmak üzere milletvekillerinin hukuki statüsü ile mali statüsü bağlamındaki düzenlemelerdir.⁹⁵ Yine parlamentoların teşkilat yapısı, çalışma düzeni ve

93 1978 İspanyol Anayasası, m. 136/4; 1980 Şili Anayasası, m. 95; 1991 Gabon Anayasası, m. 77a; 1991 Moritanya Anayasası, m. 68/8; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-1 ve 140; 1992 Togo Anayasası, m. 111/2; 1994 Moldova Anayasası, m. 133/5; 1999 Venezuela Anayasası, m. 292 ve 294; 2001 Senegal Anayasası, m. 90/5 ve 94; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 179 ve 211/4; 2010 Nijer Anayasası, m. 6/3 ve 141/3; 2015 Kongo Anayasası, m. 190; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 154; 2017 Tayland Anayasası, m. 130/1-3 ve 130/1-7; 2020 Cezayir Anayasası, m. 212/2 ve 214/3.

94 1958 Fransız Anayasası, m. 64 ve 65; 1978 İspanyol Anayasası, m. 122; 1980 Şili Anayasası, m. 84/2; 1990 Benin Anayasası, m. 128; 1991 Burkina Faso Anayasası, m. 133 ve 135; 1991 Gabon Anayasası, m. 72; 1991 Moritanya Anayasası, m. 89/5; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-1, 125 ve 134; 1992 Togo Anayasası, m. 117 ve 118/5; 1993 Peru Anayasası, m. 150; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-e ve 123; 1995 Gürcü Anayasası, m. 63/5, 63/6, 64, 65/3 ve 65/5; 2001 Senegal Anayasası, m. 90/4 ve 93/2; 2005 Demokratik Kongo Anayasası, m. 150 ve 152; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 88/1-6, 88/1-7, 107 ve 136; 2011 Fas Anayasası, m. 112 ve 116; 2011 Macar Anayasası, m. 25/6, 25/8, 26 ve 29/7; 2015 Kongo Anayasası, m. 174; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 146; 2018 Burundi Anayasası, m. 225 ve 226; 2018 Komorlar Anayasası, m. 95; 2020 Cezayir Anayasası, m. 145/1-5, 178/4 ve 190.

95 1980 Şili Anayasası, m. 60/7; 1991 Moritanya Anayasası, m. 48; 1991 Rumen Anayasası, m. 70, 71/3 ve 73/3-c; 1992 Togo Anayasası, m. 52/6, 52/9, 52/10 ve 54/4; 1994 Moldova Anayasası, m. 70/2; 2001 Senegal Anayasası, m. 54 ve 60; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 88/1-2; 2010 Nijer Anayasası, m. 102; 2011 Macar Anayasası, m. 4/2 ve 4/5; 2016 Fildişi Sahili Anayasası, m. 90/3 ve 90/4; 2018 Burundi Anayasası, m. 153, 157, 158 ve 161; 2018 Çad Anayasası, m. 116/1; 2018 Komorlar Anayasası, m. 76; 2020 Cezayir Anayasası, m. 128 ve 133.

yürütme organını denetlemek üzere işlevsel kıldıkları bilgi edinme ve denetim araçları odaklı düzenleme örnekleri de oldukça fazladır.⁹⁶ Yürütme organına değinmişken ayrıca belirtilmelidir ki, tatbik edilen hükümet sistemi dairesinde kişi yönünden farklılıklar bulunmakla birlikte yürütme organında görev alanların göreve başlama usulü, görev ve yetkileri, siyasi, cezai ve hukuki boyutlarıyla sorumlulukları, görev bağdaşmazlıkları, istifade ettikleri muafiyetler ile görevlerinin sona erme hâlleri için organik kanunla düzenleme yapılması yaygın bir uygulamadır.⁹⁷

Organik kanunla yaygın olarak yapılan düzenlemelerin yanı sıra her devletin müstakil dinamikleri doğrultusunda mevzubahis kanun türüyle düzenlenmesi öngörülen istisnai alanlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin 1991 Kolombiya Anayasası (m. 342/1), kalkınma planlarının taslak, onay ve uygulama süreçlerine dair esaslar ile Ulusal Planlama Konseyi'nin teşkilatı ve faaliyetlerinin organik kanunla düzenlenmesini normlaştırmaktadır. 1994 Moldova Anayasası (m. 72/3-8) ve 1995 Gürcü Anayasası (m. 7/5), münhasır ekonomik bölge kurulması ve kurulan ekonomik bölgelerde uygulanacak hukuki rejimin organik kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. 1994 Moldova Anayasası, genel ve özel af ilanına organik kanun şeklinde karar verilmesini de hükümleştirmektedir (m. 72/3-15). Aynı yöndeki hüküm, 1991 Rumen Anayasası'nda bulunmaktadır (m. 73/3-i). Mevzubahis iki anayasaya göre, suç ve cezalar ile infaz rejimi organik kanunla düzenlenmelidir.⁹⁸

1972 Panama Anayasası (m. 322/2), Panama vatandaşlarının çalışma şartlarına ve geçim kaynaklarına hâlel getirmeksizin Panama Kanalı'nda yabancıların işçi statüsünde istihdam edilmesine ilişkin esasların organik kanunla düzenlenmesini hükme bağlamaktadır. 1975 Papua Yeni Gine

96 1958 Fransız Anayasası, m. 27/3, 34-1, 39/3, 39/4 ve 44/1; 1980 Şili Anayasası, m. 52/1-c(3), 52/2-2, 55, 74/2 ve 128/5; 1991 Gabon Anayasası, m. 62; 1991 Moritanya Anayasası, m. 51/3; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-3; 2001 Senegal Anayasası, m. 62, 64 ve 81/3; 2003 Ruanda Anayasası, m. 128/2 ve 131/3; 2010 Madagaskar Anayasası, m. 79 ve 82; 2011 Fas Anayasası, m. 67/6; 2011 Macar Anayasası, m. 5/8 ve 7/3; 2018 Çad Anayasası, m. 120/2; 2020 Cezayir Anayasası, m. 140/1 ve 141/2.

97 1958 Fransız Anayasası, m. 23 ve 68; 1991 Moritanya Anayasası, m. 44; 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-d, 102/3 ve 105; 1992 Togo Anayasası, m. 75, 76/3 ve 129/2; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-4 ve 97-99; 1999 Venezuela Anayasası, m. 189/2 ve 236/1-20; 2003 Ruanda Anayasası, m. 113 ve 123; 2010 Nijer Anayasası, m. 102; 2011 Fas Anayasası, m. 87; 2011 Macar Anayasası, m. 12/5; 2015 Kongo Anayasası, m. 95/4; 2018 Burundi Anayasası, m. 94; 2018 Çad Anayasası, m. 98/3; 2020 Cezayir Anayasası, m. 96/4, 137 ve 140/1.

98 1991 Rumen Anayasası, m. 73/3-h; 1994 Moldova Anayasası, m. 72/3-14.

Anayasası'na göre, varlık fonu kurulması ve yönetimi organik kanunla düzenlenir (m. 212A). Aynı Anayasa başkent statüsünün de organik kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.⁹⁹ Paralel yöndeki hüküm, 1994 Moldova Anayasası'nda (m. 110/3) bulunmaktadır.

1993 Peru Anayasası, yenilenebilir ve yenilenemeyen doğal kaynakların kullanımına ilişkin esasların, organik kanunla düzenlenmesini normlaştırmaktadır (m. 66/2). 1999 Venezuela Anayasası'na göre; ekolojik, coğrafi, demografik, sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasi dinamikler ile sürdürülebilir kalkınma ilkeleri ışığında imar planlarının esasları organik kanunla belirlenir (m. 128/1). Son olarak, 2014 Tunus Anayasası (m. 65/2-1), yasama organının organik kanun biçiminde karar alarak devletlerarası antlaşmaları onaylamasını gerekli kılmaktadır.

99 1975 Papua Yeni Gine Anayasası, m. 4/3 ve 4/4.

SONUÇ

Organik kanunlara yönelik düzenleme içeren 36 devlet anayasası odaklı analizlerin gerçekleştirildiği bu çalışma ile bahse konu kanun türüne dair öğretilerdeki normatif çalışma eksikliğinin giderilmesi hedeflenmiştir. Şekli analiz bağlamında ulaşılan genel çıkarımlardan ilki, organik kanunların ulusal normlar hiyerarşilerindeki konumuna ilişkindir. Söz konusu kanun türü, genel itibarla anayasaların bir alt basamağındaki hiyerarşik sırada konumlanmaktadır. Bu durumun doğal bir neticesi olarak anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulan organik kanunlar için işlevsel kılınan denetim türü genellikle önleyici denetimdir. Mevzubahis denetim yoluna başvurma yetkisi de genel itibarla organik kanun ısdar etme yetkisine sahip makama tanınmaktadır. Önleyici denetimin süresini bir ay olarak düzenleyen örnek sayısı fazla olsa da 2005 Demokratik Kongo Anayasası ve 2010 Nijer Anayasası, süre yönünden istisnai uygulamaları normlaştırmaktadır. Önleyici denetim sürecinin, ısdar işleminin süresini durdurması ise genelleme yapılmasına müsait derecede benimsenen uygulamalardandır.

Organik kanun önerileri için uygulanan esaslar ile alelaide kanunlarda uygulananlar arasında genel itibarla farklılıklar bulunmamaktadır. Ancak bazı istisnai uygulamalar, 1972 Panama Anayasası ve 2017 Tayland Anayasası tarafından hüküm altına alınmaktadır. Organik kanun önerilerinin görüşülmesine ilişkin esaslar ise alelaide kanunlarınkinden anlamlı farklılıklar barındırmaktadır. Benzeri durum, genel itibarla nitelikli çoğunluk kaydına tabi organik kanunların parlamentolardaki kabul süreçleri için cavidir. Nitelikli çoğunluğun derecesine yönelik olarak genel uygulama, parlamentolardaki üye tam sayısının salt çoğunluğudur. Ancak çoğunluk kuralının derecesini artıran 1976 Portekiz Anayasası ve 2018 Burundi Anayasası örnekleri bulunmaktadır. Organik kanunların maddi mahiyeti dairesinde nitelikli çoğunluk kaydının farklılaşması da mümkündür. 1980 Şili Anayasası, 1980 Yeşil Burun Anayasası, 1991 Hırvat Anayasası ve 1995 Gürcü Anayasası, farklılaşmaya yönelik çeşitli örnekler barındırmaktadır.

Maddi açıdan organik kanunlarla düzenlenen alanın geniş çapının bulunduğu ileri sürülebilir. Devletin temel nitelikleri dâhil olmak üzere anayasal düzenin genel esaslarına dair birçok husus organik kanunlarla düzenlenebilmektedir. Bu kapsamda, en yaygın düzenleme alanları; ulusal, bölgesel ve yerel dil rejimlerine dair esaslar, ülke sınırlarına ilişkin düzenlemeler ile askerî arma, bayrak ve ulusal marş gibi devlet sembollerinin kullanımıyla ilgili hususlardan oluşmaktadır. Bir diğer yaygın düzenleme alanı, tatbik edilen hükümet sistemi ile benimsenen devlet şekli ve siyasi

teşkilat yapısı doğrultusunda gerçekleştirilen seçimlerle beraber halk oylaması ve halk teşebbüsü gibi yarı doğrudan demokrasinin araçlarında işlevsel kılınan esaslara yöneliktir. Yine idari ve siyasi teşkilat yapılarına dair organik kanunla düzenleme yapılması da yaygın uygulamalardandır.

Biçimsel itibarla organik kanunların işlevsel kılındığı bir diğer yaygın alan temel hakların korunması ve bazı temel hakların kullanımı ile sınırlandırılmasına yönelik müstakil rejimlerin ihdasıdır. Nispi eşitliğin tesisi için dezavantajlı kesimlere yönelik pozitif ayrımcılık uygulamalarına dair esasların organik kanunla düzenlenmesi bir başka yaygın uygulamadır. Bir diğer yaygın uygulama ise devlet temel erklerinin kuruluşu, işleyişi ve birbirleri arasındaki ilişkilere dair düzenlemeler odaklıdır. Not edilen yaygın uygulama alanlarının dışındaki pek çok husus da organik kanunla düzenlenebilmektedir. Devletlerin müstakil dinamikleri doğrultusunda belirlenen bahse konu hususlar, genel ve özel af ilanından infaz rejimine, kalkınma planlarından münhasır ekonomik bölgelere, devletlerarası antlaşmaların onaylanmasından doğal kaynakların kullanımına kadar çeşitli alanlara temas edebilmektedir.

36 devlet anayasasından oluşan örneklem kümesi ile organik kanunların şekli ve maddi açıdan değerlendirildiği bu çalışmayı takip edecek çalışmalar, organik kanunların Türkiye’de uygulanabilirliğini tahlil edebilir. Organik kanunların Türk demokrasisi ve anayasa yargısının gelişimine netür katkılar sunabileceği de bu minvalde ayrıca tetkik edilebilir. Önemle vurgulanmalıdır ki, sadece organik kanunların varlığıyla demokratik gelişim veya hukukun üstünlüğünün ileri taşınması ihtimali düşüktür. Nitekim ampirik veriler de bu görüşü destekler vaziyettedir. Amerika Birleşik Devletleri merkezli Özgürlük Evi (*Freedom House*) tarafından yayımlanan 2025 Dünya Özgürlük Raporu’na göre,¹⁰⁰ bu araştırmanın örneklem kümesinde yer alan devletlerden yalnız dokuzu “*özgür*” kategorisinde yer

100 1941 yılında kurulan ve merkezi ABD’nin başkenti Vaşington’da bulunan Özgürlük Evi’nin pek çok ülkede şubesi bulunmaktadır. Demokrasi, insan hakları ve siyasi hürriyetler konularında analitik araştırmalar yürüten Özgürlük Evi, nitel ve nicel verilerin birlikte kullanıldığı karma yöntemle hazırlanan Dünya Özgürlük Raporu’nun her yıl düzenli olarak yayımlamaktadır. Rapor doğrultusunda devletlerin üç temel sınıfta tasnif edilmesi söz konusudur. Özgürlük seviyesi bakımından toplam skoru 1-34 puan aralığında olan devletler “*Özgür Değil*”, 35-69 aralığındakiler “*Kısmen Özgür*” ve 70-100 aralığındakiler “*Özgür*” şeklinde kategorize edilmektedir. Raporun tam metnine erişim için bakınız: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2025/uphill-battle-to-safeguard-rights>, E.T. 07.04.2025.

almaktadır.¹⁰¹ Örneklem kümesindeki 15 devlet “kısmen özgür”,¹⁰² kalan 12’si ise “özgür değil” kategorisindedir.¹⁰³ Hukukun üstünlüğü bağlamındaki ampirik veriler de benzeri bir tabloyu ortaya koymaktadır. Dünya Adalet Projesi (*World Justice Project*, WJP) tarafından geliştirilen ve küresel saygınlığı bulunan Hukukun Üstünlüğü Endeksi,¹⁰⁴ bu araştırmanın örneklem kümesindeki 31 devleti derecelendirmektedir.¹⁰⁵ Bu kapsamda, 31 devletin 13’ündeki hukukun üstünlüğü derecesi görece iyi sayılabilecek düzeyde, kalan 18’inde ise kötü değerlendirmesi yapılabilecek seviyededir.¹⁰⁶

Yukarıda not edilen ampirik veriler, organik kanunları her derde deva bir panzehir olarak nitelendirmenin anlamlı olmayacağını göstermektedir. Bahse konu veriler ışığında organik kanunların gerek demokrasinin gerek anayasa yargısının gelişimine ancak tamamlayıcı nitelikte katkı sunma potansiyelinin bulunduğu ileri sürülebilir. Bu potansiyelin yanı sıra demok-rasi ve anayasa yargısının gelişimine tesir edebilecek diğer müstakil dina-

101 Söz konusu devletler şunlardır: Fransa, Hırvatistan, İspanya, Kolombiya, Panama, Romanya, Senegal, Şili ve Yeşil Burun Adaları.

102 “Kısmen özgür” kategorisindeki devletler şunlardır: Benin, Dominik, Fas, Fildişi Sahili, Filipinler, Gürcistan, Komorlar, Macaristan, Madagaskar, Moldova, Moritanya, Papua Yeni Gine, Peru, Togo ve Tunus.

103 “Özgür değil” kategorisindeki devletler şunlardır: Angola, Burkina Faso, Burundi, Cezayir, Çad, Demokratik Kongo, Gabon, Kongo, Nijer, Ruanda, Tayland ve Venezuela.

104 WJP, 2006 yılında Vaşington merkezli olarak kurulan ve dünya çapında hukukun üstünlüğünün ilettilmesini hedefleyen sivil toplum kuruluşudur. WJP’nin en önemli faaliyetlerinden biri olan ve her yıl düzenli olarak güncellenen Hukukun Üstünlüğü Endeksi kapsamında 400’den fazla değişkenin nicel ve nitel veriler eşliğinde analiz edilmesi söz konusudur. Mevzubahis analiz neticesinde, örneklem kümesindeki her bir devlet için 0 ila 1 arasında puanlandırma yapılarak hukukun üstünlüğü seviyesi yönünden derecelendirme gerçekleştirilmektedir. 0,5 ve üzeri toplam skoru bulunan devletlerin hukukun üstünlüğü derecesi iyi olarak değerlendirilirken bu seviyenin altında puana sahip olan devletlerin derecesi kötü olarak nitelendirilmektedir. Endeks hakkında daha fazla bilgi için bakınız: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global>, E.T. 07.04.2025.

105 Örneklem kümesinde yer alan beş devlet – Burundi, Çad, Komorlar, Papua Yeni Gine ve Yeşil Burun Adaları – Hukukun Üstünlüğü Endeksi kapsamının dışındadır.

106 Hukukun Üstünlüğü Endeksi kapsamında görece iyi dereceye sahip devletler şunlardır: Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, İspanya, Macaristan, Moldova, Panama, Romanya, Ruanda, Senegal, Şili, Tayland ve Tunus. Görece kötü dereceye sahip devletler ise şunlardır: Angola, Benin, Burkina Faso, Cezayir, Demokratik Kongo, Dominik, Fas, Fildişi Sahili, Filipinler, Gabon, Kolombiya, Kongo, Madagaskar, Moritanya, Nijer, Peru, Togo ve Venezuela.

miklerin ÷lke bazlı çalışmalarda hesaba katılmasında isabet vardır. Türkiye ölçekli araştırmaların da bu yönde adım atması nihai manada güçlü analizlerin sunulmasına katkı sağlayabilir.

KAYNAKÇA

- Akgün**, Mustafa, “Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Statüsünün Belirlenmesi İhtiyacı: Teorik ve Pratik Gerekçeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 57, S. 2, 2024, s. 29-60.
- Anayurt**, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Araç**, İbrahim/**İba**, Şeref, “Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 58, S. 3, 2003, s. 35-60.
- Atar**, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Bakırcı**, Fahri, “Kod Yasa – Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, s. 223-240.
- Bakırcı**, Fahri, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması ve Sakıncaları”, *Kanun Yapma Tekniği*, Editör, Yener Üner, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2015, s. 21-61.
- Çağlar**, Selda, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2012, s. 43-86.
- Çetin**, Beytullah, “Türk Hukuk Düzeninde Yetki Genişliği İlkesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2018, s. 94-112.
- Çiner**, Can Umut/**Karakaya**, Oral, “Merkeziyetçiliğin Yeni Biçimi: Yetki Genişliği İlkesinin Değişen Uygulaması”, *Memleket Siyaset Yönetim*, C. 19, S. 42, 2024, s. 215-242.
- Delperee**, Francis, *The Meaning of the Law*, United Nations Development Programme, Kyiv 2018.
- Dinçkol**, Bihterin, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 8, 2005, s. 101-117.
- Döner**, Ayhan, *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Döner**, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2025.
- Eren**, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Eroğlu**, İzzet, “22. Yasama Döneminde Kanun Teklif ve Tasarılarının Hazırlanmasında Anayasa’nın İnsan Hakları Hükümlerine Uygunluk Denetimi”, *Yasama Dergisi*, S. 15, 2010, s. 5-48.
- Frankenberg**, Günter, *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018.
- Geçmez**, Taner, “Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 25, S. 104, 2013, s. 265-298.

Gitiri, Jennifer/**Szentgáli-Tóth**, Boldizsár, “The Organic Laws in Francophone Africa and the Judicial Branch: A Contextual Analysis”, *Speculum Juris Law Journal*, C. 35, S. 1, 2021, s. 1-24.

Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Gören, Zafer, “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 3279-3301.

Gözler, Kemal, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: Isdar”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan: Cilt II, Editörler, Merih Öden/Levent Gönenç/Selin Esen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2013, s. 897-950.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, 14. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2022.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 27. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.

Hirschl, Ran, “Comparative Methodologies”, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Editörler, Roger Masterman/Robert Schütze, Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 11-39.

İba, Şeref, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 39, S. 1, 2006, s. 1-15.

İba, Şeref, “Ülkemizde ‘Torba Kanun’ ve ‘Temel Kanun’ Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 69, S. 1, 2011, s. 197-202.

İba, Şeref, *Anayasamızla Yeniden Tanışalım*, Astana Yayınları, Ankara 2019.

İba, Şeref, “Karşılaştırmalı Bir Parlamento Hukuku Analizi: ‘Torba Kanun’ Nedir, Ne Değildir?”, *Adalet Dergisi*, S. 72, 2024, s. 65-84.

İba, Şeref, *Parlamento Hukuku*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

İnceoğlu, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 17, S. 1, 2001, s. 41-70.

Jackson, Vicki, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Editörler, Michel Rosenfeld/András Sajó, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 54-74.

Jacobsohn, Gary/**Schor**, Miguel, “Introduction: The Comparative Turn in Constitutional Theory”, Editörler, Gary Jacobsohn/Miguel Schor, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, s. 1-21.

Kaboğlu, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 18. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2024.

Kılıç, Abbas, “Organik Kanun Kavramı ve Organik Kanunun Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi (Konya, Türkiye, 13-15 Mayıs, 2022), s. 43-46.

Köküsarı, İsmail/**Gedik**, Ömer, Türk Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Kunenko, Iryna/**Poliarush-Safronenko**, Svitlana/**Lapka**, Oksana, “The Concept and Significance of Constitutional and Organic Laws in Legal Science and Legislation of Different Countries”, Journal of International Legal Communication, C. 4, S. 1, 2022, s. 65-74.

Mazza, Mauro, “The Hungarian Fundamental Law, the New Cardinal Laws and European Concerns”, Acta Juridica Hungarica, C. 54, S. 2, 2013, s. 140-155.

Metin, Yüksel/**Erece**, Burak, “Bölge Devlet ve Federal Devlet Mukayesesi: İspanya ve Federal Almanya Örneği”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 687-720.

Odyakmaz, Zehra/**Kaymak**, Ümit, Anayasa Hukuku, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Petersen, Niels/**Chatziathanasiou**, Konstantin, “Empirical Research in Comparative Constitutional Law: The Cool Kid on the Block or All Smoke and Mirrors?”, International Journal of Constitutional Law, C. 19, S. 5, 2021, s. 1810-1834.

Schweitzer, Gábor, “Fundamental Law – Cardinal Law – Historical Constitution: The Case of Hungary Since 2011”, Journal on European History of Law, C. 4, S. 1, 2013, s. 124-128.

Szentgáli-Tóth, Boldizsár, “The Scope of Qualified Law: Comparative Analysis”, 22nd International Academic Conference (Prague, Czechia, 22-25 March, 2016), s. 267-277.

Szentgáli-Tóth, Boldizsár, “Organic Laws and the Principle of Democracy in France and Spain”, Pro Futuro: A Jövő Nemzedékek Joga, C. 9, S. 4, 2020, s. 62-74.

Şirin, Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Tepeli, Özge Didar Şeyda, “Türk İdare Sisteminde Bağımsız İdari Otoritelerin Yeri ve Önemi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2024, s. 1023-1048.

Teziç, Erdoğan, “Torba Kanun”, Kanun Yapma Tekniği, Editör, Yener Üner, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2015, s. 335-351.

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

Ulusoy, Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, C. 29, S. 100, 1999, s. 3-17.

Yancı Özalp, Nihan, “Türkiye’de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu Mu, Nitelik Sorunu Mu?”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 61, S. 1, 2006, s. 267-295.

Yılmaz, Dilşat, “‘Yetki Genişliği’ İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2007, s. 1245-1254.

Yüksel, İsmail, “6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 256-257.

İnternet Kaynakları

24.11.1934 Tarihli ve 2587 Sayılı Kemal Öz Adlı Cumhuriyet Reisine Verilen Soyadı Hakkında Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2587.pdf>, E.T. 08.04.2025.

18.02.1948 Tarihli ve 5186 Sayılı Atatürk’ün Kız Kardeşi Makbule Atadan’a Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KA-NUNLAR_KARARLAR/kanunbtbmmc030/kanuntbmmc030/kanuntbmmc03005186.pdf, E.T. 08.04.2025.

07.07.1948 Tarihli ve 5245 Sayılı İdil Biret ve Suna Kan’ın Yabancı Memleketlere Müzik Tahsiline Gönderilmesine Dair Kanun, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbtbmmc030/kanuntbmmc030/kanuntbmmc03005245.pdf, E.T. 08.04.2025.

1947 İtalyan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020, E.T. 08.04.2025.

1958 Fransız Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/France_2008, E.T. 09.04.2025.

1972 Panama Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Panama_2004, E.T. 08.04.2025.

1975 Papua Yeni Gine Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Papua-New-Guinea_2016, E.T. 08.04.2025.

1976 Portekiz Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005, E.T. 09.04.2025.

1978 İspanyol Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Spain_2011, E.T. 09.04.2025.

1980 Şili Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Chile_2021, E.T. 08.04.2025.

1980 Yeşil Burun Adaları Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Cape-Verde_1992, E.T. 08.04.2025.

- 1987 Filipin Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Philippines_1987, E.T. 07.04.2025.
- 1990 Benin Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Benin_1990, E.T. 07.04.2025.
- 1991 Burkina Faso Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2015, E.T. 07.04.2025.
- 1991 Gabon Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Gabon_2011, E.T. 07.04.2025.
- 1991 Hırvat Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020, E.T. 09.04.2025.
- 1991 Kolombiya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Columbia_2015, E.T. 07.04.2025.
- 1991 Moritanya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012, E.T. 07.04.2025.
- 1991 Rumen Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Romania_2003, E.T. 09.04.2025.
- 1992 Togo Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Togo_2007, E.T. 07.04.2025.
- 1993 Peru Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Peru_2021, E.T. 07.04.2025.
- 1994 Moldova Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Moldova_2016, E.T. 09.04.2025.
- 1995 Gürcü Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Georgia_2018, E.T. 09.04.2025.
- 1999 Venezuela Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009, E.T. 08.04.2025.
- 2001 Senegal Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Senegal_2016, E.T. 07.04.2025.
- 2003 Ruanda Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Rwanda_2015, E.T. 08.04.2025.
- 2005 Demokratik Kongo Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Democratic_Re-public_of_the_Congo_2011, E.T. 07.04.2025.
- 2010 Angola Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Angola_2010, E.T. 08.04.2025.
- 2010 Madagaskar Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010, E.T. 07.04.2025.
- 2010 Nijer Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Niger_2017, E.T. 07.04.2025.
- 2011 Fas Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Morocco_2011, E.T. 07.04.2025.

2011 Macar Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Hungary_2016, E.T. 09.04.2025.

2014 Tunus Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014, E.T. 07.04.2025.

2015 Dominik Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Dominican_Repub-lic_2015, E.T. 07.04.2025.

2015 Kongo Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Congo_2015, E.T. 07.04.2025.

2016 Fildişi Sahili Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Cote_DIvoire_2016, E.T. 07.04.2025.

2017 Tayland Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Thailand_2017, E.T. 07.04.2025.

2018 Burundi Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Burundi_2018, E.T. 07.04.2025.

2018 Çad Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Chad_2018, E.T. 07.04.2025.

2018 Komorlar Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Comoros_2018, E.T. 07.04.2025.

2020 Cezayir Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Algeria_2020, E.T. 07.04.2025.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 1963/124, K. 1963/243, 11.10.1963.

AYM, E. 1990/31, K. 1990/24, 24.09.1990.

AYM, E. 2001/353, K. 2002/87, 26.09.2002.

AYM, E. 2003/12, K. 2004/69, 16.06.2004.

AYM, E. 2003/112, K. 2006/49, 06.04.2006.

AYM, E. 2012/19, K. 2013/17, 17.01.2013.

AYM, E. 2011/42, K. 2013/60, 09.05.2013.

AYM, E. 2012/18, K. 2013/80, 18.06.2013.

AYM, E. 2021/35, K. 2022/161, 13.12.2022.

AYM, E. 2022/117, K. 2023/4, 05.01.2023.

AYM, E. 2022/126, K. 2023/29, 16.02.2023.

AYM, E. 2020/11, K. 2023/98, 18.05.2023.

AYM, E. 2024/68, K. 2024/167, 24.09.2024.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Does the Rise of Naturalism Mean the End of
Conceptual Analysis in the Methodology of
Jurisprudence?**

Hukuk Felsefesi Metodolojisinde Doğalcılığın Yükselişi
Kavramsal Analizin Sonu Anlamına Gelir mi?

  Dr. Öğr. Üyesi Uğur DİNÇ*

 10.60002/ebyuhfd.1583466

ABSTRACT

Recently, the method of conceptual analysis as the presumed method of analytic jurisprudence has come under attack by Brian Leiter. Relying on W.V.O. Quine's naturalized epistemology displacing analytic-synthetic distinction on truth, Leiter offered the rejection of conceptual analysis and the adoption of naturalist method committed to doing empirical research in pursuit of providing cause-effect type of explanations in law. He argues that since conceptual analysis relies on the a priori intuitions of the conceptual theorist, this method fails to deliver the universal and necessary truths it set out to deliver. In this essay, I will

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 12.11.2024 | **Kabul/Accepted:** 11.12.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Uğur Dinç, "Does the Rise of Naturalism Mean the End of Conceptual Analysis in the Methodology of Jurisprudence?", EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (101-135).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

analyse whether the charges Leiter levels at conceptual analysis stick to it. Drawing on the works of contemporary conceptual jurists, I will conclude that conceptual analysis is secure from the defects that Leiter accuses it to have. I will argue that the questions the naturalist method and the method of conceptual analysis can succeed to answer are different sorts of questions about the law; conceptual analysis does proceed on a posteriori reasoning and its arguments are best construed as necessary truths upon contingent grounds. As a result, the naturalist method fails to replace the method of conceptual analysis.

Keywords: Methodology of Jurisprudence, Conceptual Analysis, Naturalism, Necessity, Contingency, A Priori, A Posteriori, Brian Leiter.

ÖZ

Analitik hukuk felsefesinin varsayılan metodu olarak kavramsal analiz metodu son zamanlarda Brian Leiter'in saldırılarına maruz kaldı. W.V.O. Quine'in analitik-sentetik doğruluk ayrımını reddeden doğalcı epistemolojisine dayanan Leiter kavramsal analiz metodunun reddedilmesini ve onun yerine hukuk olgusu hakkında neden-sonuç tipi açıklamalar getirmeyi amaçlayacak ampirik araştırma yapmayı öneren doğalcı metodun benimsenmesini önerdi. Leiter kavramsal analiz metodunun kavramsal analistin a priori sezgilerine dayandığını iddia ederek, bu metodun ortaya koymayı amaçladığı evrensel ve zorunlu olarak doğru argümanlar geliştirmekte başarısız olduğunu savunur. Bu makalede, Leiter'in kavramsal analiz metoduna atfettiği kusurların bu metodta bulunup bulunmadığını inceleyeceğim. Çağdaş kavramsal hukukçuların çalışmalarına dayanarak kavramsal analiz metodunun Leiter'in sahip olduğunu iddia ettiği kusurlardan berî olduğunu savunacağım. Doğalcı metodun ve kavramsal analiz metodunun hukuk olgusu hakkında cevaplamada yetkin olabileceği soruların farklı türden sorular olduğunu, kavramsal analiz metodunun sonuçlarının a posteriori nitelikli olduğunu ve argümanlarının rastlantısal olgular hakkındaki zorunlu doğrular olarak anlaşılması gerektiğini ileri süreceğim. Sonuç olarak, doğalcı metodun kavramsal analiz metodunun yerini almada başarısız olduğunu ortaya koyacağım.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Felsefesi Metodolojisi, Kavramsal Analiz, Doğalcılık, Zorunluluk, Rastlantısallık, A Priori, A Posteriori, Brian Leiter.

INTRODUCTION

In theory construction in legal theory, the approach of analytic jurisprudence is distinguished by its commitment to solely providing descriptive analyses on the form of the law in a neutral fashion and not to go beyond this point for better or worse by offering how the content of the law ought to be crafted, the question which falls in the realm of normative jurisprudence that busies itself with dispensing normative advice for the legislation of allegedly better laws. Over the past couple of decades

though, this descriptive self-confinement of analytic jurisprudence has been contested widely. While some jurists have taken issue with the very possibility of purely descriptive methodology stripped off any normative engagement,¹ others have come up with the charge that the analytic approach has not been descriptive enough in sound terms because of its poor choice of an epistemic tool to employ in investigating the nature of law² which renders its findings remain unproven, if not conspicuously wrong. This tool is the intuition-reliance tenet of the method of conceptual analysis in mounting conceptual arguments on the nature of law resorted mainly by John Austin, H.L.A. Hart and Joseph Raz among others in their accounts. It is the latter sort of attack directed at the method of conceptual analysis by Brian Leiter that makes up the subject matter of this essay. Leiter has raised a number of objections to this method for its failure in accounting for how adjudication really works, its reliance on the a priori intuitions of the theorist, and the inability of a priori intuitions to deliver necessary truths about law it seeks to establish. Instead of conceptual analysis, he offered to adopt the naturalist method in the analysis of law. Drawing on the works of contemporary conceptual jurists, I will challenge Leiter's charges. I will argue that conceptual analysis is secure from the defects that he accuses it to have and the naturalist method fails to replace the method of conceptual analysis.

I. THE PROMISE OF NATURALISM IN JURISPRUDENCE

A. Conceptual Analysis as “Obsolete”

By general framing, the method of conceptual analysis in its form employed by legal theorists is taken to be aiming at unveiling the necessarily

-
- 1 Ronald **Dworkin**, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, New York 1986; Liam **Murphy**, “The Political Question of The Concept of Law”, *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed. by Jules Coleman, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 371–409; Stephen **Perry**, “Hart's Methodological Positivism”, *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed. by Jules Coleman, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 311–354. Against these objections, Dickson defends the thesis that arguments of analytic jurisprudence are indirectly evaluative. Julie **Dickson**, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2001.
 - 2 Brian **Leiter**, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2007; Brian **Tamanaha**, “What is ‘General’ Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 2, No. 3, 2011; Roger **Cotterrell**, “Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy”, *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, Vol. 5, No. 1, 2014.

true, non-contingent features of law that can be identified and applicable across different legal systems. In unearthing these features of law, the main epistemic tool of legal theorists is the observable ‘propositional attitudes’³ of individuals viz. judicial officials and other citizens engaging with legal practice concerning the functioning of legal systems, the place of rules in practical reasoning and related concepts involved in the legal practice such as legal obligation, legal validity, authority, normativity etc. The propositional attitudes of individuals consist of their prevailing and legal practice-guiding beliefs, commitments, discourse and linguistic⁴ usages of concepts that play a role in maintaining social life under the governance of law. Drawing on these sources, analytic jurists construct conceptual arguments on the foundational, but elusive features of law that have yet to be conceptualized, make inferences in consideration of other concepts at play, set logical connections between them and so forth. The soundness and plausibility of their final conceptual contentions are corroborated by the way the legal practice is shaped and maintained by the very pool of attitudes of participants that provided the starting point for their intricate analyses. Proceeding on these grounds, Hart found the factual premises of his account in “the widespread common knowledge” of “any educated man” on the “features of a modern municipal legal system.”⁵ Though not so explicit, Raz too referred to some reference point outside and broader than just himself, “our society” –which can warrantably be taken as our legal practice– for the evidential source of his conceptual analyses:

“In large measure what we study when we study the nature of law is the nature of our own self-understanding. ... It is part of the self-con-

3 Brian **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, New York, Oxford University Press, p. 124.

4 Albeit misguidedly, sometimes conceptual analysis is reduced only to the analysis of the meaning of concepts. For instance, see Andrei **Marmor**, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, ed. by Wil Waluchow/Stefan Sciaraffa, Oxford University Press, Oxford 2013, p. 213. Yet this tendency is clearly rejected by Hart in his saying that it is the “phenomena”, not the “words” that he aims to throw light on. H. L. A. **Hart**, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York 1994, p. v.

5 **Hart**, *The Concept of Law*, p. 240.

sciousness of *our society* to see certain institutions as legal. And that consciousness is part of what we study when we inquire into the nature of law.”⁶

Against the appeal the method of conceptual analysis enjoyed among analytic jurists, since the mid-1990s Brian Leiter has steadily and fervently campaigned to ‘naturalize’ the methodology of analytic jurisprudence in a number of essays that culminated in a book with a title⁷ reflecting the spirit of his attempt. “Naturalism,” in his words, “is always first a methodological view to the effect that philosophical theorizing should be continuous with empirical inquiry in the sciences.”⁸ This is a philosophical movement that, since the 1960s, has swept through many areas of philosophy – knowledge, mind, metaethics, language- and either replaced or supplemented the previous linguistic-bound approaches where philosophical questions were traditionally answered by means of “*a priori*, armchair methods of the philosopher.”⁹ Yet, he says, this has not been the case up until he threw himself into this task. He holds it unfortunate on the part of analytic jurisprudence that it fell behind the recent philosophical developments and “remained untouched”¹⁰ by the naturalistic turn that other fields of philosophy went through. He complains that analytic jurists still continue to employ the method of conceptual analysis that trades on their intuitions, a method “at risk of becoming an item of antiquarian interest.”¹¹

Yet, Leiter is skeptical with the intuition-reliance in achieving knowledge by this method both in its reliability and in its scope. He regards the conceptual analyst’s reliance on his intuitions as an “epistemologically bankrupt,”¹² unreliable epistemic tool yielding a pseudo analysis

6 Joseph Raz, “Can There be a Theory of Law?” in Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, New York 2009, p. 31, (emphasis added).

7 Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*.

8 Brian Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, p. 34.

9 Leiter, “Rethinking Legal Realism”, p. 31.

10 Leiter, “Rethinking Legal Realism”, p. 33.

11 Brian Leiter, “From Legal Realism to Naturalized Jurisprudence”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, p. 2.

12 Brian Leiter, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, New York, p. 175.

with nothing more than the results of “armchair sociology”¹³ which are unmoored in the social facts. This strikes Leiter as the most significant downside of conceptual analysis that undermines its contentions by a *a priori* justification whereas they always ought to be considered “vulnerable to the demands of a *posteriori* theory construction.”¹⁴ The conceptual analyst may take the advice of Frank Jackson, the champion defender of conceptual analysis in contemporary philosophy, and take “opinion polls”¹⁵ to corroborate his contentions. Even if some truths may be grasped about the essential properties of law with or without taking this extra mile, Leiter breaks it to conceptual jurists that these results will not be what they endeavored for in terms of strength and comprehensiveness. What they can achieve by their intuitions or opinion polls will be “strictly ethnographic and local,”¹⁶ “culturally specific”¹⁷ facts at best, falling short of their aspiration of “timeless or necessary truths about how things are”¹⁸ that make up the aim of analytic jurisprudence.

Drawing on these supposedly self-defeating practices of conceptual analysts, Leiter argues that we better “move beyond mere conceptual analysis”¹⁹ and seek to “locate law ... within a naturalistic picture of the world.”²⁰ As we will see briefly in the next subsection, he believes that the naturalist approach to law yields its practical payoffs especially in adjudication. Yet, he does not content himself with this application of naturalism to law only. He goes even further to suggest that “questions about the nature of law itself might be settled by the results of the empirical sciences”²¹ and seems to expect positive results from such investigation on “what the “ordinary man” really thinks.”²²

13 **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, p. 133.

14 **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, p. 134.

15 **Frank Jackson**, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford University Press, New York 2000.

16 **Leiter**, “Beyond the Hart/Dworkin Debate”, p. 177.

17 **Brian Leiter**, “Science and Methodology in Legal Theory”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, p. 192.

18 **Leiter**, “Beyond the Hart/Dworkin Debate”, p. 177.

19 **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, p. 125.

20 **Leiter**, “From Legal Realism to Naturalized Jurisprudence”, p. 3.

21 **Leiter**, “From Legal Realism to Naturalized Jurisprudence”, p. 6.

22 **Brian Leiter**, “Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches”, *The Future of Naturalism*, Ed. by John R. Shook/Paul Kurtz, Humanity Books, New York 2009, p. 202.

B. Naturalization of Analytic Jurisprudence

The naturalist epistemology Leiter invites us to embrace in order to overcome the methodological debacle in analytic jurisprudence builds on W.V.O. Quine's insights. In his seminal paper, *Two Dogmas of Empiricism*, Quine attacks the analytic-synthetic distinction introduced by Immanuel Kant and subscribed by logical positivism.²³ In Kant's definition, an analytic proposition is a statement in which the predicate's contribution to the sentence meaning is already contained in the meaning of a subject. By analysis, the predicate decomposes the subject into its necessary and sufficient components. In the example of "A bachelor is an unmarried male person" the predicate "unmarried male person" gives the meaning of the term in the subject "bachelor." However, this type of proposition is not eligible to have a truth value. As the predicate does not refer to a fact that the subject already does not do, an analytic statement can be either self-contradictory or free of contradiction. For instance, uttering the proposition "a bachelor is an unmarried male child" is not registered as a false proposition. Rather, it is considered self-contradictory given the very meaning of the term 'bachelor,' which applies only to male adults. One who utters such a proposition simply fails to know the meaning of this term. This is considered an a priori demonstration of an analytic proposition independent of facts. Such an analytic proposition picks out self-evidential, unfalsifiable and necessary truths; yet, the predicate of an analytic proposition does not add up to the knowledge we already possess. With synthetic propositions, however, the analysis of the predicate produces contingently true, new and genuine knowledge of the subject as in the example of "Water is H₂O." Such a synthetic proposition can be proven or disproven only a posteriori, i.e. by employing scientific methods to check if the content of its predicate holds true about its subject.²⁴ Quine rebels against this long-standing dualism on the truth of propositions on empirical grounds. He holds that no statement is independent of experience and can be held true merely by virtue of its meaning.²⁵ He recognizes only the guidance of science as the highest authority in identifying and describing the

-
- 23 Willard Van Orman **Quine**, "Two Dogmas of Empiricism", in *From a Logical Point of View: Logico-Philosophical Essays*, 2nd revised ed., Evanston, Harper Torch Books, New York 1963, p. 20.
 - 24 Immanuel **Kant**, *Critique of Pure Reason*, Trans. and Ed. by Paul Guyer/Allen W. Wood, Cambridge University Press, Cambridge 1998.
 - 25 Brian **Leiter**, "Why Quine is not a Postmodernist", in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2007, p. 144.

reality and rejects any a priori type of demonstration.²⁶ He emphasizes this point in the following:

“The totality of our so-called knowledge or beliefs, from the most casual matters of geography and history to the profoundest laws of atomic physics or even of pure mathematics and logic, is a man-made fabric which impinges on experience only along the edges. Or, to change the figure, total science is like a field of force whose boundary conditions are experience. ... no statement is immune to revision. Revision even of the logical law of the excluded middle has been proposed as a means of simplifying quantum mechanics; and what difference is there in principle between such a shift and the shift whereby Kepler superseded Ptolemy, or Einstein Newton, or Darwin Aristotle?”²⁷

Being “immune to revision” is the fundamental problem Quine identifies with analytic propositions. He argues that those propositions we are prone to stick with and obstinate to not abandon have been called ‘analytic’ independent of contrarian empirical facts and those for which we are more open-minded and ready to revise under new empirical evidence ‘synthetic’.²⁸ For him, the differentiation of analytic propositions from synthetic ones makes sense only from a “socio-historical” perspective, but it does not state an “epistemic difference.”²⁹ A posteriori knowledge is the only type of knowledge we can have.

The wide research spectrum Quine charts for the naturalistic program can be taken to include even law alongside a social field like history and Leiter undertakes to employ this project in jurisprudence by vindicating its superiority over conceptual analysis. Joining Quine on the rejection of

26 **Leiter**, “Science and Methodology in Legal Theory”, p. 183. Quine’s elimination of analytic truths and claim that all propositions are liable to a posteriori demonstration may leave one with the misimpression that this thesis of his is somewhat linked to Karl Popper’s thesis on the falsifiability of scientific theories. Quine’s thesis challenged the logical positivism’s notion of confining the making of analytic propositions to the domain of philosophy and synthetic propositions to the domain of science. Yet, Popper’s discussion remained within the methodology of science. His objection is not directed at the status of analytic truths; rather it is directed at the verificationist method of scientific investigation through induction. In defiance of this, he advances the thesis that the falsifiability of the theories is the criterion that distinguishes scientific theories from non-scientific ones. See “Karl Popper”, available online at <https://plato.stanford.edu/entries/popper/> C.O. 03.12.2024

27 **Quine**, “Two Dogmas of Empiricism”, p. 42-43.

28 **Leiter**, “Beyond the Hart/Dworkin Debate”, p. 176.

29 **Leiter**, “Beyond the Hart/Dworkin Debate”, p. 175-176.

a priori theorizing, he argues that all propositions are responsive to a posteriori demonstration to the extent that experience requires us to adjust other parts of our theory of the world to accommodate recalcitrant evidence.³⁰ On these grounds, Leiter construes naturalism consisting of two theses:

“Substantive Thesis. With respect to questions about what there is and what we can know, we have nothing better to go on than successful scientific theory.

Methodological Thesis. Insofar as philosophy is concerned with what there is and what we can know, it must operate as the abstract branch of successful scientific theory.”³¹

By the recipe of these theses, theory construction in some field of philosophy “should be continuous with empirical inquiry in the sciences.”³² This means that a theorist, say a philosopher of mind, must “get up from the armchair”³³ and refer to the findings of neuroscientists before constructing arguments about how body and mind relate or what intention or consciousness means. Leiter expands this naturalistic replacement of scientific methodology to “social sciences”³⁴ as well. He holds that “we understand human beliefs, values, and actions by locating their causal determinants in various features of human nature.”³⁵ As to providing a naturalistic explanation of law, he urges us to build our explanations upon the findings of “anthropologists, sociologists, psychologists, and others ... about the social practices in and around law.”³⁶ Only by the findings of such empirical social sciences can we construct theories of law that can “give us the best going account of how the world [law and legal institutions] works.”³⁷

However, Leiter himself has yet to conduct any analysis by employing this naturalist methodology on the questions of the nature of law the conceptual jurists have raised. Instead, he registers the members of

30 **Leiter**, “Why Quine is not a Postmodernist”, p. 144; **Leiter**, “Beyond the Hart/Dworkin Debate”, p. 176.

31 **Leiter**, “Beyond the Hart/Dworkin Debate”, p. 180, (emphasis omitted).

32 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 31.

33 **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, p. 134.

34 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 31.

35 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 35.

36 **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, p. 134.

37 **Leiter**, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, p. 134.

American Legal Realism -the prevalent adjudicative movement between 1920s and 1940s in the US Supreme Court- as the precursors of naturalism in the adjudication chapter of jurisprudence.³⁸ He finds legal realists' approach to the theory of adjudication quite empirical and reminiscent of Quine's naturalized epistemology.³⁹ This analogy of legal realism to naturalism in this respect is rooted in the realists' call on us to turn our gaze to "how the construction of decisions really proceeds"⁴⁰ vis-à-vis the assumed application of formalist reasoning in judicial decision-making. In his framing, the realist judges acted more heavily "fact-responsive" than acting "rule-responsive".⁴¹ That is to say, what was operative in their reasoning for reaching a judicial verdict was not the formalist reasoning dictating the deduction of their decisions from the pre-formulated legal rules viz. statutes and precedents.⁴² Rather, they built their verdicts "primarily [on] the underlying facts of the case"⁴³ which in effect took them beyond the only "facts that are ... made relevant by any legal rule."⁴⁴ From such non-restricted scope of facts, they rendered their verdict based on "what they think would be fair,"⁴⁵ "what is right or wrong for that cause,"⁴⁶ "what

38 Additionally, Leiter refers to the work of Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth on the predictability of U.S. Supreme Court's decisions as an application of the naturalist method in explaining adjudication. In brief, in the "attitudinal model" they developed, Segal and Spaeth took "the ideological attitudes and values of the justices" towards "the facts of the case" as the main determinant factor that guided their votes in the making of the Court's decision. Taking their cue from the characterization of justices as liberal or conservative in the newspapers out of the statements they made at their confirmation hearings, Segal and Spaeth argue that they could correctly predict the votes of justices with 71% accuracy in the context of search-and-seizure decisions. **Leiter**, "Science and Methodology in Legal Theory", p. 187.

39 **Leiter**, "From Legal Realism to Naturalized Jurisprudence", p. 5; **Leiter** "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", p. 64.

40 **Leiter**, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", p. 65.

41 **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 24. Leiter confines this contention to the cases that are reviewed at the appellate courts and concedes the more rule-boundedness of judges in lower courts in reaching decision. See **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 41.

42 **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 24.

43 **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 24.

44 **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 22, n. 33.

45 **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 22.

46 **Leiter**, "Rethinking Legal Realism", p. 22.

seems to be the due thing on the facts,”⁴⁷ “prevailing commercial culture,”⁴⁸ or what the “socio-economically best under the circumstances”⁴⁹ is and so on. In consideration of such an approach of the realist judges, the matter of adjudication veers away from the formalist theory of how they are assumed to decide cases and instead turns into an empirical one of how they actually decide. This empirical question can be answered only by “approaching law like a behaviorist psychologist, an anthropologist, or an empirical sociologist”⁵⁰ and ensuring the construal of adjudication’s “methodological continuity with the natural and social sciences.”⁵¹ Only in this way can we discover “what input (that is, what combination of facts ...) produces what output (i. e. what judicial decision)”⁵² and bring out “regular, law-like (ideally: lawful) patterns of decision.”⁵³

The bottom line, at the heart of the legal realists’ ‘what is at work in the courtroom’ approach lies a shift from traditional epistemic sources in understanding adjudication much as Quine pioneered in general epistemology. If the way judicial decisions are actually made proves to be different from the assumed explanation of formalist theory, the root cause of this formalist failure must be found in the evidential ground it stands on: the lack of empirical observation in explaining the adjudicative process by theorists. This failure to understanding adjudication too is chalked up to the intuition-driven method of conceptual analysis. Allegedly, conceptual analysts are not equipped with the proper tools in understanding how the adjudication really works. By their emphasis on the importance of a posteriori inquiry, the realists’s approach comes down to the abandonment of conceptual analysis-type of theory construction in understanding adjudication.

In the case of adjudication, there seems to be much to gain from Leiter’s agenda of naturalization. If the judges decide the cases before them by paying heed to facts that go beyond the ones stipulated by rules and also by involving their value judgments, this might -though not necessarily, but potentially- give rise to a stray from the normative framework

47 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 23.

48 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 27.

49 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 27.

50 **Brian Leiter**, “Is There an “American” Jurisprudence?” in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American, Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2007, p. 90.

51 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 56.

52 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 40.

53 **Leiter**, “Rethinking Legal Realism”, p. 56.

set out by legal rules. Though such practice may lead to a disconnection between the intended practical guidance of legal rules and the way individuals are to be treated by the courts, obtaining the knowledge of how courts actually decide cases has an immediate practical value for lawyers and their clients. If some legal researchers seek to harness the available methods of social sciences to obtain this type of practical knowledge, their findings will help to drive up the predictability of court decisions in virtue of the content of the law. What is more, it is highly unlikely that their findings will be turned a blind eye by scholars who raise questions about the adjudicative matters of law; rather, they will most welcome such empirical results in their research questions. Yet, what about the analytic jurists who do not pursue questions whose answers will not bring such immediate practical payoffs? Is their appeal to their intuitions on the non-contentwise and formal aspects of law incapable of obtaining any knowledge of value? Are their legal-theoretical analyses doomed to be only non-necessary, time-bounded, ethnographic and empirically divorced truths at best, as Leiter claimed?

Whether Leiter's attacks on the method of conceptual analysis reach his target and, even if they do, whether the conceptual analysis is vulnerable to his attacks are to be addressed in the next section. From the foregoing discussion of Leiter's naturalist program, I will concentrate on his charges against this method that (1) the conceptual analyst's reliance on his intuitions instead of applying scientific method turns this enterprise into an a priori generation of knowledge about the nature of law, (2) the truth of knowledge thus generated can be limited to locally contingent truths about the law whose practices the analyst is familiar with, which defeats the analyst's aim of delivering universal and necessary truths about the nature of law. I will challenge these charges of Leiter and aim to clarify the points he targeted by scrutinizing the works of H.L.A. Hart, Joseph Raz, Jules L. Coleman and Scott J. Shapiro as the leading jurists who employ this method to the law. I will argue that even though these jurists do not base their conceptual theses on the results of social scientific investigations, their non-recourse to hard evidence cannot lead to the identification of their theses as a priori truths. Their theses are neither of their normative speculations nor the figment of laymen's imagination; rather, their intuitions are the imports of professional wisdom of involved theorists with an acquired knowledge of the functioning of legal practices and institutions. In this respect, their conceptual theses about the nature of law ought to be taken as more of a posteriori kind. Against Lei-

ter's second charge that Leiter that conceptual truths can have only contingent character as they are based on the theorist's local intuitions, I will demonstrate that this is a claim already, however partially, embraced by conceptual theorists. It will be seen that making claims of contingent truths about the nature of law has a place in the method of conceptual analysis and the theorist's intuitions on the local legal practices provide the necessary initial steps for conducting conceptual analysis on the nature of law which makes the way for local-transcending necessity claims. Finally, I will argue that even the claims to necessity by conceptual analysis develop from contingent bases in the sense that they are liable to contingent social practices of law. Yet, preceding the fulfilment of these challenges, the very purpose of engaging with the conceptual analysis of law ought to be identified at the outset. In the following, against Leiter's charge that conceptual analysts fail to explain the adjudicative process, I will first bring out that the main interests of conceptual jurisprudents do not lie in explaining this process at all. Rather, they are more interested in more general, non-adjudicative aspects of the nature of law that are remotely related to the judicial decision-making which stands as a more convenient stage for the application of Leiter's naturalistic program.

II. THE FUNDAMENTALS OF CONCEPTUAL ANALYSIS

A. The Purpose-Specificity: Theoretical Explanation of The Practical Phenomenon of Law

In the history of philosophy, path-breaking developments in search for the truth come mostly following methodological shifts. At the turning points, the preceding substantial answers given to the perennial questions of philosophy till then are considered to be wrong or insufficient for the most part because of the wrong methodological commitments of the predecessors. However, the history of philosophy testifies that the newly introduced methods are not always powerful enough to eradicate the already available ones thoroughly. It is often the case that the contending methods either coexist side by side either by compromising and revising their characteristic tenets, or rather clarifying themselves under the new challenges. 20th century has been more prolific than ever before on methodological diversity and has witnessed several turning points since its beginning such as logical, linguistic, conceptual, naturalist and hermeneutic among others. In this section I will undertake a clarificatory task for the purpose of the method of conceptual analysis that Leiter demonized.

In building a defense against Leiter's attacks, one particular challenge is that conceptual jurisprudents often prove to be tight-lipped about their

methodological commitments. Furthermore, even the self-declared commitments are not secure from harsh criticisms. Hart's *Concept of Law* provoked many discussions around the topics it covered since its publication. He characterizes his work as an essay in 'analytical jurisprudence' in that he is concerned with the clarification of the general framework of legal thought rather than bringing up some criticism of the content of laws, and raising questions about the meaning of words so as to show how the legal discourse differ from ordinary discourse. Additionally, he deems his work as an instance of 'descriptive sociology' since the task he set his hands to was to throw light on the social phenomenon of law.⁵⁴ On the other hand, Hart develops his method against John Austin's legal theory⁵⁵ who is considered to be the forerunner of the use of the analytic method in jurisprudence.⁵⁶ In his work, Austin makes another methodological statement that his endeavor is "to resolve a law (taken with the largest signification which can be given to the term properly) into the necessary or essential elements of which it is composed."⁵⁷ So, this should raise the question that in what aspects the two theorists in one tradition contradict each other and what does Hart mean by the application of descriptive sociology applied to law?

We can begin to investigate by appealing to the methodological explanation of another renowned book with a similar title the author of which was in the same philosophical chamber –known as Oxford ordinary language philosophy– with Hart. Gilbert Ryle in his *Concept of Mind* makes the following statement:

"The philosophical arguments which constitute this book are intended not to increase what we know about minds, but to *rectify the logical geography of the knowledge which we already possess*. ...*It is, however, one thing to know how to apply such concepts [of mental powers and operations], quite another to know how to correlate them with one another and with concepts of other sorts*. Many people can talk sense with concepts but cannot talk sense about them; they know by practice how to operate with concepts, anyhow inside familiar fields, but they cannot state *the logical regulations governing their use*. They are like people who know their way about their own parish, but cannot construct or read a map of it, much less a map of the region or continent in which their parish lies. For certain

54 Hart, p. v.

55 Hart, p. 16-17.

56 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, New York 2001, p. 157.

57 Austin, p. 117.

purposes it is necessary to determine *the logical crossbearings of the concepts which we know quite well how to apply*.⁵⁸

Naturally, the object under investigation constrains one's freedom of choice in methodology: whereas the mind might be a natural kind whose existence is very controversial and law is believed to be by many, at least partially, as a socially constructed phenomenon. But the two theorist's methodological commitments bear striking resemblances even at first glance. The first one concerns the titles of their works featuring the phrase *the concept of* used to qualify the type of their works in their respective fields. Both the definite article *the* and the term *concept* used to qualify their works on law and mind exclude the alternatives of a/an idea/phenomenon in question which signifies that the upcoming revelations are not from somewhere we are not acquainted. Their choice of titling their works compares to the titling of John Rawls' work *A Theory of Justice* in which the indefinite article *a* gives us the signal that he will offer an account with which we might not be familiar with our social practices of the concept of justice. Secondly, both theorists share a moderate aim. Ryle has a non-informative motivation about minds that his is not a pursuit after the real essence of mind. He sets himself the task of a geographer which is to deliver a roadmap for logical correlations among concepts related to mind.⁵⁹ Quite similarly, Hart states that his effort is to further our understanding of the modern municipal legal system as a social phenomenon different from, but related to coercion and morality.⁶⁰ This effort is not oriented to capture the hidden nature of law we have never heard of, but rather to describe the established case of law we are accustomed to in our legal

58 Gilbert **Ryle**, *The Concept of Mind*, 60th Anniversary Edition, Routledge, New York 2009, p. lix-ix, (emphases added).

59 Of Ryle's reliance on the shared linguistic usage in a society, Tanney makes the following intriguing comments: "as the analogy of philosophy with cartography suggests, Ryle investigates the workings not just of one concept by itself, but "all of the threads of a spider's web of inter-working concepts."" "Gilbert Ryle", available online at <https://plato.stanford.edu/entries/ryle/> C.O. 10.10.2024. In her introduction to *The Concept of Mind*, Tanney also remarks that "the philosopher's chart of the logical geography of concepts deals with the various ways in which these concepts figure in the sayings (not only the describings) of people competent in their use. Like the recipe-writer, the philosopher-cartographer will presuppose many abilities of the follower of his philosophical map." Julia **Tanney**, "Rethinking Ryle: A Critical Discussion of The Concept of Mind", in Gilbert Ryle, *The Concept of Mind*, 60th Anniversary Edition, Routledge, London 2009, p. iv.

60 **Hart**, p. v, 17.

practices by employing classificatory means.⁶¹ He reiterates this point in the *Postscript* as well:

*“My aim in this book was to provide a theory of what law is ... [it] seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense ‘normative’) aspect. ... As a means of carrying out this descriptive enterprise my book makes repeated use of a number of concepts such as duty-imposing rules, power-conferring rules, rules of recognition, rules of change, acceptance of rules, internal and external points of view, internal and external statements, and legal validity. These concepts focus attention on elements in terms of which a variety of legal institutions and legal practices may be illuminatingly analyzed and answers may be given to questions, concerning the general nature of law, which reflection on these institutions and practices has prompted.”*⁶²

In both excerpts above, both Ryle and Hart declare that they will busy themselves with the clarification and interrelations of certain concepts in their respective fields. Hart especially makes explicit that his inquiry is going to focus on the explanation of the nature of law in general. He dismisses the perennial pursuit of previous jurists going after a definition for law by genus and differentia to uncover its essence by which the proper use of law can be tested. For him, such a pursuit would prove to be neither possible nor useful on account of the peculiar aspects of modern law.⁶³

Being the scholar who employed the method of conceptual analysis by far the most extensively in his works, Raz holds the aim of the application of this method to the concept of law to be “improv[ing] our understanding of the nature of law”⁶⁴ and to “reveal the nature of the law.”⁶⁵ According to him, a concept picks out certain aspects of the world and the concept of law picks out “a type of social institution,” -the phenomenon of law- in society which is “entrenched in our society’s self-understanding.”⁶⁶ Yet, a concept is distinct from a word and phrase we use in daily discourse and,

61 Ian P. Farrell, “H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence”, *Texas Law Review*, Vol. 84, 2006, p. 1008.

62 Hart, p. 239-240, (emphases added).

63 Hart, p. 14, 246.

64 Raz, “Can There be a Theory of Law?”, p. 31.

65 Raz, “Can There be a Theory of Law?”, p. 24.

66 Raz, “Can There be a Theory of Law?”, p. 31.

therefore, the explanation of a concept is an attempt different than the explanation of the meaning of a word or phrase.⁶⁷ “Explaining a concept,” he proceeds, “is close to explaining the nature of what it is a concept of.”⁶⁸ Thus, the explanation of the concept of law amounts to an explanation of the nature of the phenomenon of law. On this point, Raz stipulates two conditions to fulfil for a successful explanation of the concept of law. It has to, first, “*explain* what the law is” and, second, advance propositions “which are *necessarily* true” about the features of law.⁶⁹ To the exposition along these lines of his construal of what the method of conceptual analysis in law amounts to, Raz drops two crucial remarks that expand his take on this method by exclusion of two mistaken attributions from its scope. In his bid to demarcate the boundaries of conceptual analysis of law, he reprimands the adoption of “lawyers’ perspective ... the inclination to identify the theory of law with a theory of adjudication” for being “short-sighted” and “an arbitrary starting-point”.⁷⁰ A lawyer’s main interest lies in promoting his client’s interest for which it is eminently instrumental to master the working logic of adjudication in actual practice. No matter how important this is for stakeholders to the litigations in courts, it cannot mean the reduction of the analysis of the nature of law into that of adjudication. In Raz’s words:

“It is entirely appropriate to make [the legal profession and ... the judicial system] ... the object of a separate study ... It is, however, unreasonable to study such institutions exclusively from the lawyer’s perspective. ... [L]egal philosophy, especially when it inquires into the nature of law, must stand back from the lawyer’s perspective, not in order to disregard it, but in order to examine lawyers and courts in their location in the wider perspective of social organization and political institutions generally.”⁷¹

Having thus detached the study of the nature of law via conceptual analysis from the study of the adjudication, Raz brings into sharp relief the non-involvement of the analysis of adjudication in actual practice to the aim of the conceptual analysis of law. At another point, he repudiates the tendency of assessing the merits of a conceptual analysis of law with

67 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 18-19; Joseph **Raz**, “The Problem about the Nature of Law”, in *Ethics in The Public Domain: Essays in The Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, New York 1996, p. 196-197.

68 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 24.

69 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 17, (emphases by Raz).

70 **Raz**, “The Problem about the Nature of Law”, p. 208-209.

71 **Raz**, “The Problem about the Nature of Law”, p. 203-204.

the eligibility of its findings to be put into practical service in adjudication. His view is that the success of conceptual analysis of law can be measured only by its contribution to attaining an “improved understanding of society,” not by “its theoretical sociological fruitfulness.”⁷² It aspires to no immediate practical use for litigations. Rather, it seeks to draw the general socio-legal framework that any court decision sits in. Apropos of this point, Raz is well-known for his analysis of the concept of law and the practical authority that each instance of legal rule and court decision enjoys within the wider context of action theory and practical reasoning. For court decisions to have the force of authority, courts do not need to discuss in every instance of their decisions and justify this force in addition to discussing the substance of the case at their hands. The authority of court decisions picks up a social fact recognized by the socio-political context they lean against which found its nuanced articulation in Raz’s oeuvre.

Jules L. Coleman and Scott J. Shapiro are other prominent analytic jurists who employ the method of conceptual analysis in their works and whom we can invoke in identifying the purpose of employing this method in law. None of them counts among the purposes of conceptual analysis the business of bringing light to how the courts act in deciding cases in the practice. Of the purposes Coleman specifies are to “uncover[...] necessary truths about our concept of law,”⁷³ “to rationalize the concept by articulating criteria for its use that enable us to be more precise,”⁷⁴ and in more precise terms to locate “how central moral and political argument is to retrieving the content of our concept of law.”⁷⁵ He drives a wedge between the questions of interest to conceptual jurisprudence and the questions of interest to social and natural scientists.⁷⁶ By his lights, whereas legal practice may greatly benefit from the method of social and natural sciences in virtue of bringing out how judicial decision-making really works as in the case with Leiter’s project,⁷⁷ the most profit-

72 Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality”, in *Ethics in The Public Domain: Essays in The Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, New York 1996, p. 237.

73 Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, New York 2001, p. 173.

74 Coleman, *The Practice of Principle*, p. 178.

75 Coleman, *The Practice of Principle*, p. 198.

76 Jules L. Coleman, “Methodology”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Ed by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro, Oxford University Press, New York 2002, p. 347, 350.

77 Coleman, *The Practice of Principle*, p. 211.

able contribution of conceptual analysis to the legal practice can be helping us with understanding it “by providing an analysis of the concepts that are central to it”⁷⁸ such as the concepts of legal authority and normativity peculiar to it,⁷⁹ or distinction of validity from legality.⁸⁰ 39. Closely parallel to others above, Shapiro holds the “specific purpose”⁸¹ of engaging in the conceptual analysis of law to be “elucidat[ing] the identity of the entity [law].”⁸² He characterizes this undertaking as “an exercise in rational reconstruction”⁸³ of the “totality of our reactions”⁸⁴ about the law in the hope of laying bare some “obvious truths”⁸⁵ or “necessary truths about the law.”⁸⁶ This is an elimination process in which “some of our views”⁸⁷ are left out of account and the ones “which we assign a higher priority”⁸⁸ are chalked up to the nature of law. From among the objects of analysis, Shapiro counts the function of basic legal institutions, the moving logic of legal norms and legal authority, the motivation behind law-complying behavior and the objectivity of legal knowledge.⁸⁹ At one point, he even concedes the essential bearing the conceptual analysis of law has on the adjudication of particular cases at the courts.⁹⁰ Yet he does not go so far as to include the business of the elucidation of how adjudication actually works into the province of this method. His acknowledgement of this relevance is confined to the dependence of finding out what the law is in a case on the “know[ledge of] certain philosophical truths about the nature of law in general”⁹¹ that conceptual analysis sets out to bring out such as the rule-governed and authoritative functioning of law.

The conceptual jurists I discussed here join each other in not identifying the aim of conceptual analysis of law to provide ready-to-use legal information to meet a practicing lawyer’s day-to-day need of finding

78 Coleman, *The Practice of Principle*, p. 175.

79 Coleman, *The Practice of Principle*, p. 118-119.

80 Coleman, “Methodology”, p. 350.

81 Scott Shapiro, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2011, p. 13.

82 Shapiro, p. 13.

83 Shapiro, p. 17.

84 Shapiro, p. 17.

85 Shapiro, p. 16.

86 Shapiro, p. 31.

87 Shapiro, p. 17.

88 Shapiro, p. 17.

89 Shapiro, p. 15.

90 Shapiro, p. 31.

91 Shapiro, p. 25.

out the causal relationship holding between the facts of cases and the judges's possible response to them with a view to increase the predictability of the courts decisions. Rather, their common sight in employing this method is set on explaining the underlying working logic of the practical phenomenon of law we construct as part of our social world from a theoretical perspective. Whilst this aim comprises explaining the legal-practical framework any particular judicial decision builds on, it also reaches beyond the courtroom by making sense of the unique and privileged placement of law in our practical reasoning of daily lives vis-à-vis other normative sources of action such as morality.

B. Modality of Arguments: Necessity vs. Contingency

We have seen above that the main objective of analytic jurisprudence in employing the method of conceptual analysis is to arrive at some necessary truths about the nature of law. This was picked up by Leiter as a point of attack against which he argued that the method in its form employed by them is incapable of achieving this objective and can bring out only local, contingent truths in all likelihood because of its reliance on the theorist's intuitions. In metaphysical sense, the notion of necessity is a property attached to a proposition if the content of the proposition singles out a truth about the object of that proposition (1) that is always true irrespective of changing circumstances (2) that makes the object what it is and without which it would not be the same object the proposition singles out. A necessary property is intrinsic to the nature of the object concerned. By contrast, the notion of contingency refers to a property of the object non-essential to its nature and the object preserves its existence in its absence.

We are unable to see a discussion of the place of necessity claims in conceptual analysis of law in Hart's account of "the nature of law".⁹² What we can do is to identify whether his well-known theses bear this property. Here we can see that only a few of those theses are marked by necessity against the majority of them carrying a contingent character. First to state, Hart makes a distinction between "the pre-legal" and "the legal"⁹³ organization of social order and he confines his account of law to the latter, "modern municipal legal system."⁹⁴ This confinement suggests that his conceptual theses apply only to the legal systems that emerged after a certain historical period and their truth is time-relative. This results in all of

92 Hart, p. 2.

93 Hart, p. 42, 117, 170.

94 Hart, p. 100.

his theses about the nature of law having a contingent character in advance. In the context of the positivist stance on the relationship between law and morality, Hart avoids the necessity of the separation thesis and recognizes a possible cooperation between law and morality in identifying the content of the rule of recognition contingent on social practices.⁹⁵ In another thesis of his, concerning the existence of a legal system, Hart frees individuals from adopting the internal point of view towards the primary rules of legal system and accommodates their compliance with this type of rules out of a plurality of motives or no motive at all.⁹⁶ Above all, notwithstanding Hart views his foremost thesis of the law as the union of primary secondary rules as the “most illuminating[...],”⁹⁷ “the most fruitful”⁹⁸ way to explain the nature of law, he refrains from committing himself to identify this union as a necessary property of the phenomenon of law. Rather, he embraces this view on account of its “great explanatory power”⁹⁹ concerning the central instances of modern legal system. He states this non-necessary status of this union in the following:

“We shall not indeed claim that wherever the word ‘law’ is ‘properly’ used this combination of primary and secondary rules is to be found; for it is clear that the diverse range of cases of which the word ‘law’ is used are not linked by any such simple uniformity, but by less direct relations - often of analogy of either form or content- to a central case.”¹⁰⁰

When it comes to Hart’s claims of necessity on the nature of law, first we see him advancing negative necessity claims in refutation of Austin’s account. Categorically, Hart rejects Austin’s contentions seeking to account the various aspects of law around the simple ideas of order backed by threats, and habitual obedience toward unlimited sovereign because of their failure in explaining the *modus operandi* of today’s municipal legal system.¹⁰¹ From among his positive necessity claims, the necessity which was not sought in the adoption of the internal point of view by individuals towards the primary rules of obligation is sought in the adoption of the internal point of view by officials towards secondary rules of the conferral of power. Concerning these secondary rules with a special emphasis on

95 Hart, p. 204, 247, 269.

96 Hart, p. 116, 203.

97 Hart, p. 94.

98 Hart, p. 117.

99 Hart, p. 155.

100 Hart, p. 81.

101 Hart, p. 81.

the rule of recognition, Hart takes it to be a “logically a necessary condition” for the existence of a legal system that they “must be regarded from the internal point of view as a public, common standard of correct judicial decision.”¹⁰² Another thesis of his standing as a claim of necessity is his thesis of the minimum content of natural law comprising of “elementary truths concerning human beings, their natural environment, and aims” that any legal system “must contain if it is to be viable.”¹⁰³

Only in Hart’s disciples can we come to see the discussion of the place of necessity claims in conceptual analysis. Raz regards such claims intrinsic and indispensable to this method, and argues that a successful theory in explaining what the law is must contain propositions “which are *necessarily* true.”¹⁰⁴ Exemplifying this ambition, his authority thesis contends that a claim to the legitimacy of the authority exercised by a legal system in force is necessarily included to the law’s nature.¹⁰⁵ Raz takes the construction of the necessity claims as the primal task of analytic legal philosophy:

“the assumption of universality according to which it is a criterion of adequacy of a legal theory that it is true of all the intuitively clear instances of municipal legal systems. Since a legal theory must be true of all legal systems the identifying features by which it characterizes them must of necessity be very general and abstract. It must disregard those functions which some legal systems fulfil in some societies because of the special social, economic, or cultural conditions of those societies. It must fasten only on those features of legal systems which they must possess regardless of the special circumstances of the societies in which they are in force. This is the difference between legal philosophy and sociology of law. The latter is concerned with the contingent and with the particular, the former with the necessary and the universal. Legal philosophy has to be content with those few features which all legal systems necessarily possess.”¹⁰⁶

Bold as it is in its sharp universalist aspiration, this passage gives rise to a dissonance with Raz’s take on the method of conceptual analysis. We saw above that in explaining this method Raz referred to “our own self-understanding. ... part of the self-consciousness of our society”¹⁰⁷ that we

102 Hart, p. 116.

103 Hart, p. 193.

104 Raz, “Can There be a Theory of Law?”, p. 17, (emphasis by Raz).

105 Raz, “Authority, Law, and Morality”, p. 215.

106 Joseph Raz, “The Institutional Nature of Law”, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 2009, p. 104-105.

107 Raz, “Can There be a Theory of Law?”, p. 31.

study when we study the nature of law. This seemed to run the risk that the study on the nature of law picked out our concept of law would result more in locally contingent truths rather than universally necessary ones.¹⁰⁸ How does Raz reconcile the place of the social basis of law with the universalist aspiration of conceptual analysis in the discussion of necessity?

At the bridge leading from the local to the universal Raz treads lightly. He avoids the temptation of early assumption that one's conceptual analysis on the nature of law attains universal truth on a platter and warns against making necessity claims on the nature of law can lead one to prefer the universal side over the local and vice versa.¹⁰⁹ He is of the view that a successful theory of law has both "parochial" and "universal" aspects.¹¹⁰ He uses the term "the concept of law" in the context of the parochial aspect of law and the term "the nature of law" in the context of its universal aspect. The throughline of his chain of thought is that the cultural perceptions of a society inform its concept of law, and to the extent that cultures differ so can their concepts of law.¹¹¹ Even more, he thinks it is possible for some culture to have a legal system and yet lack the concept of law.¹¹² What this cultural dependency of the conceptual analysis of law turns on is one's inquiry into the nature of law being necessarily informed by his cultural concept of law and legal institutions. Raz concedes that on one level the fact that the difference in cultures ensues different concepts of law renders one's claims of conceptual necessity on the nature of law "only nominally universal"¹¹³ and dashes one's universalist aspirations by having him face the plurality of parochial contingencies in approaching the nature of law.¹¹⁴ Yet, this must not come to mean the recognition of the uniqueness of each and every instance of cultural concepts of law and the impossibility of theorizing on the nature of law beyond one's culture. From this level, he maintains that the nature of legal institutions and practices located in some society's concept of law are generally found in some other societies as well;¹¹⁵ in this sense, the concept of law turns on being a "culture-transcending concept[...]"¹¹⁶ that can pool up different cultural

108 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 31-32.

109 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 32.

110 Raz, "On the Nature of Law", p. 92.

111 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 25, 32.

112 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 38, 40-41.

113 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 36.

114 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 32.

115 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 32.

116 Raz, "Can There be a Theory of Law?", p. 46.

concepts of law on the basis of “relations of similarity [...] or of a common origin.”¹¹⁷ Availing himself of this route, he admits that his conceptual analyses proceed from the commonality of concepts of law “developed in the West in modern times.”¹¹⁸ While conceptual analysis takes its material from some cultural –or, cross-cultural– sources, its findings seek to be universal in truth. Raz phrases this point in the following:

“I have argued that while the concept of law is parochial, legal theory is not. Legal theory can only grow in cultures which have the concept of law. But its conclusions, if valid at all, apply to all legal systems, including those, and there are such, which obtain in societies which do not have the concept of law.”¹¹⁹

Why not confine the validity of our conceptual findings on the nature of law to only our concept of law, i.e. our legal institutions and practices and recognize that beyond our cultural borders the nature of law can appear in a form different from ours? Why the need to settle for one and only nature of law true for every culture possible and not allow the natures of law? Raz’s emphasis on the universal applicability of conceptual truths about law does not suggest that findings of conceptual analysis growing of one’s culture are granted mind-independent and timeless validity. He suggests that a theorist’s understanding of the concepts of law of other cultures can be accomplished only through relating their legal practices to his concept of law.¹²⁰ Besides, Raz makes explicit that conceptual analysis’s aim to find out necessary truths about law does not imply “a craving for permanence”¹²¹ of those truths. He concedes that conceptual truths of a society are subject to change as the legal practices undergo changes.¹²² As different cultures can have different conceptual truths about law in the present time, conceptual truths of some culture are liable to change over time. As a case on his point, Raz marked the findings of his analyses of law to be pertaining to modern and Western legal practices. These suggest that the talk of necessary truths about the nature of law in conceptual analysis builds on time- and place-relative, contingent legal institutions and practices of societies. Coleman brings this contingent background Raz’s chain of argumentation stands on more clearly into view:

117 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 32.

118 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 33.

119 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 41.

120 **Raz**, “On the Nature of Law”, p. 96.

121 **Raz**, “On the Nature of Law”, p. 99.

122 **Raz**, “Can There be a Theory of Law?”, p. 25; **Raz**, “On the Nature of Law”, p. 98-99.

“The descriptive project of jurisprudence is to identify the essential or necessary features of our concept of law. No serious analytic legal philosopher –positivist or interpretivist– believes that the prevailing concept of law is in any sense necessary: that no other concept is logically or otherwise possible. Nor do we believe that our concept of law can never be subject to revision. Quite the contrary. Technology may someday require us to revise our concept in any number of ways. Still, there is a difference between the claim that a particular concept is necessary and the claim that there are necessary features of an admittedly contingent concept.”¹²³

As can be seen from the foregoing discussion, conceptual analysts’ ambition of establishing necessary truths about the nature of law is far from pretending to deliver ever-valid truths independent of sociological realities. In Hart’s account, necessity claims about law were quite few and outnumbered by his claims of contingent truths. Raz and Coleman gave more voice to the contingent ground of their necessity claims. These theorists’ self-aware theoretical activities show that Leiter’s attribution to their undertakings in the discussion of necessity is misguided.

C. The Role of Intuitions: A Priori vs. A Posteriori

It is the place the conceptual jurists give to their intuitions in finding out the necessary truths about law that picks up the most important part of Leiter’s objections against employing conceptual analysis. He argued that since conceptual jurists do not follow a posteriori method of naturalism in their inquiries, what they are left with in advancing arguments is nothing but to resort to their a priori intuitions which are presumed to be true without being warranted by empirical evidence. Surely, conceptual jurists do not claim to be making empirical investigation in their inquiries. Yet, does their reliance on intuitions necessarily mean that they are far away from grasping the social reality of the concept they analyze?

Hart’s epistemological commitment is surely to his intuitions about law as a social phenomenon. He makes clear that he bases his findings about the nature of law heavily on the folk conception of law:

123 Jules L. Coleman, “Incorporationism, Conventionality and The Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, Vol. 4, 1998, p. 393, n. 24. On the revisability of conceptual theses, also see Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul 2019, p. 311.

“The starting-point for this clarificatory task is the widespread common knowledge of the salient features of a modern municipal legal system which ... I attribute to any educated man.”¹²⁴

Hart regards the knowledge of some basic aspects of law¹²⁵ that legal practice operates on as an inseparable part of a successful education. The empirical knowledge of artefactually enacted legal rules in modern states implies the anti-essentialist character of Hart’s theory that keeps him distant from solely a priori reasoning which divides the knowable world into worlds of form and ideas in Platonic sense or noumenal and phenomenal realms of existence in Kantian sense. What he is getting at by referring to the knowledge of a model educated man in theorizing about the concept of law is to suggest that the commonly shared understandings and commitments about legal practice and institutions in society constitute the empirical ground of his findings. Intuitions on the common understandings of people in making conceptual arguments have a role to play also in Hart’s semantic investigations which plays a small part in his methodology. In his discussion of the internal point of view towards legal rules, he states that the common approach of people towards the existence of legal rules is marked by expressing the requirements of legal rules with the addition of modal verbs of ‘should,’ ‘ought to’ and ‘must’ which they do not use in the case of randomly convergent behavior.¹²⁶ The deference to the common understandings is at work also in his explication of the attitude of people in the use of the notion of legal obligation which is generally assumed to be leaning against the existence of a legal rule and of being obliged by brute force devoid of the support of a legal rule.

Beside drawing on the common usage of terms relevant to law, Hart can also be said to be engaging in empirical observation on the operation of legal systems and the functions of legal rules.¹²⁷ The facts of this empirical observation are the laws of a legal system. As the foremost example of this, his thesis on the legal system consisting of primary and secondary

124 **Hart**, p. 240.

125 These are roughly the following truisms about law: “(i) rules forbidding or enjoining certain types of behaviour under penalty; (ii) rules requiring people to compensate those whom they injure in certain ways; (iii) rules specifying what must be done to make wills, contracts or other arrangements which confer rights and create obligations; (iv) courts to determine what the rules are and when they have been broken, and to fix the punishment or compensation to be paid; (v) a legislature to make new rules and abolish old ones.” **Hart**, p. 3.

126 **Hart**, p. 10.

127 Michael **Giudice**, *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts 2015, p. 99.

rules in refutation of the Austinian unidimensional view of rules -as orders backed by threats- derives its inspiration from the constitutive features of legal rules with diverse functions to perform in the modern instances of legal system. Hart's intuition in introducing this thesis is that the functional pluralism observed in different legal rules reflects more accurately what is the case in the social reality of modern legal systems. This functional pluralism can be easily demonstrated via written legal sources such as constitution which features constitutional and statutory amendment provisions and statutes which include various types of procedural laws, and substantive laws that regulate non-official human behavior in diverse matters. The most controversial type of these rules in Hart's taxonomy, the rule of recognition that provides the ultimate criteria of validity of legal rules is not presented as a logical necessity that must be presumed in the chain of validity à la Kelsen; rather, his claim is that it refers to a social fact formed by the common attitudes of individuals. In Hart's words:

"In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense 'exist' even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."¹²⁸

Raz turns out to be quite reticent in making clear remarks on the epistemology he follows. As seen earlier, he repeatedly states the main point of conceptual analysis lies in capturing the self-understanding of a society concerning the existence and operation of law. Though this leaves us with the expectation that he should have been explicit about evidentiary support to his conceptual claims about society's self-understanding, Raz remains almost always silent. On the only occasion where he seems to reject the solely a priori inventions of the theorist concerning the legal phenomena:

"The notion of law as designating a type of social institution is not, however, part of the scholarly apparatus of any learned discipline. It is not a concept introduced by academics to help with explaining some social phenomena. Rather it is a concept entrenched in our society's self-understanding. It is a common concept in our society and one which is not the preserve of any specialized discipline. It is used by each and all of us to mark a social institution with which we are all, in various ways, and to

128 Hart, p. 110.

various degrees, familiar. ... *The identification of a certain social institution as law is not introduced by sociologists, political scientists, or some other academics as part of their study of society.* It is part of the self-consciousness of our society to see certain institutions as legal.”¹²⁹

Though this passage is far off from providing a clear view of Raz’s standpoint on the evidentiary source of his conceptual arguments, he seems to suggest that his investigation into the nature of law is external to himself and the way the concept of law is understood by the society provides him with the empirical ground for his theses. At any rate, it would be wrong to conclude that Raz relies on a priori reasoning; rather, charitable reading of his works dictates that his conceptual arguments are “best understood as claims of a posteriori necessary truth.”¹³⁰ As for Coleman, he lays emphasis on the a posteriori character of the conceptual theorist’s intuitions by making room for possible cooperations with social sciences. Arguing against the view that conceptual analysis of law proceeds through a priori reasoning oriented to identify a priori truths, he holds that this method is anchored in the empirical realm. The phenomenon the concept designates is the point of departure in this investigation and theorist out-sources himself through other more empirical research fields.¹³¹ He states that:

“Economists, historians, sociologists, political scientists, and anthropologists all study law—both from the internal and from external points of view. ... By attending to these inquiries outside of or beyond philosophy, we can obtain a rich and valuable picture of the forms of governance and organization that have been characterized as constituting law in different times and places, and under very different circumstances. ... In the end the purposes of philosophical inquiry need not, and probably will not, fully coincide with all of the purposes of the social sciences; but a satisfactory philosophical account should be continuous with these more naturalistic inquiries.”¹³²

Leiter’s discrediting of conceptual analysis with the charge of its reliance on a priori intuitions is unfounded. In the examples of Hart, Raz and Coleman, the empirical ground of their conceptual arguments about the nature of law is found in the legal practices of the society they inhabit. They are not outsiders to the way law operates in their society. All being

129 Raz, “Can There be a Theory of Law?”, p. 31, (emphasis added).

130 Giudice, p. 102.

131 Coleman, *The Practice of Principle*, p. 179.

132 Coleman, *The Practice of Principle*, pp. 200-201.

trained lawyers-turned-philosophers, they have professionally acquired knowledge of the basics of law and are sufficiently aware of how legal practices are sustained in their society. In pursuing answers to the questions about the nature of law, the intuitions they rely on are sociological intuitions they develop being lawyers and members of the society of which they analyze the concept of law. Working through this kind of intuitions in advancing conceptual arguments is suited enough to the legal-theoretical questions they set out to answer. Their questions are of little concern for someone who is out for up-to-date knowledge over some substantial-practical legal dispute. Leiter's suggestion of the naturalization of law finds its main use in adjudication that deals with such questions brought to a court's attention. However, the questions conceptual jurists raise about the nature of law such as constitutive conditions of a legal system, normativity, authority, validity, legal obligation, connection between law and morality etc. have more to do with the socio-historical reality of law, notwithstanding this meaning no denial of these questions having some remote connection to legal practice at all. Leiter's suggestion of the a posteriori method of naturalism calls for reliance on hard evidence to establish social scientific truths on these questions. Recourse to this method in answering them has the possibility of enriching our legal-theoretical knowledge it must prove. Its findings can bring support or disprove the findings of the conceptual analyses of law and conceptual jurists can make good use of hard-empirical findings in revising their arguments. Besides, their acknowledgement of possible changes in social practices leading to a change in their conceptual arguments counts in favor of their leaning more towards a posteriori theory construction. Absent the use of naturalist methodology with the traditional questions of the conceptual analysis of law, the sociological intuitions of conceptual jurists remain to provide a softer a posteriori basis for their undertakings for the time being.

CONCLUSION

Located properly, Leiter's project is particularly well suited to serve the consequentialist needs of legal practice and in this respect is worthy of appreciation. It addresses the empirically more observable aspect of law and can produce practical knowledge in the service of lawyers to respond to their clients more efficiently by increasing the chance of predictability of court decisions. His effort to bring social science-oriented methodology to law is not unprecedented, though. It stands next to the "Law and Society Movement" and "The Law and Social Science Research Project" that

emerged in the middle of the 20th century. The scholars involved in the Law and Society Movement sought to find out what law does rather than what law ought to do and claimed that law, legal institutions and legal practices could be explained only by observation as objects of social sciences.¹³³ The latter project conducted empirical research on the tax system, commercial arbitration and jury system. Especially, the studies regarding the jury system were credited for inspiring a new tradition of interdisciplinary research in law and social science. Also, the division of labor employed on that project formed a paradigm for future projects involving the cooperation of lawyers with social scientists.¹³⁴ By his naturalist project, Leiter has laid a robust philosophical foundation for such research programs and paves the way for establishing causal and effect type norms at work in the legal practice.

But Leiter's defamation of conceptual analysis in general suggests that he aims more than the naturalization of understanding the adjudication. As noted above, he is optimistic that even the questions about the nature of law may be settled via empirical sciences. As of theoretical matter, it does not seem to be a tenable project in which the questions conceptual jurists have sought to answer are asked to laymen or even to some extent to judges and draw conclusions about the nature of law. Those questions require one to have encompassing professional-theoretical knowledge across the jurisprudential board and are not likely to be settled through opinion polls. As Giudice righteously warns, Leiter should not expect anyone to abandon the conceptual method of general jurisprudence on such a priori ground without demonstrating the productivity of his proposal.¹³⁵ Even if he succeeds in such a project to a certain degree, the result would be a particular jurisprudence and he would face the same charges he directs at conceptual analysis of being a banal descriptive sociology of the Gallup-poll variety¹³⁶ devoid of timeless truths.¹³⁷ As Coleman puts it, it

133 Susan S. Silbey, "Law and Society Movement", *Legal Systems of The World: A Political Social and Cultural Encyclopedia*, Ed. By Herbert M. Kritzer, Vol. II, 2002, Santa Barbara, California: ABC-CLIO, p. 860.

134 Rita J. Simon/James P. Lynch, "The Sociology of Law: Where We Have Been and Where We Might Be Going", *Law & Society Review*, Vol. 23, No. 5, 1989, p. 828.

135 Giudice, p. 59.

136 Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate", p. 177.

137 Brian Leiter/Ronald J. Allen, "Naturalized Epistemology and the Law of Evidence", *Virginia Law Review*, Vol. 87, No. 8, 2001, p. 1496.

is doubtful that social scientific methods can deliver the goods in the way natural science has.¹³⁸

By presenting the views of contemporary conceptual jurists, I intended to give a more accurate description of conceptual analysis employed in legal theory than Leiter's tainted construal of it. What those views reveal is that conceptual analysis is neither a dead end nor out of fashion unlike what Leiter argues for. An important point to emphasize about the method is that it should be evaluated under the light of the theses asserted by its adherents, not by exaggerations they do not pursue. Misreading the views of theoretical opponents is not an unknown practice in legal theory in a bid to push one's own agenda.¹³⁹ But this should not conceal the obvious facts about the views of their opponent's methodology.

First, analytic jurists seek to explain the nature of law from a theoretical point of view using philosophical tools available. They neither claim to conduct social science research nor despise empirical methods. Rather, they are open to making use of their hard evidenced findings to bolster their conceptual arguments. Their inquiries about law are prompted by theoretical curiosity to help us better understand the normative phenomenon of law with no expectation of immediate practical payoff. It raises questions which can hardly find room to be discussed in courtrooms in their routine activities of judging cases.

As to the modality of their arguments, the susceptibility of the method to the changes social practices undergo proves false that analytic jurists seek a priori truths about law and related concepts. An accurate description of the enterprise requires us to recognize that they pursue to uncover the necessary truths supervenient upon contingent social facts. As we have seen above, a great majority of their theses are best understood as a posteriori necessary truths upon contingent grounds.

It must be noted that the findings of conceptual analysis with these characteristics can neither be proven strongly nor be refuted easily as in the case of the findings of natural sciences. Some conceptual arguments may explain some part of our social experience with a greater explanatory capacity, while others can succeed in this only to a lesser extent. They address the faculty of common sense of civic people with a fair knowledge on the working logic of law in modern societies. The conceptual arguments stand as proposals open to both confirmation and refutation by other

138 Coleman, "Methodology", p. 350.

139 It is known that Hart dedicated the *Postscript* mostly to restate and clarify his original methodological commitments against Dworkin's misinformed criticisms.

theorists. Their truth hinges on their capacity to survive in the face of counter conceptual arguments in scholarly discussions that many theses of Austin failed to come to this day.

BIBLIOGRAPHY

- Arıkan**, Engin, *Sert Pozitivizm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Austin**, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, New York 2001.
- Coleman**, Jules L., “Incorporationism, Conventionality and The Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, Vol. 4, 1998, pp. 381-425.
- Coleman**, Jules L., “Methodology”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Ed by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro, Oxford University Press, New York 2002, pp. 311-351.
- Coleman**, Jules L., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, New York 2001, (The Practice of Principle).
- Cotterrell**, Roger, “Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy”, *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, Vol. 5, No. 1, 2014, pp. 41-55.
- Dickson**, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2001.
- Dworkin**, Ronald, *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, New York 1986.
- Farrell**, Ian P., “H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence”, *Texas Law Review*, Vol. 84, 2006, pp. 983-1011.
- Giudice**, Michael, *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts 2015, (Understanding the Nature of Law).
- Hart**, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York 1994.
- Jackson**, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford University Press, New York 2000.
- Kant**, Immanuel, *Critique of Pure Reason*, Trans. and Ed. by Paul Guyer, Allen W. Wood, Cambridge University Press, Cambridge 1998.
- Leiter**, Brian, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, New York, pp. 153-181, (Beyond the Hart/Dworkin Debate).
- Leiter**, Brian, “From Legal Realism to Naturalized Jurisprudence”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, pp. 1-8.

Leiter, Brian, “Is There an “American” Jurisprudence?” in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American, Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2007, pp. 81-102.

Leiter, Brian, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, pp. 121-135.

Leiter, Brian, “Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches”, *The Future of Naturalism*, Ed. by John R. Shook, Paul Kurtz, Humanity Books, New York 2009, pp. 197-207.

Leiter, Brian, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York pp. 15-58, (Rethinking Legal Realism).

Leiter, Brian, “Science and Methodology in Legal Theory”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, pp. 183-199.

Leiter, Brian, “Why Quine is not a Postmodernist”, in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2007, pp. 137-151.

Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York 2007.

Leiter, Brian/Allen, Ronald J., “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence” *Virginia Law Review*. Vol. 87, No. 8, 2001, pp. 1491-1550.

Marmor, Andrei, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, ed. by Wil Waluchow, Stefan Sciaraffa, Oxford University Press, Oxford 2013, pp. 209-229.

Murphy, Liam, “The Political Question of The Concept of Law”, *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed. by Jules Coleman, Oxford University Press, Oxford 2001, pp. 371–409.

Perry, Stephen, “Hart’s Methodological Positivism” *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed. by Jules Coleman, Oxford University Press, Oxford 2001, pp. 311–354.

Quine, Willard Van Orman, “Two Dogmas of Empiricism”, in *From a Logical Point of View: Logico-Philosophical Essays*, 2nd revised ed., Evanston, Harper Torch Books, New York 1963, pp. 20-47.

Raz, Joseph, “Authority, Law, and Morality”, in *Ethics in The Public Domain: Essays in The Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, New York 1996, pp. 210-237.

Raz, Joseph, “Can There be a Theory of Law?” in Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, New York 2009, pp. 17-46.

Raz, Joseph, “The Institutional Nature of Law”, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 2009, pp. 103-121.

Raz, Joseph, “The Problem about the Nature of Law”, in *Ethics in The Public Domain: Essays in The Morality of Law and Politics*, New York, Oxford University Press, Oxford 1996, pp. 195-209.

Ryle, Gilbert, *The Concept of Mind*, 60th Anniversary Edition, Routledge, New York 2009.

Shapiro, Scott, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2011.

Silbey, Susan S., “Law and Society Movement”, *Legal Systems of The World: A Political Social and Cultural Encyclopedia*, Ed. By Herbert M. Kritzer, Vol. II, ABC-CLIO, Santa Barbara, California, 2002, pp. 860-863.

Simon, Rita J./**Lynch**, James P., “The Sociology of Law: Where We Have Been and Where We Might Be Going”, *Law & Society Review*, Vol. 23, No. 5, 1989, pp. 825-847.

Tamanaha, Brian, “What is ‘General’ Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 2, No. 3, 2011, pp. 287-308.

Tanney, Julia, “Rethinking Ryle: A Critical Discussion of The Concept of Mind”, in Gilbert Ryle, *The Concept of Mind*, 60th Anniversary Edition, Routledge, London 2009.

“Gilbert Ryle”. Available online at <https://plato.stanford.edu/entries/ryle/> C.O. 10.10.2024.

“Karl Popper”. Available online at <https://plato.stanford.edu/entries/popper/> C.O. 03.12.2024.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

Afrika İnsan Hakları Sisteminde Yerli Halkların Toprak Talepleri: Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarının Karşılaştırılması

Indigenous Peoples' Land Claims in the African Human Rights System: A Comparative Analysis of the Endorois (2010) and Ogiek (2017 & 2023) Decisions

Öğr. Gör. Dr. Hande SAPMAZ*

10.60002/ebyuhfd.1658719

ÖZ

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin 2023 Ogiek tazminat kararı, bölgesel bir yargı organı tarafından yerli halkların lehine ilk kez alındığı için emsal teşkil etmektedir. Kararın bu niteliği, çalışmanın Kenya'daki yerli halkların toprak taleplerinin Afrika İnsan Hakları Sisteminin ana aktörleri tarafından nasıl yönetildiği ve sistemde yerli halkların toprak taleplerine ilişkin nasıl bir tutum değişikliği yaşandığı sorularına cevap aramasına neden olmuştur. Çalışma, birincil ve ikincil kaynaklardan yararlanarak konuya ilişkin hukuki kararları analiz

* Mardin Artuklu Üniversitesi, Proje Koordinasyon Ofisi.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 16.03.2025 | **Kabul/Accepted:** 30.04.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Hande Sapmaz, “Afrika İnsan Hakları Sisteminde Yerli Halkların Toprak Talepleri: Endorois (2010) ve Ogiek (2017&2023) Kararlarının Karşılaştırılması”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (137-164).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

eden nitel araştırma yöntemini kullanmaktadır. Çalışmada, Sistemde yerli halkların toprak taleplerine olan yaklaşımı gösteren kararlar kapsamında (Afrika Mahkemesinin/Afrika Komisyonunun) Endorois ve Ogiek kararları karşılaştırılmaktadır. Sonuç olarak Endorois (2010) ve Ogiek (2017&2023) kararlarının benzer yönleri; hukuki dayanakları ve yükümlülükler şeklindedir. Kararların farklı yönleri; kararı veren aktör, tazminat kararının nicel olarak verilmesi, vurgulanan haklar olmak üzere sıralanabilmektedir. Neticede her bir karar ilgili yerli halkın koşullarına göre alınsa da Afrika’da yerli halkların toprak haklarına ilişkin mülkiyet hakkının kolektif bir hak olarak değerlendirilmesine ilişkin tutumun güçlendiği saptanmaktadır. Ayrıca yerli halkların haklarına ilişkin insan hakları sisteminde alınabilecek aksiyonların hükûmetlere karşı tazminat kararı almak yönünde yoğunlaştığı fark edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Afrika İnsan Hakları Sistemi, Yerli Halklar, Toprak Hakkı, Endorois Kararı, Ogiek Kararı.

ABSTRACT

The 2023 Ogiek decision of the African Court on Human and Peoples’ Rights is a precedent as its the first time that a regional judicial body has made a decision in favor of indigenous peoples. This nature of the decision led the study to seek answers to the questions of how the land claims of indigenous peoples in Kenya are managed by the main actors of the African Human Rights System and how system has changed its attitude towards indigenous peoples’ land claims. The study uses the qualitative research method, which analyzes legal decisions on the subject by using primary and secondary sources. In the study, Endorois and Ogiek decisions (of the African Court/African Commission) are compared within the scope of decisions that show the approach to indigenous peoples’ land claims in the system. As a result, the similar aspects of the Endorois (2010) and Ogiek (2017&2023) decisions are their legal basis and obligations. The different aspects of the decisions can be listed as the actor who makes decision, the quantitative provision of compensation decision, and the rights emphasized. As a result, although each decision is made according to conditions of relevant indigenous people, it is determined that the attitude towards considering property rights of indigenous peoples regarding their land rights as a collective right is strengthening in Africa. It is also noticed that actions that can be taken in the human rights system regarding rights of indigenous peoples are concentrated on making compensation decisions against the relevant state governments.

Keywords: African Human Rights System, Indigenous Peoples, Land Rights, Endorois Decision, Ogiek Decision.

GİRİŞ

Afrika Birliği Örgütü himayesinde gelişen Afrika insan hakları sistemi başlangıcından itibaren insan haklarına ilişkin geniş bir bakış açısı geliş-

tirmiştir. Sistem, sadece medeni ve siyasi hakları değil, aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ve üçüncü nesil hakları da kapsamaktadır. Afrika insan hakları sisteminin temel aktörleri ise sistemin hukuki kaynakları¹, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi kapsamında kurulan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi şeklindedir^{2 3}.

Kenya'nın en kalabalık yerli halklarından biri olan Ogiekler atalarının toprakları olarak kabul ettiği Mau Ormanı'nda yaşamaktadırlar⁴. Kenya Hükûmeti, Ogiek halkını yaklaşık 400.000 hektarlık bir alanı kaplayan Mau Ormanı'ndaki anayurtlarından zorla tahliye etmiştir. Buna yönelik Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin (AİHHM) 23 Haziran 2023 tarihli aldığı Ogiek kararı, bölgesel bir yargı organı tarafından yerli halkların lehine ilk kez alınan tazminat kararı olduğu için emsal teşkil etmektedir. Afrika insan hakları sisteminde yerli halkların toprak taleplerine ilişkin tutum değişikliğine gidilip gidilmediği, gidildiyse Ogiek halkı için 2023 kararına gelen süreçte etkili olan koşullar çalışmanın ikinci bölümünde incelenmiştir.

Kıtada insan haklarını koruma mekanizması olarak değerlendirilen Afrika Komisyonu ve Afrika Mahkemesinin Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararları, çalışmanın üçüncü bölümünde karşılaştırılarak sistemin yerli halkların toprak taleplerine yönelik tutumunun nasıl bir değişiklik sergilediği saptanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca Endorois ve Ogiek kararlarının karşılaştırılması ile yerli halkların haklarına ilişkin ilgili devlet hükûmetlerine karşı insan hakları sisteminde alınabilecek aksiyonların ne tür sonuçlar ortaya çıkarabileceği daha anlaşılır biçimde incelenebilecektir.

-
- 1 Christof **Heyns**, "The African regional human rights system: In need of reform", *African Human Rights Law Journal*, S. 1, (2001), s. 155, E.T. 20.01.2024.
 - 2 Sistemin Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi dışındaki hukuki kaynakları; Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen 1969 Sözleşmesi, Çocuk Hakları ve Refahı Afrika Sözleşmesi, Afrikalı Gençlik Sözleşmesi, Kadın Hakları Protokolü, Yaşlı Hakları Protokolü şeklinde sıralanmaktadır. Olufemi **Amao**, "The African Regional Human Rights System", *International Human Rights Law: Six Decades After The UDHR And Beyond*, Editör, Manisuli Ssenyonjo, Routledge, London 2010, s. 236.
 - 3 Çalışmada bundan sonra bunlar yerine Sözleşme, Anlaşma, Şart, Afrika Komisyonu, Komisyon, Afrika Mahkemesi ve Mahkeme ifadeleri kullanılabilir.
 - 4 Albert Kwokwo **Barume**, "Indigenous Battling For Land Rights: The Case Of The Ogiek Of Kenya, in *International Law And Indigenous Peoples*", *International Law and Indigenous Peoples*, Editör, Joshua Castellino, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2005, s. 366.

I. AFİRKA İNSAN HAKLARI SİSTEMİ VE YERLİ HALKLAR

İnsan haklarına ilişkin bölgesel düzeyde sistemlerin gelişmesi ve güçlenmesi, ilgili bölgenin ihtiyaçlarına göre bu hakların korunabilmesi için önemlidir. Afrika Birliği Örgütü himayesinde gelişen Afrika insan hakları sisteminin temel aktörleri ise sistemin hukuki kaynaklarından Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi; aktörlerinden Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu ve Afrika İnsan ve Halkların Mahkemesi şeklinde sıralanabilir⁵.

A. Afrika İnsan Hakları Sistemi ve Sistemin Ana Aktörleri

1981 yılında kabul edilen ve 1986 yılında yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, Afrika kıtası için insan haklarının gelişim serüveni açısından dönüm noktası olarak değerlendirilebilir. Üç bölümden meydana gelen Sözleşmenin “Haklar ve Ödevler” adındaki birinci kısmı, “İnsan ve Halkların Hakları” ve “Ödevler” olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır. Sözleşmenin ilk maddeleri; Sözleşmenin bağlayıcılığından, eşitlikten ve herkesin din, dil, ırk, etnik grup, renk, cinsiyet, siyasal düşünce veya başka her türlü kanaat, ulusal veya sosyal köken, servet, doğum veya herhangi bir durum ayrımı yapmaksızın Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanacağından bahsetmektedir⁶.

Sözleşmenin otuz ve altmış üçüncü maddeleri arası (ikinci kısmı) “Koruma Önlemleri” kapsamında ise “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonunun Bileşimi ve Örgütlenmesi” detaylandırılmıştır. İlk bölümde Afrika Birliği nezdinde insan ve halkların haklarını geliştirmek ve onların Afrika’da korunmasını sağlamak için Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kurulmuştur. Sözleşmenin 45. maddesinden itibaren komisyonun görevleri ve çalışma usulü detaylandırılmaktadır. Buna göre Komisyonun temel misyonu Sözleşmenin öncülüğünde insan haklarının kıtada korunmasını sağlamaktır⁷.

2006 yılında faaliyete geçen Afrika İnsan Hakları Mahkemesi, 1987’den bu yana insan hakları üzerinde kıtasal denetim uygulayan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu’nu tamamlamaktadır⁸. Nitekim

5 Heyns, s. 155.

6 “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması (Afrika Anlaşması)”, <https://achpr.au.int/en/charter/african-charter-human-and-peoples-rights>, E.T. 23.01.2024.

7 “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması (Afrika Anlaşması)”.

8 Makau Mutua, “The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?”, Human Rights Quarterly, C. XXI, S. 2, 1999, s. 342-343; Neslihan Özeler, “Afrika İnsan ve

Afrika Birliği'ne üye devletlerin iç işlerine karışmama ilkesine olan bağlılıklarıyla ilişkili olarak Afrika Komisyonu, Afrika Mahkemesine giden önemli bir merciidir. “Görüşler”, “gözlemler” veya “tavsiyeler”den meydana gelen Afrika Komisyonu’nun faaliyetleri kapsamında Sözleşmenin ihlal edilip edilmediği ve taraf devletin ihlalleri nasıl gidermesi gerektiği ileri sürülebilmektedir. Ancak, Komisyon’un kararları çoğunlukla “tavsiye” niteliğinde değerlendirilir⁹.

Protokolün yirmi yedinci maddesinde Mahkemeye ilişkin olarak, “Mahkeme, bir insan veya halkların hakkının ihlal edildiğini tespit ederse, adil tazminat veya telafi ödemesi de dahil olmak üzere ihlali gidermek için uygun emirler verir. Aşırı ciddi, acil durumlarda ve kişilere telafisi mümkün olmayan zararların önlenmesi gerektiğinde Mahkeme gerekli gördüğü geçici tedbirleri alacaktır.” ifadeleri yer almaktadır¹⁰. Mahkeme, Şart, Mahkeme Protokolü ve ilgili Devletler tarafından onaylanan diğer ilgili insan hakları araçlarının yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olarak kendisine sunulan tüm davalar ve uyuşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahiptir¹¹. Nitekim çalışmada detaylandırılan Ogiek kararı, çeşitli organizasyonların yardımıyla Ogiek halkının 2009’da Kenya’ya karşı Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu’na şikayette bulunması üzerine Komisyonun 2012’de davayı Mahkeme’ye devretmesiyle alınmıştır.

B. Yerli Halk Kavramının Tanım Problemi

Yerli halk kavramı; tanımla örtüşen grupların hukuk önünde kolektif ve bazı bireysel haklara sahip olabilmeleri için tanımlanmalıdır. Çalışma kavramın tanımlanamaması halinde hakkın süjesi olan grupların, bireylerin bazı insan haklarının ihlal edilmesine neden olabileceğini savunmaktadır. Bu nedenle çalışmada toprak talepleri incelenen Maasai, Ogiek ve Endorois halklarının da içerisinde bulunduğu yerli halk kavramı burada detaylandırılmaktadır.

José R. Martínez Cobo’nun (1972) Yerli Halklara Karşı Ayrımcılık Sorunu Üzerine adlı çalışmasına göre yerli halk kavramı şu çerçeveye yerleştirilebilir.

Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, 2017, s. 58.

9 Dan **Juma**, “Provisional Measures under the African Human Rights System: The African Court’s Order against Libya”. Wis. Int’l LJ, C. XI, S. 2, 2012, s. 350.

10 “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması (Afrika Anlaşması)”

11 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi resmi sitesi için bkz. <https://www.african-court.org/wpafc/faqs/#1587242684450-02d77748-52d0>, E.T. 20.01.2025.

“Yerli halklar, farklı bir kültür veya etnik kökene sahip kişilerin dünyanın diğer bölgelerinden gelip onları yendiği ve fetih, yerleşim veya diğer yollarla onları egemen olmayan veya sömürgeci bir duruma düşürdüğü bir zamanda, bir ülkenin mevcut topraklarında tamamen veya kısmen yaşayan halkların mevcut torunlarından oluşur; bugün, şu anda bir parçası oldukları ülkenin kurumlarından çok, kendi özel sosyal, ekonomik ve kültürel gelenek ve göreneklerine uygun olarak, esas olarak nüfusun diğer baskın kesimlerinin ulusal, sosyal ve kültürel özelliklerini bünyesinde barındıran bir Devlet yapısı altında yaşarlar¹². ”

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere yerli bir halk şu anda toplumun baskın olmayan kesiminde bulunmakta ve atalarının topraklarını ve etnik kimliklerini, kendi kültürel kalıplarını, sosyal kurumlarını ve hukuk sistemlerini varoluşlarının temeli olarak korumayı, geliştirmeyi ve gelecek nesillere aktarmayı hedeflemektedirler

Tanımda bulunan tarihsel süreklilik, aşağıdaki faktörlerden bir veya daha fazlasının günümüze kadar devam etmesi anlamına gelmektedir.

- Ataların topraklarının veya en azından bir kısmının işgali,
- Bu toprakların “önceki¹³” sakinleriyle ortak atadan gelme,
- Genel olarak kültür veya belirli tezahürler (din, kabile sistemi altında yaşama, yerli bir topluluğa üyelik, giyim, geçim araçları, yaşam tarzı vb.)
- Dil (tek dil olarak, ana dil olarak, evde veya ailede alışılmış iletişim aracı olarak veya ana, tercih edilen, alışılmış, genel veya normal dil olarak kullanılıp kullanılmadığı),

12 José R. Martínez **Cobo**, “Study Of The Problem Of Discrimination Against Indigenous Populations”, BM Dijital Kütüphanesi, (Haziran 1972), s. 10, E.T. 17.01.2025.

13 **Cobo**, s. 11. Cobo burada “asıl sakinler” ifadesine yer verse de tarih boyunca insanlar, kabileler, topluluklar hareket halindedirler. Bu nedenle bütüncül çerçeveden değerlendirildiğinde belirli bir toprağın asıl sahibi veya orijinal sahibi ifadesinden ziyade önceki sahibi ifadesi daha yerinde görülmektedir. Nitekim kendisi de aynı çalışmada “Bu çalışma, bir ülkenin veya bölgenin orijinal sakinlerinin kimler olabileceğini belirleme sorusuyla ilgilenmemektedir. Ayrıca, dünyada insanlığın gerçek bir kavşak noktası olarak kabul edilebilecek alanlar vardır; ancak, bu alanlardaki bazı ülkeler artık belirli grupları ülkenin yerli nüfusu olarak kabul etmektedir. Muhtemelen dünyada tamamen “rahatsız” edilmemiş bir nüfusa sahip hiçbir bölge yoktur; çoğu ülkede en azından mevcut sakinlerin önemli bir bölümü, bir zamanlar dünyanın diğer bölgelerinden oraya gelen insanların torunlarıdır.” diyerek bu fikri doğrulamaktadır.

- Ülkenin belirli bölgelerinde veya dünyanın belirli bölgelerinde ikamet etmek¹⁴,

2007 yılında Birleşmiş Milletler Yerli Halkların Hakları Bildirgesi'nin kabul edilmesiyle ise yerli halkların ve sorunlarının Birleşmiş Milletler sisteminde görünürlük kazandığı söylenebilmektedir¹⁵. Birleşmiş Milletler Yerli Halkların Hakları Bildirgesi'nin 33. Maddesi, bir tanımdan ziyade yerli halkların kendi kimliklerini yerli olarak kendilerinin tanımlaması gerektiği vurgulanmıştır. Bu maddeye göre;

1. Yerli halklar, kendi gelenek ve göreneklerine göre kendi kimliklerini veya üyeliklerini belirleme hakkına sahiptir. Bu, yerli bireylerin yaşadıkları Devletlerin vatandaşlığını alma hakkını engellemez.

2. Yerli halklar, kendi uygulamalarına göre kurumlarının yapılarını belirleme ve üyeliklerini seçme hakkına sahiptir¹⁶.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (International Labour Organization, ILO) Yerli ve Kabile Halkları Sözleşmesinde (veya 169 No'lu Sözleşmesi) ise bir grubun yerli halk kapsamında değerlendirilebilmesi için öz tanımlamanın altı çizilmektedir¹⁷.

Afrika insan hakları sistemi için yerli halklar adına Afrika Komisyonu tarafından Afrika'daki Yerli Halklar/Toplulukların Durumu Çalışma Grubu'nun 2003 yılında kurulması önemli bir gelişmedir. Yerli Halklar/Topluluklar Çalışma Grubu'na göre yerli halkları diğer gruplardan ayıran belirleyici özellikler:

- Kendini tanımlama ve diğer gruplar tarafından ayrı olarak tanınma,
- Belirli bir bölgenin işgali ve kullanımı,
- Dil, sosyal örgütlenme, din ve manevi değerler, üretim biçimleri, yasalar ve kurumlar gibi alanlarda kültürel farklılığın bilinçli bir şekilde sürdürülmesi,

14 Cobo, s. 11.

15 "State Of The World's Indigenous Peoples", <https://www.refworld.org/reference/themreport/unpfi/2010/en/71711>, E.T. 17.01.2025.

16 "United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_en.pdf, E.T. 17.01.2025.

17 "Indigenous And Tribal Peoples' Rights in Practice: A Guide To ILO Convention No. 169", <https://www.ilo.org/publications/indigenous-and-tribal-peoples-rights-practice-guide-ilo-convention-no-169>, E.T. 17.01.2025.

• Boyun eğdirme, farklılaştırma, mülksüzleştirme, dışlama veya ayrımcılık deneyimi yaşama şeklindedir¹⁸.

Tüm bu kriterlerden sonra dünya çapında 370 milyondan fazla insanı ve yaklaşık 90 ülkeyi ilgilendiren¹⁹ kavramın evrensel bir tanımından ziyade ilgili ülke ve insanlar bağlamında incelenmesi daha doğru bir yöntem olarak değerlendirilebilir. Nitekim dünyanın hemen hemen her yerinde, insan haklarının, demokrasinin, iyi yönetimin, sürdürülebilir kalkınmanın ve çevre korumanın teşvikinin ayrılmaz bir unsuru olarak yerli halkların haklarının korunmasının önemi giderek daha fazla kabul görmektedir²⁰.

Kenya, Birleşmiş Milletler Yerli Halkların Hakları Bildirgesi'ni veya Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 169 No'lu Sözleşmesini kabul etmemiştir. Ancak Afrika Mahkemesi Ogiek kararını alırken bu belgeleri dikkate almıştır. Örneğin; Kararın 105. Paragrafında Mahkemenin, Yerli Nüfuslar/Topluluklar Çalışma Grubunun yerli nüfusları tanımlamak için belirlediği kriterleri benimsediği belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun eski Başkanı Erica-Irene Daes tarafından açıklanan kriterleri de göz önünde bulundurmıştır. Bu kriterler;

• Belirli bir bölgenin işgali ve kullanımıyla ilgili olarak daha önce orada olmak;

• Dil, sosyal örgütlenme, din ve manevi değerler, üretim biçimleri, yasalar ve kurumlar gibi yönleri içerebilen kültürel farklılığın gönüllü olarak devam ettirilmesi;

• Kendini tanımlama ve diğer gruplar veya Devlet yetkilileri tarafından ayrı bir topluluk olduklarının tanınması;

• Ve bu koşullar devam etsin veya etmesin, boyun eğdirme, marjinalleştirme, mülksüzleştirme, dışlama veya ayrımcılık deneyimi yaşamak²¹.

Sonuç olarak Ogiek kararında Mahkeme, yerli halk kavramının uluslararası insan hakları belgelerinde kabul edilmiş ortak bir tanımı olmasa

18 “Report Of the African Commission’s Working Group Of Experts On Indigenous Populations/Communities”, https://www.iwgia.org/images/publications/African_Commission_book.pdf, E.T. 08.08.2024.

19 “State Of The World’s Indigenous Peoples”.

20 “Indigenous Peoples’ Rights To Lands, Territories And Resources”, <https://www.charapa.dk/wp-content/uploads/IndigenousPeoplesRightsLandTerritoriesResources2.pdf>, E.T. 17.01.2025.

21 “Concerning the Rights of Indigenous People: Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene Daes, on the Concept of “Indigenous People”, <https://digitallibrary.un.org/record/236429?v=pdf>, E.T. 20.08.2024.

da Ogiek halkını yerli bir halk olarak kabul etmiştir. Endorois kararında ise Afrika Komisyonu Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu’nun eski Başkanı Daes’in kriterlerini kabul etmiştir. Ek olarak öz kimlik ilkesinin ve insanlar, kültürleri ve toprakları arasındaki bağın en önemli özellikler olduğunu vurgulamıştır²².

C. Afrika’da Yerli Halkların Toprak Hakları

Yerli halkların toprak hakları, yalnızca yaşadıkları topraktan ibaret olan haklar değildir. Toprak hakları, yerli halkların hayatlarını sürdürebilmeleri için gereken yer üstü ve altı kaynaklara ek olarak kimliklerini meydana getiren kültürel ve dini ritüelleriyle yakından ilişkili ve self determinasyon haklarıyla iç içedir. İlk bakışta Ogiek ve Endorois halklarının toprak talepleri ekonomik varlıklarını korumak, hanehalkı ekonomilerini sürdürebilmek anlamına geliyor gibi görünse de bunların ötesinde inançlarını ve kültürlerini yaşatan ritüellerle yakından ilişkilidir. Neticede ise bu halkları halk yapan kriterlerin sürdürülebilmesi, halkların biricikliğinin devam edebilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde Endorois ve Ogiek halklarının toprak taleplerinin hukuki dayanağı olarak toprak hakları incelenecektir²³.

Yerli halkların toprak haklarına saygı gösterilmesini ve korunmasını talep eden Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 169 No’lu Sözleşmesine göre yerli ve kabile halklarının toprak mülkiyeti hakları devlet tarafından tanın-

22 Ricarda **Rösch**, “Indigenusness And Peoples’ Rights in The African Human Rights System: Situating The Ogiek Judgement Of The African Court On Human And Peoples’ Rights”, *Verfassung Und Recht in Übersee/Law And Politics In Africa| Asia| Latin America*, C. L, S. 3, 2017, s. 248.

23 Bu noktada Afrika’nın çoğunun kayıt dışı topluluk arazisi olduğunu belirtmek gerekir. Topluluk arazisi (community land), topluluk temelli rejimler altında edinilen, sahip olunan ve devredilen araziler anlamına gelir. Afrika’da bu, geleneksel mülkiyet olarak düşünülebilir. Kurucu normlar, bir köy, klan veya kabile topluluğu tarafından uzun süredir uygulanan uygulamalardan kaynaklanır. Bu sistemin, 21. yüzyıla kadar varlığını sürdürmesinin nedeni arka arkaya gelen mülkiyet sistemleri tarafından zorla ortadan kaldırılmaması ve topluluk temelli karakteridir. Her nesil uygun gördüğü şekilde normların kolayca uyarlanmasına izin vererek sistemin küçük değişiklikler ile devam etmesine izin vermektedir. Kenya, geleneksel mülkiyetin yalnızca hükümet veya kamu arazilerinde işgal ve kullanım hakları değil, yasal mülkiyet hakları ürettiğini kabul eden en son Afrika devleti olması açısından özeldir. Kenya’da geleneksel normlara dayanarak toprakları elinde tutan, kullanan, toprakları henüz tapusuz olan topluluklara ilişkin Topluluk Toprakları Yasasını (2016) incelemek için bkz. Liz Alden **Wily**, “The Community Land Act in Kenya Opportunities and Challenges for Communities”, *Land*, S. 1, (Ocak 2018), E.T. 21.01.2025.

malı ve korunmalıdır. Sözleşmenin 16. maddesi, ilgili halkların işgal ettikleri topraklardan çıkarılamayacağını belirtmektedir. Ayrıca aynı maddeye göre

“... halkların yeniden yerleştirilmesinin istisnai bir önlem olarak gerekli görüldüğü durumlarda, yeniden yerleştirme yalnızca onların özgür ve bilgilendirilmiş rızalarıyla gerçekleşir... Bu halklar, mümkün olduğu takdirde, yeniden yerleşime neden olan sebepler ortadan kalktığı anda, geleneksel topraklarına geri dönme hakkına sahip olacaklardır... Bu şekilde yer değiştiren kişilere, meydana gelen her türlü kayıp veya yaralanma için tam tazminat ödenir.”

ifadelerine yer verilmektedir. 169 No’lu Sözleşme onaylayan Devletler için bağlayıcı olsa da Kenya Sözleşmeye taraf değildir²⁴. Nitekim fark edildiği gibi Afrika Anlaşması sıralanan önemli uluslararası hukuk metinleri arasında sayılmamıştır. Çünkü anlaşmada bireysel veya kolektif olarak toprak hakkı belirtilmemiştir. Afrika insan haklar sisteminde, toprak hakkı üç başlıkta incelenebilir. Bunlar; mülkiyet hakkı (Madde 14), dini uygulamaya/yaşama hakkı (Madde 8) ve kültür hakkı (Madde 17)²⁵.

Endorois davasında davacıların toprak talebi, özellikle halkın dinlerini özgürce uygulama haklarının Kenya’nın Endorois’leri topraklarından tahliye etme ve Bogoria Gölü ve çevresindeki diğer dini alanlara erişimlerini engellemesiyle ihlal edildiği iddiası şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Davacılar dini ritüellerini (sünnet, evlilik ritüelleri, kabul töreni, Endorois halkı için en önemlisi olan yıllık tören gibi) gerçekleştiremediklerini ve halkın Bogoria Gölü ile yakından ilişkili olan duaları ve törenleri uygulamadıklarını iddia etmişlerdir. Ayrıca yaşayan ve ölmüş tüm halk için “manevi evleri” olarak tanımladıkları Bogoria Gölü’nü özgürce ziyaret edemediklerini belirtmişlerdir. Kenya ise bu alanlardan bir kısmının özellikle Kenya’nın komşu devletlerinin halkları tarafından dini ritüel alanı olarak kullanılan ormanlara erişimlerinin hala devam ettiğini iddia ederek

24 Kıtadan sadece Orta Afrika Cumhuriyeti Sözleşmeye taraftır. Chris **Swartz**, “After 30 Years, Only 23 Countries Have Ratified Indigenous And Tribal Peoples Convention ILO 169.”, Cultural Survival, <https://www.culturalsurvival.org/news/after-30-years-only-23-countries-have-ratified-indigenous-and-tribal-peoples-convention-ilo>, E.T. 19.01.2025.

25 **Rösch**, s. 251; Buket **Altınçelep**, “Indigenous People and Human Security: The Case Of Ogiek Community in Kenya”, Akdeniz Havzası ve Afrika Medeniyetleri Dergisi, S. 2, (2023), s. 87, E.T. 29.04.2025.

kendini ve uygulamayı savunmuştur. Ancak Endorois kararında Komisyon, yerli halkın dini alanlara erişim hakkının ihlal edildiğini tespit ederek dini uygulama/yaşama hakkının ihlalinin meydana geldiğini saptamıştır²⁶.

Ogiek davasında ise Afrika Mahkemesi, dini mekanlara erişimin engellenmesinin 8. maddenin ihlalini oluşturduğunu tespit ederek Afrika Komisyonu'nun içtihadını izlemiştir. Mahkeme, "Dinin uygulanması ve yaşanmasının genellikle toprak ve çevre ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğunu" vurgulamıştır²⁷.

Ayrıca Kararda, Ogieklerin mülkiyet ve geleneksel arazi kullanım hakkından bahsedilerek, mülkiyet hakkının kolektif olabileceği belirtilmiştir. Mahkeme, yerli halkların atalarının topraklarına ilişkin haklarına ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2007'de kabul ettiği Yerli Halkların Haklarına İlişkin Bildirge'nin 26. maddesine atıfta bulunarak paragraf 122, 123 ve 124'de;

"Yerli halklar, geleneksel olarak sahip oldukları, işgal ettikleri veya başka şekilde kullandıkları veya edindikleri topraklar, bölgeler ve kaynaklar üzerinde hak sahibidir.

Yerli halklar, geleneksel mülkiyet veya diğer geleneksel işgal veya kullanım nedeniyle sahip oldukları topraklara, bölgelere ve kaynaklara ve başka şekilde edindikleri topraklara, bölgelere ve kaynaklara sahip olma, bunları kullanma, geliştirme ve kontrol etme hakkına sahiptir.

Devletler, bu topraklara, bölgelere ve kaynaklara yasal tanıma ve koruma sağlayacaktır. Bu tanıma, yerli halkların geleneklerine, göreneklerine ve toprak kullanım sistemlerine gereken saygı gösterilerek yürütülecektir."

ifadelerine yer vermiştir²⁸.

Afrika Komisyonu yerli halkların toprağa ilişkin haklarının kolektif değerlendirilebileceğini Afrika Anlaşmasının 14. maddesine (mülkiyet

26 "27st Activity Report of The African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Submitted in Accordance With Article 54 Of The African Charter on Human and Peoples' Rights", (s. 116) https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/5354/27th%20Activity%20Report_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y, E.T. 20.01.2025.

27 AİHHM, 006/2012, 2019, <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>, E.T. 08.08.2024.

28 AİHHM, 006/2012, 2019, <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>, E.T. 08.08.2024.

haklı) dayandırarak açıklamıştır. 14. maddeye göre hakkın yalnızca topluluğun genel çıkarları ve kamulaştırma söz konusu olduğunda sınırlandırılabilmesi mümkündür²⁹.

II. OGİEK VE ENDOROİS YERLİ HALKLARININ TOPRAK TALEPLERİ VE AFRİKA İNSAN HAKLARI SİSTEMİNİN TUTUMUNUN İNCELENMESİ

Kenya’da yerli halk statüsü tartışmalı olmakla birlikte dinsel, dilsel ve ırksal bağlamda çok sayıda farklılaşmış grup vardır.

Tablo 1. Kenya’da Yaşayan Başlıca Etno-dilsel Azınlıklar

Bantu Dillerini Konuşan Halklar	Nilotik Dillerini Konuşan Halklar	Kuşitik Dillerini Konuşan Halklar
Batı Bantu Halkları 1. Abaluyia (Bakhayo, Banyala, Banyore, Bukusu, Idakho, Isukha, Kabras, Kisa, Marachi, Maragoli, Marama, Samia, Tachoni, Tiriki, Wanga) 2. Abagusii, 3. Abakuria	Ova Nilotları Elmololo, Dorobo, Ilchamus, Maasai, Sakweri, Samburu, Teso, Turkana	Boni, Borana, Burji, Dushnek, Gabbra, Munyoyaya, Oromo, Rendile, Sakuye, Somali, Waata
Merkezi Bantu Aembu, Agikuyu, Akamba, Ambeere, Ameru (Achuka, Aigembe, Aiment, Amuthambi, Amwimbi, Atharaka, Atigania)	Yayla Nilotları Elgeyo, Elkony, Kipsigis, Lembus, Mandi, Marakwet, Nandi, Ogik, Pokot, Sabaots, Sengwer, Terek, Torgen	
Kıyı (Doğu) Bantu Adawida; Amalita; Ataita; Ataveta; Kenda (Chonyi, Digo, Duruma, Giriama, Jibana, Kambe, Kauma, Rabai, Ribe); Miji; Pokomo; Segeju;	Nehir-Göl Nilotları Luo, Nubians	

29 “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması (Afrika Anlaşması)”.

Waswahili (Amu, Bajun, Fundi, Mvita, Ozi, Pate, Shela, Siyu, Vumba);		

Tablo 1 Kenya’da yaşayan başlıca etno-dilsel azınlıkları göstermektedir³⁰. Bu azınlıklardan Ogiekler, Maasailer, Turkanalar yerel halklar olarak kabul edilmektedir³¹. Kenya’da toprak talepleri Afrika insan hakları sistemine taşınan yerli halklar Ogiekler ve Endoroislerdir. Afrika insan hakları sisteminin ana aktörleri olan Afrika Komisyonu veya Mahkemesine taşınan hukuki bir süreçleri olmadığı için Maasai yerli halkının toprak talepleri çalışma kapsamına alınmamıştır³².

A. Ogiek Yerli Halkı ve Toprak Talepleri

Ogiekler, Kenya’da Doğu Mau Ormanı başta olmak üzere (yaklaşık 6,000 kişi) sayıları 20,000’i bulan ülkedeki en kalabalık yerli halklardan biridir. Mau Ormanının arıcıları ve koruyucuları veya tüm bitkilerin ve vahşi hayvanların bakıcısı olarak tanımlanan Ogiekler günümüzde hayvancılık ve tarım ile geçimini sağlamaktadırlar³³. Ogieklerin atalarının toprakları olarak kabul ettiği 250.000 hektardan fazla olan Mau Ormanı Kenya’nın tatlı su arzının %40’ından fazlasını içinde barındırır³⁴. Mau Ormanı’nın bu kapasitesi, Ogiek kararında çevre hakları ve sürdürülebilir kalkınma ilkesine olan vurguya neden olmuştur.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, 23 Haziran 2023 tarihinde Ogiek halkının Mau Ormanı’ndaki anayurtlarından zorla tahliye

30 Maurice Odhiambo **Makoloo**/Ghai **Yash**, “Kenya: Minorities, indigenous peoples and ethnic diversity”, London: Minority Rights Group International, (2005), E.T. 10.01.2025.

31 **Makoloo/Yash**, s. 10.

32 1911 yılında İngiliz sömürge yetkilileri ve bazı Maasai liderleri arasında yapılan anlaşma neticesinde kuzeye yerleştirilen Maasailer silah zoruyla Laikipia’dan gönületsilmiştir bir Güney Maasai kantonuna taşınmıştır. Bu anlaşmadan memnun olmayan Maasailerden bazıları Kenya Yüksek Mahkemesi’nde dava açmaya karar vermişlerdir. Davalılar, zorla taşınmanın sonucunda Maasailere hem fiziksel hem de ekonomik kayıp verdirerek komplo kurdukları iddiasıyla suçlanmıştır. Kenya Yüksek Mahkeme hakimi, davayı teknik ayrıntılar nedeniyle reddederek sömürge Hükûmeti lehine karar vermiştir. Albert Kwokwo **Barume**, Land Rights Of Indigenous Peoples in Africa, IWGIA, Copenhagen 2010, s. 90.

33 Diana Achieng **Ochien’g**, The Rights to Land of Indigenous Peoples’ in Kenya: A Case Study of The Ogiek Community and The Conflict Of Articles Portrayed in The Constitution of Kenya, Doktora Tezi, Strathmore University Law School, 2017, s. 7.

34 **Barume**, 2005, s. 366.

edilmesiyle ilgili Kenya Hükûmetine yönelik tazminat kararı almıştır. Bu karar, Afrika bölgesel yargı organı tarafından yerli halklar için verilen ilk tazminat kararı olduğu ve yerli bir halkın lehine sonuçlandığı için önemlidir. Çalışmanın Afrika insan hakları sisteminde yerli halkların toprak taleplerine ilişkin tutum değişikliğine gidip gitmediği, gittiyse Ogiek halkı için 2023 yılında alınan tazminat kararına gelen süreçte etkili olan koşullar bu başlık altında incelenmektedir.

1. Ogiek Halkının Toprak Talebine İlişkin Davanın Arka Planı

1990'ların başlarında Kenya Hükûmeti, Ogieklerin anayurtları olarak kabul ettiği topraklarda (Mau Ormanı ve çevresinde) Ogiek halkından olmayan vatandaşlara arazi tahsis ederek Ogiek yerli halkının bazı üyelerini zorla tahliye etti. Ogiekler, Kenya Hükûmetinin bu eylemlerinin hak ihlallerine neden olduğunu öne sürerek 25 Haziran 1997'de, ilgili Hükûmet temsilcilerine karşı dava açtı. *Mahkemenin kararı ve gerekçesi*; 25 Ekim 1997'de Yüksek Mahkeme, dava görülüp karara bağlanana kadar tartışmalı arazilerin daha fazla tahsis edilmemesine karar vermiştir. Mahkemenin bu kararından sonra, dava ertelenmeye devam etmiş ve başka bir duruşma yapılmamıştır³⁵.

2008 yılında Kenya Başbakanı, Mau sorununu incelemek üzere "Mau Orman Kompleksinin Korunması Görev Gücü" (Mau Görev Gücü) adında bir birim kurdu. Bu birim 2009 yılında tüm yerleşimcilerin Mau kompleksinden mümkün olan en kısa sürede tahliye edilmesini öneren raporu yayınladı. Tahliye kararı içeren raporu, Kenya Parlamentosu da kabul etti. Kenya Hükûmeti tarafından Ogiek halkına tahliye bildiriminin Hükûmet Arazi Yasası'nın 4 Bölümü uyarınca ormanın hükûmet arazisinin bir parçası olduğu gerekçesiyle verildiği görülmektedir. Ogiek halkı, Hükûmetin tahliye kararının Mau Ormanı'nın Ogieklerin hayatta kalması için önemini hesaba katmadan verdiğini iddia etmiştir. Bu nedenle Ogieklere göre, 2009 yılında Kenya'nın anayurtlarını terk etmeleri için 30 gün süre veren tahliye bildirimi bu tarihi adaletsizliğin devamı olarak değerlendirilmelidir³⁶.

35 Barume, 2010, s. 92.

36 Lucy Claridge, "Litigation As A Tool For Community Empowerment: The Case Of Kenya's Ogiek", Erasmus L. Rev., C. XI, S. 1, 2018, s. 58.

2. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Ogiek Tazminat Kararı

Ogiek halkı tahliye kararına ilişkin iç hukuk yollarını tükettikten sonra Uluslararası Azınlık Hakları Grubu (the Minority Rights Group), Ogiek Halklarının Kalkınma Programı (Ogiek Peoples' Development Programme) ve Azınlık Hakları Kalkınma Merkezi'nin (Centre for Minority Rights Development) yardımıyla, 14 Kasım 2009'da Kenya'ya karşı Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'na şikayette bulunmuştur. Şikayette, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin 1, 2, 4, 8, 14, 17(2) ve (3), 21 ve 22 maddelerinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Kenya ise kararın Yükümlülükler Bölümü (Judgments- Merits) Paragraf 46'da başvurunun kabul edilemez olduğunu ve barışçıl, kalıcı bir çözüm için anlaşma yoluna gidilerek başvurunun reddedilmesini talep etmiştir³⁷.

Sonuçta Afrika Komisyonu, 23 Kasım 2009'da Kenya'dan tahliye emrinin uygulanmasını askıya almasını talep eden Geçici Tedbirler Emri yayınlamıştır. 12 Temmuz 2012'de Afrika Komisyonu, Kenya'nın Ogiek davası olarak bilinen davaya yanıt vermemesi nedeniyle, kurucu Protokolün 5(1)(a) maddesi uyarınca davayı Afrika Mahkemesi'ne havale etmiştir. Mahkeme, tarafların iddialarını esasa ilişkin olarak inceledikten sonra, yargılamanın İncelemesi Bölümü (Judgments- Review) Paragraf 1'de, 26 Mayıs 2017'de oybirliğiyle Kenya'nın Afrika Sözleşmesi'nin 1, 2, 8, 14, 17(2) ve (3), 21 ve 22. maddelerini ihlal ettiğine karar verdiğini belirtmiştir. Ayrıca kararın Yükümlülükler Bölümü Paragraf 122 ve 123'de (Judgments- Merits) Ogiek halkının yerli bir halk olduğunu ve mülkiyet ve geleneksel arazi kullanım hakkını kabul edilerek mülkiyet hakkının kolektif olabileceğini onaylamıştır³⁸. Sonuçta Mahkeme, Afrika Şartı'nın yukarıda ifade edilen yedi maddesinin ihlaline karar vermiştir. Ancak Mahkemenin kararına rağmen beş yıl sonra dahi Kenya, Ogiek halkının haklarını korumaya yönelik adım atmakta isteksiz davranmıştır³⁹.

23 Haziran 2022 tarihinde Mahkeme, Ogiek halkına yönelik süregiden ihlalleri sona erdirmek için alınacak önlemleri açıklayan bir tazminat ka-

37 AİHHM, 006/2012, 2019, <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>, E.T. 08.08.2024.

38 AİHHM, 006/2012, 2019, <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>, E.T. 08.08.2024.

39 "Defending Our Future: Overcoming the Challenges of Returning the Ogiek Home, Katiba Institute & Ogiek Peoples Development Programme", katibainstitute.org/wp-content/uploads/2020/07/Ogiek-Katiba-Book-Defending-our-future.pdf, E.T. 10.01.2025.

rarı almıştır. Karar, Mahkemenin yerli halkların yanında net bir duruş sergilemesi ve yerli halklara atalarından kalan toprakların “koruma” amacıyla iade edilmesi açısından önemlidir⁴⁰.

Ancak Kararın eleştirildiği bazı noktalar vardır. Örneğin; Mahkeme Kenya’ya Ogieklere atalarından kalan toprakların iade edilmesi hakkında hukuki ve idari adımlar atmasını emretse de çözüm için atılabilecek adımların (mevzuatın veya idari reformun) netleştirilmediği fark edilmektedir. Ayrıca Ogiek halkının maruz kaldığı manevi ve maddi zararlar için verdiği maddi tazminatın hangi kıstaslara göre verildiği belirtilmemiştir. Ayrıca ata topraklarından Ogieklerin zorla tahliye edilmesi gibi adaletsizliklerin neden olduğu manevi zararların nasıl nicelleştirileceği de muğlaktır⁴¹.

Mahkemenin kuruluşundan itibaren yerli halkların haklarından yana tavır sergilediği ilk davanın Ogiek davası olması, kıtada benzer koşullar altında bulunan ve yerli halk kriterleri ile uyum sağlayan diğer topluluklar için Mahkemenin şikayet mercii olarak konumunu güçlendirmektedir. Özellikle Güneybatı Mau’daki Tinet Ormanı’nda yaşayan Ogiek halkının 1999 yılında açtığı dava ve 2000 yılında Nairobi Yüksek Mahkemesi tarafından verilen tüm taleplerin reddine ilişkin Karar düşünüldüğünde, 23 yıl sonra Afrika Mahkemesinin aldığı bu Karar Afrika insan hakları sistemi için önemini yeniden ortaya çıkarmaktadır⁴².

40 Lucy **Claridge**/Daniel **Kobei**, “Protected Areas, Indigenous Rights And Land Restitution: The Ogiek Judgment Of The African Court Of Human And Peoples’ Rights And Community Land Protection in Kenya”, *Oryx*, C. LVII, S. 3, 2023, s. 313.

41 Nelson Balye **Mbu**/Fabrice Tambe **Endoh**, “A Commentary On The African Court On Human And Peoples’ Rights’ Remedial Approach in Its Ruling On Reparations in African Commission On Human And Peoples’ Rights V Kenya”, *African Human Rights Yearbook*, 2023.

42 Tinetli Ogieklerin açtığı dava, Tinet Ormanı’nda ikamet eden 5.000 Ogiek yerli halkının 1990’lı yılların başından itibaren tahliye edilme girişimlerine ilişkindir. Ogiek halkının temel argümanı atalarının toprağı olan Tinet Ormanı’nın çoğunlukla yiyecek topladıkları, avcılık ve arıcılık yaptıkları hem ekonomik hem de ruhsal hayatları için hayati önemde olan bölgeyi temsil ettiğidir. Bu nedenle Hükûmet tarafından Tinet Ormanı’ndan tahliye edilmeleri, ayrımcılığa uğramama ve Kenya’nın herhangi bir yerinde ikamet edebilme haklarına ek olarak yaşama haklarını da ihlal etmektedir. Ancak 2023 yılında verilen karardan farklı olarak 2000 yılında Mahkeme, “Kenya Dağı’na tırmanmak için ona sahip olmanız gerektiği; Hint Okyanusu’nun karasularımızda balık tutmak için Hint Okyanusu’nda yaşamanız ve ona sahip olmanız gerektiği; Kakamega’nın ağlayan taşından su içmek için o taşla sahip olmanız ... gerektiği anlamına gelir. Bir bölgede avcılık ve toplayıcılık yapmak bu toprakların yasal mülkiyet hakkına otomatik olarak sahip olmak için tek başına yeterli olsaydı, iklim değişimine göre göçebelik yapan, her yerde sığırları otlatan kişiler, sığırlarını otlattıkları her toprağın her santiminin mülkiyetini talep etmiş olurlardı. ...” ifadelerini

B. Endorois Yerli Halkı ve Toprak Talepleri

Endoroisler, Baringo Bölgesi'nin Marigat (Baringo Güney Bölgesi), Mogotio alt bölgelerinde ve Rift Vadisi'ndeki Nakuru ve Laikipia Bölgelerinde, Bogoria Gölü ve Mochongoi Ol-Arabel ve Marmanet Ormanı çevresinde hayvancılık yaparak yaşayan yerli bir halktır. Fark edildiği gibi dağınık bir yaşam alanına sahip olan bu halkın nüfusuna ilişkin net bir veri yoktur. Ancak 2019 nüfus sayımına göre sayıları 45.000'den fazladır⁴³. Endorois yerli halkının toprak taleplerini ortaya çıkaran süreç Ogiekler ile benzer biçimde zorla tahliye edilmeleriyle başlamıştır.

Endorois halkı için Mochongoi Ormanı ve Bogoria Gölü çevresi kültür ve inançları için çok önemlidir. Kenya'nın bağımsız bir devlet olmasından sonra Endorois toprakları, Kenya Anayasası'nın 115. Maddesi uyarınca İlçe Meclisleri idaresine bırakılmıştır. Ancak 1973 yılında Endorois halkının yaşadığı ve otlak alanlarının büyük bir kısmını içeren Mochongoi Ormanı'nın eyalet ormanı ve Rift Vadisi'ndeki Bogoria Gölü ve çevresinin Hannington Gölü Oyun Rezerv⁴⁴ alanı ilan edilmesi ile yaklaşık 400 Endorois ailesi tahliye edilmiştir⁴⁵.

Kenya Hükûmeti tarafından zorla uygulanan tahliye; bu yerli halkın toprak üzerindeki kolektif mülkiyetinin reddedilmesi, dini ve kültürel hayatları için önemli olan alanlara erişimlerinin engellenmesine ve hayatlarını idame ettirmek için önemli olan doğal kaynaklara serbest erişimlerinin kısıtlanmasına neden olmuştur.

kullanarak arazi mülkiyetinin arazi kullanımından farklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme burada açık bir şekilde göçebe yaşam tarzının ilgili topraklar üzerinde yasal haklara sahip olunacağı fikrinin geliştirilemeyeceğinin altını çizmiştir. Detaylar için bkz. "Kenya - Ogiek People v. District Commissioner Case No. 238/1999 (2000.03.23) (Indigenous Rights to Tinet Forest)", <https://elaw.org/resource/kenya-ogiek-people-v-district-commissioner-case-no-238-1999-2000-03-23-indigenous-rights-to-tinet-forest> E.T. 20.01.2025.

43 "Endorois in Kenya", <https://minorityrights.org/communities/endorois/>, E.T. 10.01.2025.

44 Oyun rezervi (av rezervi); vahşi hayvanların güvenli bir şekilde yaşadığı veya spor amaçlı kontrollü bir şekilde avlandığı geniş bir arazi alanı anlamına gelmektedir. Kenya'daki oyun rezervlerinin tarihi için bkz. Reuben **Matheka**, "The International Dimension of the Politics of Wildlife Conservation in Kenya, 1958-1968", *Journal of Eastern African Studies*, C. II, S. 1, 2008, s. 112-133.

45 Cynthia **Morel**, "Defending Human Rights in Africa: The Case for Minority and Indigenous Rights", *Essex Human Rights Review*, C. I, S. 1, 2004, s. 56.

1. Endorois Halkının Toprak Talebine İlişkin Davanın Arka Planı

1997 yılında Endorois Topluluğu'nun yaklaşık 43.000 üyesi adına William Arap Ng'asia ve diğerleri Baringo ve Koibatek İlçe Meclisleri aleyhine dava açmışlardır. Davacıların temel argümanı; Bogoria Gölü Oyun Rezervi'nin çevresindeki arazide göçebe çobanlar olarak ikamet ettikleri ve bulundukları arazinin İngiliz Sömürge Yönetimi tarafından 1895'ten sonra Endorois Bölgesi olarak adlandırıldığıdır⁴⁶.

Davacılar Yüksek Mahkeme'den özellikle Bogoria Gölü çevresindeki arazinin, Baringo İlçe Meclisi ve Koibatek İlçe Meclisi tarafından Endorois halkına ait olduğunu kabul etmesini talep etmişlerdir. Baringo ve Koibatek İlçe Konseylerinin savunmaları, anlaşmazlık konusu arazilerin bir oyun rezervi olarak resmi gazetede yayınlandığı ve Kenya Anayasası'nın 114 ve 115. maddelerine göre, ilgili bölgelerin İlçe Konseyleri idaresi altında olduğuna dayanmaktadır. Mahkeme Endorois halkını tartışmalı arazilerin geleneksel sakinleri olarak tanınmasına rağmen, davacılar aleyhine karar vererek 19 Nisan 2002'de davayı reddetmiştir⁴⁷.

2. Endorois Halkının Toprak Taleplerinin Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'na Götürülmesi

2003 yılında, Endorois halkı Kenya Azınlık Hakları ve Kalkınma Merkezi'nin (CEMIRIDE) yardımıyla Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi'nin 55. Maddesi hükümleri uyarınca davayı Afrika İnsan ve Halk Hakları Komisyonu'na götürmüştür⁴⁸. Endorois halkı temsilcileri Kenya Hükûmeti'nin Afrika İnsan ve Halkları Hakları Sözleşmesi'nin 8, 14, 17, 21 ve 22. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Ek olarak Kenya, Afrika Şartı'nı 1992 yılında onaylamıştır. Ancak Ogiek ve Endorois halklarına yönelik ihlallerin Devletin Şartı onaylamasından önce başlamış olsa da söz konusu ihlallerin etkisinin günümüze kadar devam ettiği kabul edilebilir⁴⁹. Ayrıca davacı taraf topraklarının iadesini ve kayıplarının tazminini talep etmişlerdir⁵⁰.

2009 yılında Komisyon, davalı olarak Kenya'nın davacı tarafından iddia edilen ihlalleri gerçekleştirdiğini kabul etmiştir. Kararda, Endorois

46 Morel, s. 56.

47 Barume, 2010, s. 102.

48 Barume, 2010, s. 104.

49 Morel, s. 57.

50 "27st Activity Report of The African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Submitted in Accordance With Article 54 of The African Charter on Human and Peoples' Rights".

halkının yerli bir halk olduğu ve Afrika Şartı'nın kolektif hakları koruyan hükümlerinden yararlanabilecekleri kabul edilmiştir. Bu nedenle Kenya'nın Endorois yerli halkına ait mülkiyet hakkını tanıması ve topraklarını iadesi etmesi gerekmektedir. Ayrıca Kenya'nın, Endorois halkının dini ve kültürel ayinleri ve sığırlarını otlatmak için Bogoria Gölü ve çevresindeki alanlara erişiminin olmasını sağlamasını; bu yerli halka uğradığı tüm kayıplar için yeterli tazminat ödemesini; önerilerin etkili bir şekilde uygulanması için Endorois halkı temsilcileri ile iletişim halinde olunması gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Bu Karar, Afrika'da yerli halkların atalarından gelen topraklar üzerindeki mülkiyet hakkının kalkınma ve gelişme hakkının yanında değerlendirildiği için yasal bir emsal olarak kabul edilebilir.

II. AFRIKA İNSAN HAKLARI SİSTEMİNDE ENDOROİS VE OGIEK KARARLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Endorois ve Ogiek yerli halklarının toprak taleplerine ilişkin Afrika insan hakları sisteminin iki ana aktörü tarafından verilen kararların⁵² önemli olduğu görülmüştür. Bunun nedeni ilgili kararların; kıtadaki yerli halkların (toprak hakları başta olmak üzere insan hakları) lehine ve sistemin iki ana aktörü tarafından alınmasıdır. Ayrıntılı biçimde incelenen Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararlarının bu bölümde karşılaştırılmasıyla sistemde yerli halkların toprak taleplerine ilişkin nasıl bir tutum değişikliği yaşandığı sorusuna cevap aranmaktadır.

A. Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarının Benzer Yönleri

Kararların özellikle hukuki dayanakları ve Kenya Hükûmetine yönelik açıkladığı yükümlülükler benzerlik göstermektedir. Ayrıca bu iki yerli halkı haklarını hukuki yolla aramaya iten sorunların başlangıcı ata toprağı olarak yaşamlarının ayrılmaz bir parçasını teşkil eden bölgelerden tahliye edilmeleridir.

51 “Implement Endorois Decision 276/03: Report on The Impact of Non-Implementation of The African Commission’s Endorois Decision”, (s. 10), <https://minorityrights.org/resources/implement-endorois-decision-276-03-report-on-the-impact-of-non-implementation-of-the-african-commissions-endorois-decision/#:~:text=This%20report%20demonstrates%20that%20the,and%20a%20life%20of%20destitution,E.T. 20.01.2025>.

52 Çalışmada bundan sonra Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararları şeklinde kısaltılacaktır. Endorois (2010) Afrika Komisyonu'nun 2010 yılında verdiği kararı; Ogiek (2017 & 2023) ise Afrika Mahkemesi'nin 2017 kararını ve 2023'de verdiği tazminat kararını ifade etmektedir.

1. Kararların Hukuki Dayanakları

Endorois (2010) kararında, Kenya Hükûmetinin, Endorois halkını geleneksel topraklarından çıkarmasının Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 8. (dinlerini özgürce yaşama hakkı), 14. (mülkiyet hakkı), 17. (kültürel haklar) ve 21. (doğal kaynaklar üzerindeki haklar) maddelerini ihlal ettiği belirtilmiştir.

Benzer biçimde Ogiek (2017 & 2023) kararında da Kenya Hükûmetinin, Mau Ormanı'nda yaşayan Ogiek halkını orman koruma bahanesiyle topraklarından çıkarmasının Anlaşmanın 1. (Afrika Birliği üye ülkelerinin Anlaşmada belirtilen hakları, ödevleri ve özgürlükleri koruması yükümlülüğü), 2. (ayrımcılık yasağı), 14. (mülkiyet hakkı), 17. (kültürel haklar), 21. (doğal kaynak hakları) ve 22. (gelişim hakkı) maddelerini ihlal ettiği belirtilmiştir. Bazı maddeler açısından değişiklik gösterse de özellikle iki kararın önemini ortaya çıkaran; Endorois ve Ogiek yerli halklarının toprak haklarının ihlal edildiğinin tespit edilmesi açısından kararların hukuki dayanakları benzerlik göstermektedir.

Ek olarak her iki kararda Komisyon ve Mahkemenin, yerli halkların mülkiyet haklarını tanıdığı saptanmaktadır. Komisyon ve Mahkeme iki kararda da, yerli halkların topraklarının sadece bireysel değil, kolektif bir hak olarak talep edilebileceğini kabul etmiştir.

2. Yükümlülükler

Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararlarının benzer hukuki dayanakları olmasıyla ilişkili olarak her iki kararın Kenya Hükûmetine benzer yükümlülükler yüklediği fark edilmektedir. Kararlarda ilgili yerli halkın ata topraklarının iade edilmesi ve uğradıkları zarara yönelik tazminat verilmesi, benzer ihlallerin tekrarlanmamasına ilişkin gerekli hukuki reformların yapılması gerektiği belirtilmiştir.

B. Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarının Farklı Yönleri

Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararları arasındaki bazı farklılıklar yerli halkların toprak taleplerine ilişkin tutum değişikliğini göstermesi açısından önemlidir.

1. Kararı Veren Aktör

Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararları karşılaştırılırken ilk göze çarpan, kararları veren aktörlerin farklı olmasıdır. Kararı veren aktörün farklılık göstermesi, kararın bağlayıcılığı hususunda da farklılık

yaratacağı için önemlidir. Endorois (2010) kararı Afrika İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilmiştir. Afrika Anlaşması 45. maddede yarı yargısal bir organ olan Komisyonun, sadece “tavsiye” niteliğinde kararlar verdiğini belirtmektedir⁵³. Bu nedenle verdiği kararların bağlayıcılığı zayıf kabul edilebilmektedir⁵⁴. Uygulama konusunda kararın muhatabı Hükûmetin tutumu değişkenlik gösterebilir. Neticede kararın uygulanması davalı devletin inisiyatifine bırakılmıştır.

Diğer yandan Ogiek (2017 & 2023) kararı Afrika Mahkemesi tarafından verilmiştir. Komisyonun işlevlerini tamamlamak ve güçlendirmek amacıyla kurulan Mahkeme, bağlayıcı kararlar verebilir. Bu nedenle Ogiek kararı Endorois kararına nazaran Kenya Hükûmeti için daha güçlü bir şekilde “uygulanması gerekli” olarak değerlendirilebilir. Ancak Ogiek (2017 & 2023) kararının alınması sürecinde Ogiek halkı ilk olarak Komisyona başvurmuştur. 2012 yılında Afrika Komisyonu, Kenya’nın Ogiek davası olarak bilinen davaya yanıt vermemesi nedeniyle, kurucu Protokole dayanarak davayı Afrika Mahkemesi’ne havale etmiştir. Bu durum Afrika insan hakları sisteminde aktörler arasındaki uyumun varlığını göstermektedir.

2. Tazminat Kararı

Komisyon ve Mahkeme Endorois ve Ogiek halkları için Kenya Hükûmetine yönelik tazminat kararı almıştır. Tazminat kararı; kararların benzerliklerinden biridir. Ancak Endorois (2010) kararı tazminat kararına ilişkin nicel bir miktar ifade etmemiştir.

Bu durum, kararın somutlaştırılarak uygulanabilmesini hem daha zor hale getirmiş hem de Kenya Hükûmetinin tasarrufuna bırakmıştır. Örneğin; 2014 yılında Kenya Hükûmeti, Endorois halkına ilişkin Komisyon kararını uygulamak üzere bir *Görev Gücü* kurmuştur. Bu Kenya Hükûmetinin Endorois halkının yaşadıkları topraklar üzerindeki mülkiyetini tanıdığı ve tazminat kararını kabul ettiği anlamına gelmektedir. Görev Gücü’nün yetki alanının kararı uygulamanın mümkün olup olmadığıyla sınırlı olması uygulama konusunda Hükûmetin isteksiz davrandığı iddiasının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Görev Gücü, 12 aylık faaliyeti sırasında anlamlı bir ilerleme kaydetmese de biyoenzim ekstraksiyon telif

53 Mehmet Semih **Gemalmaz**, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal, İstanbul 2005, s. 915.

54 “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması (Afrika Anlaşması)”.

hakları için 2 milyon Kenya şilini (yaklaşık 20.000 ABD Doları) tazminat ödenmesi konusunda aktif rol almıştır⁵⁵.

Ogiek (2017 & 2023) kararında ise Mahkeme, Kenya Hükûmetine tazminat ödeme yükümlülüğünün yanında kesin bir miktar belirlemiştir. Dolayısıyla Ogiek (2023) tazminat kararının daha net ve bağlayıcı bir hüküm içerdiği için, uygulamaya yönelik daha güçlü bir etkiye sahip olduğu iddia edilebilmektedir.

3. Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) Kararlarında Vurgulanan Haklar ve İlkeler

Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararlarında vurgulanan hakların değişiklik göstermesinin temel nedeni bu halkların farklı koşullar altında farklı hak ihlalleri ile mücadele etmesidir. Endorois (2010) kararı özellikle mülkiyet hakkı ve kültürel haklar üzerinde odaklanmaktadır. Ogiek (2017 & 2023) kararı, Ogiek halkının Mau ormanlarının korunması amacıyla tahliyesi neticesinde verildiği için çevre haklarına ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerine vurgu yapmıştır. Çevre ve insan hakları arasındaki ilişkiyi vurgulaması açısından karar, öncü niteliği taşımaktadır.

55 “Endorois in Kenya”.

SONUÇ

Endorois ve Ogiek yerli halklarının toprak taleplerine ilişkin Afrika insan hakları sisteminin iki ana aktörü tarafından verilen kararlar çalışmanın son bölümünde karşılaştırılmıştır. İki karar arasında benzerliklerin ve farklılıkların saptanmasıyla sistemin yerli halkların toprak talebine ilişkin tutumundaki değişim görülmektedir.

İlk olarak kararların hukuki dayanaklarının birbirleri ile benzeştiği fark edilmektedir. Endorois (2010) kararında, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması'nın 8. (dinlerini özgürce yaşama hakkı), 14. (mülkiyet hakkı), 17. (kültürel haklar) ve 21. (doğal kaynaklar üzerindeki haklar) maddelerini ihlal ettiği belirtilmiştir. Benzer biçimde Ogiek (2017 & 2023) kararında da Kenya Hükûmetinin, Mau Ormanı'nda yaşayan Ogiek halkını orman koruma bahanesiyle topraklarından tahliye etmesinin Anlaşmanın 1. (Afrika Birliği üye ülkelerinin Anlaşmada belirtilen hakları, ödevleri ve yükümlülükleri koruması yükümlülüğü), 2. (ayrımcılık yasağı), 14. (mülkiyet hakkı), 17. (kültürel haklar), 21. (doğal kaynaklar üzerindeki haklar) ve 22. (gelişim hakkı) maddelerini ihlal ettiği belirtilmiştir. İlgili yerli halkın bulunduğu şartlar itibarıyla bazı maddeler farklılık gösterse de çoğu maddenin her iki kararda ortak olduğu fark edilmiştir.

İkinci olarak her iki kararda ilk fark edilen benzerlik Kenya Hükûmetine benzer yükümlülüklerin yüklenmesidir. Her iki kararda da ilgili yerli halkın ata topraklarının iade edilmesi ve uğradıkları zarara yönelik tazminat kararı ve benzer ihlallerin tekrarlanmamasına ilişkin gerekli hukuki reformların yapılması gerektiği belirtilmiştir.

İki kararın üç ana noktada farklılaştığı saptanmıştır. Öncelikle Endorois ve Ogiek kararlarını veren aktörler farklıdır. Kararı veren aktörün farklı olması kararın bağlayıcılığı hususunda da farklılık yaratacağı için önemlidir. Endorois (2010) kararı "tavsiye" niteliğinde karar verebilen Afrika İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilirken; Ogiek (2017 & 2023) kararı Afrika İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiştir. Bu durum 2010 yılından 2023 yılına kadar sistemde insan haklarının korunması hususunda davalı ülke hükûmetine daha güçlü kararlar verilmeye yönelik eğilimin olduğu iddiasını doğrulamaktadır.

İkinci olarak her iki kararda da Kenya Hükûmetine yönelik tazminat kararı alınmıştır. Ancak Komisyon ve Mahkeme Endorois ve Ogiek halkları için Kenya Hükûmetine yönelik tazminat kararı olsa da Endorois (2010) kararında tazminat kararına ilişkin nicel bir miktar ifade etmemiştir. Ogiek (2017 & 2023) kararında ise Mahkeme, Kenya Hükûmetine tazminat ödeme yükümlülüğünün yanında kesin bir miktar belirlemiştir. Dolayısıyla Ogiek (2023) tazminat kararının daha net ve bağlayıcı bir hüküm

içerdiği için uygulamaya yönelik daha güçlü bir etkiye sahip olduğu iddia edilebilmektedir.

Son olarak Endorois (2010) ve Ogiek (2017 & 2023) kararlarında vurgulanan haklar ve ilkeler farklılık göstermektedir. Endorois (2010) kararı, özellikle mülkiyet hakkı ve kültürel hakları vurgularken Ogiek (2017 & 2023) kararı Ogiek halkının Mau ormanlarının korunması amacıyla tahliyesi neticesinde verildiği için çevre haklarına ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerine vurgu yapmıştır.

Sonuç olarak her bir karar ilgili yerli halkın koşullarına göre alınsa da Afrika'da yerli halkların toprak haklarıyla ilgili mülkiyet hakkının kolektif bir hak olarak değerlendirilmesine ilişkin tutumun güçlendiği saptanmaktadır. Ayrıca yerli halkların haklarına ilişkin insan hakları sisteminde alınabilecek aksiyonların ilgili devlet hükümetlerine karşı tazminat kararı almak yönünde yoğunlaştığı fark edilmektedir. Ancak daha genel ifadeler kullanabilmek için kıtadaki yerli halklara ilişkin sistemde alınan diğer kararların öncelik ve sonralık ilişkilerine göre incelenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Anlaşması (Afrika Anlaşması)”, <https://achpr.au.int/en/charter/african-charter-human-and-peoples-rights>, E.T. 23.01.2024.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, “27st Activity Report of The African Commission on Human And Peoples’ Rights (ACHPR) Submitted in Accordance With Article 54 of The African Charter on Human and Peoples’ Rights”, https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/5354/27th%20Activitiy%20Report_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y, E.T. 20.01.2025.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, “Ogiek Kararı”, 006/2012, 2019, <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>, E.T. 08.08.2024.

Afrika Komisyonu Çalışma Grubu, “Report Of the African Commission’s Working Group Of Experts on Indigenous Populations/Communities”, https://www.iwgia.org/images/publications/African_Commission_book.pdf, E.T. 08.08.2024.

Altınçelep, Buket, “Indigenous People and Human Security: The Case Of Ogiek Community in Kenya”, Akdeniz Havzası ve Afrika Medeniyetleri Dergisi, S. 2, (2023), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3569044>. E.T. 29.04.2025.

Amao, Olufemi, “The African Regional Human Rights System”, International Human Rights Law: Six Decades After The UDHR and Beyond, Editör, Manisuli Ssenyonjo, Routledge, London 2010, s. 235- 253.

Barume, Albert Kwokwo, “Indigenous Battling For Land Rights: The Case Of The Ogiek Of Kenya, in International Law And Indigenous Peoples”, International Law and Indigenous Peoples, Editör, Joshua Castellino, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2005, s. 365- 392.

Barume, Albert Kwokwo, Land Rights Of Indigenous Peoples in Africa, IWGIA, Copenhagen 2010.

Cobo, José R. Martínez, “Study Of The Problem Of Discrimination Against Indigenous Populations”, BM Dijital Kütüphanesi, (Haziran 1972), <https://digitallibrary.un.org/record/768953?v=pdf>, E.T. 17.01.2025.

Claridge, Lucy, “Litigation As A Tool For Community Empowerment: The Case Of Kenya’s Ogiek”, Erasmus L. Rev., C. XI, S. 1, 2018, s. 57- 67.

Claridge, Lucy/**Kobei**, Daniel, “Protected Areas, Indigenous Rights And Land Restitution: The Ogiek Judgment Of The African Court Of Human And Peoples’ Rights And Community Land Protection in Kenya”, Oryx, C. LVII, S. 3, 2023, s. 313- 324.

Department of Economic and Social Affairs (DESA), “State Of The World’s Indigenous Peoples”, <https://www.refworld.org/reference/them-report/unpfii/2010/en/71711>, E.T. 17.01.2025.

Environmental Law Alliance Worldwide, “Kenya - Ogiek People v. District Commissioner Case No. 238/1999 (2000.03.23) (Indigenous Rights to Tinet Forest)”, <https://elaw.org/resource/kenya-ogiek-people-v-district-commissioner-case-no-238-1999-2000-03-23-indigenous-rights-to-tinet-forest>, E.T. 20.01.2025.

Feiring, Birgitte, “Indigenous Peoples’ Rights To Lands, Territories And Resources”, <https://www.charapa.dk/wp-content/uploads/IndigenousPeoplesRightsLandTerritoriesResources2.pdf>, E.T. 17.01.2025.

Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal, İstanbul 2005.

Heyns, Christof, “The African Regional Human Rights System: in Need Of Reform”, *African Human Rights Law Journal*, S. 1, (2001), https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/2471/Heyns_African%282006%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y, E.T. 20.01.2024.

International Labour Organization (ILO), “Indigenous And Tribal Peoples’ Rights in Practice: A Guide To ILO Convention No. 169”, <https://www.ilo.org/publications/indigenous-and-tribal-peoples-rights-practice-guide-ilo-convention-no-169>, E.T. 17.01.2025.

Juma, Dan, “Provisional Measures under the African Human Rights System: The African Court’s Order against Libya”, *Wis. Int’l LJ*, C. XI, S. 2, 2012, s. 344-373.

Katiba Institute, “Defending Our Future: Overcoming the Challenges of Returning the Ogiek Home, Katiba Institute & Ogiek Peoples Development Programme”, katibainstitute.org/wp-content/uploads/2020/07/Ogiek-Katiba-Book-Defending-our-future.pdf, E.T. 10.01.2025.

Makoloo, Maurice Odhiambo/**Yash**, Ghai, “Kenya: Minorities, Indigenous Peoples And Ethnic Diversity”, London: Minority Rights Group International, (2005), <https://minorityrights.org/app/uploads/2023/12/download-147-kenya-minorities-indigenous-peoples-and-ethnic-diversity.pdf>, E.T. 10.01.2025.

Matheka, Reuben, “The International Dimension of the Politics of Wildlife Conservation in Kenya, 1958-1968”, *Journal of Eastern African Studies*, C. II, S. 1, 2008, s. 112-133.

Mbu, Nelson Balye/**Endoh**, Fabrice Tambe, “A Commentary On The African Court On Human And Peoples’ Rights’ Remedial Approach in Its Ruling On Reparations in African Commission On Human And Peoples’ Rights V Kenya”, *African Human Rights Yearbook*, 2023,

<https://www.african-court.org/wpafc/african-human-rights-yearbook/>, E.T. 12.07.2024.

Minority Rights Group, “Implement Endorois Decision 276/03: Report On The Impact Of Non-Implementation Of The African Commission’s Endorois Decision”, <https://minorityrights.org/resources/implement-endorois-decision-276-03-report-on-the-impact-of-non-implementation-of-the-african-commissions-endorois-decision/#:~:text=This%20report%20demonstrates%20that%20the,and%20a%20life%20of%20destitution,> E.T. 20.01.2025.

Minority Rights Group, “Endorois in Kenya”, <https://minorityrights.org/communities/endorois/>, E.T. 10.01.2025.

Morel, Cynthia, “Defending Human Rights in Africa: The Case for Minority and Indigenous Rights”, *Essex Human Rights Review*, C. I, S. 1, 2004, s. 54-65.

Mutua, Makau, “The African Human Rights Court: A Two-Legged Stool?”, *Human Rights Quarterly*, C. XXI, S. 2, 1999, s. 342-363.

Ochien’g, Diana Achieng, *The Rights to Land of Indigenous Peoples’ in Kenya: A Case Study of The Ogiek Community and The Conflict of Articles Portrayed in The Constitution of Kenya*, Doktora Tezi, Strathmore University Law School, 2017.

Özeler, Neslihan, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karşılaştırılması”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, 2017, s. 43-62.

Rösch, Ricarda, “Indigenoussness And Peoples’ Rights in The African Human Rights System: Situating The Ogiek Judgement Of The African Court on Human and Peoples’ Rights”, *Verfassung Und Recht in Übersee/Law And Politics In Africa| Asia| Latin America*, C. L, S. 3, 2017, s. 242-258.

Swartz, Chris, “After 30 Years, Only 23 Countries Have Ratified Indigenous And Tribal Peoples Convention ILO 169”, *Cultural Survival*, <https://www.culturalsurvival.org/news/after-30-years-only-23-countries-have-ratified-indigenous-and-tribal-peoples-convention-ilo>, E.T. 19.01.2025.

United Nations Economic and Social Council, “Concerning the Rights of Indigenous People: Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene Daes, on the Concept of “Indigenous People”, <https://digitallibrary.un.org/record/236429?v=pdf>, E.T. 20.08.2024.

United Nations, “United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf, E.T. 17.01.2025.

Wily, Liz Alden, “The Community Land Act in Kenya Opportunities and Challenges for Communities”, Land, S. 1, (Ocak 2018), <https://www.mdpi.com/2073-445X/7/1/12>, E.T. 21.01.2025.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi
Suçu ve Uzlaştırma Kurumunun Değerlendirilmesi**

**The Crime of Purchasing or Accepting Criminal Property
and Evaluation of the Conciliation Institution**

  **Dr. Metin KAPLAN***

 10.60002/ebyuhfd.1562380

ÖZ

Yargılama süreçlerinin uzunluğu, mahkemelerin artan iş yoğunlukları ve mağdurun zararının giderimini esas alan onarıcı adalet anlayışı kapsamında kişilerin makul sürede yargılanma haklarını gözeten uzlaştırma kurumu Türk hukuk sistemi içinde de yer bulmuştur. Bir suçun işlenmesinden sonra elde edilen malvarlığı değerlerinin haksız dolaşımını engellemek ve aynı zamanda delil niteliği taşıyan eşyanın teminini kolaylaştırmak için kanun koyucu tarafından suç olarak kabul edilen fiillerin cezalandırılması amacıyla ihdas edilen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçudur. 7188 sayılı yasa ile birlikte suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçunun uzlaştırma kapsamına alınmasının ar-

* Hakimler ve Savcılar Kurulu.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 06.10.2024 | **Kabul/Accepted:** 17.02.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Metin Kaplan, “Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu ve Uzlaştırma Kurumunun Değerlendirilmesi”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (165-214).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

dından kişilerin zararlarının giderimi ve suç işleyen kişilerin de cezalandırılmasında ne gibi olumsuz sonuçlar doğurduğu bu çalışmamızda ele alınmıştır. Yine çalışmamızda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun 7188 sayılı yasa ile birlikte ceza muhakemesi kurumu olan uzlaştırma kapsamına alınmasından sonra ortaya çıkan olumsuz sonuçların nasıl çözümlenebileceği ve bu tür kurumları uygulayan hakim veya savcılarının nasıl hareket edebilecekleri noktasında önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uzlaşma, Uzlaştırma, Suç Eşyası, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ceza Hukuku.

ABSTRACT

Within the scope of the length of the trial processes, the increasing labor densities of the courts and the restorative justice understanding based on the relief of the harm of the victim, the reconciliation institution which takes into account the rights of the persons to be tried in a reasonable time has also found its place in the Turkish legal system. Of the offence against which the assets obtained after the commission of a crime by the legislator prevent the unfair circulation of their value and at the same time punish the acts deemed as crimes in order to facilitate the provision of the goods which are of evidence it is a crime to be bought or accepted. In this study, which, together with the law no. 7188, the purchase and acceptance of criminal goods is included in the scope of reconciliation, has negative consequences for the removal of damages of persons and the punishment of persons who commit crimes. Again, in our study, suggestions were made on how to resolve the negative consequences that emerged after the crime of purchasing or accepting criminal property was included within the scope of conciliation, which is a criminal procedure institution, with Law No. 7188, and how judges or prosecutors who implement such institutions can act.

Keywords: Compromise, Reconciliation, Crime Equipment, Criminal Procedure Law, Criminal Law.

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, suça bağlı olarak elde edilen malvarlığı değerlerini bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişiler bakımından yaptırım öngören ve kanun koyucu tarafından tipik hareketlerden en az birinin gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırılan bir suçtur. Bu suçun ceza hukuk sistemimize 765 sayılı yasa ile birlikte girdiğini ve bazı değişiklikler yapılmak suretiyle bunun uygulanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen halini aldığı anlaşılmaktadır.

Bu suçla kanun koyucu failin, suç işlemek amacıyla elde ettiği eşya ya da diğer malvarlığı değerlerini kolayca elinden çıkarması, piyasada serbestçe tedavüle koyması ve bu suretle suç işlemenin menfaat temini açısından cazip olarak kabul edilmesinin önüne geçmek istemiştir. Bu suçun işlenebilmesi için öncelikli olarak öncü suç dediğimiz suça bağlı elde edilen bir suç eşyasının yani malvarlığı değerinin olması gerekmektedir. Bu suçun mağdurunun öncül suçtan kaynaklı olarak malvarlığı değeri elinden alınan kişi mi olduğu yoksa suç eşyası niteliğini haiz olan eşyanın elde edilmesiyle suça bağlı olarak söz konusu eşyanın delil niteliği taşıması nedeniyle kamu mu olduğu bu suç bakımından tartışmalıdır.

Bu tartışmalarla ilgili yargısal içtihatlar ve doktrinde yer alan görüşler ele alınacaktır. Bu çalışmamızda bu tartışmalara yer verilecek ve özellikle suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun mağdurunun daha önce işlenen öncül suçun mağduru olduğunun kabul edilmesi durumunda uzlaştırma kurumu açısından oldukça önemli sorunların ortaya çıkacağı ve bu sorunların nasıl giderilebileceği noktasında doktrindeki görüşlere yer verilecek ve tarafımızca bazı önerilerde bulunulacaktır. Özellikle öncül suç kapsamında mağdur olan kişinin öncül suçun yargılama sürecinde suçun faili tarafından zararının karşılanması durumunda öncül suçtan sonra ortaya çıkan suç eşyasının kabul edilmesi veya satın alınması suçu bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanırken mağdur olan kişinin tekrardan bu kez suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından zararının giderilmesinin gündeme gelmesi sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında ele alınacaktır.

Yine çalışmamızda değinilecek başlıklardan olan uzlaştırma kurumu durdur. Hukuk sistemimize ilk olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 73. maddesi ile giren daha sonra süreç içerisinde 5560 sayılı kanunla birlikte Ceza Muhakemesi Kanununun içerisine alınıp 6763 ve 7188 sayılı yasalarla değiştirilen ve bugünkü halini alan uzlaşma, Türk Dil Kurumuna göre, aralarındaki fikir veya menfaat ayrılığını, karşılıklı fedakarlıklarla kaldırarak uyusmak, ortak paydada buluşmak, mutabık kalmak olarak tanımlanmıştır¹. Uzlaşmanın usul hukuku bakımından tanımı ise, kanun koyucu tarafından uzlaşmaya tabi kılınan bir suç için suçun tarafları olan mağdur ve fail arasında anlaşma sağlanarak, bu anlaşmanın üçüncü kişinin kontrolü çerçevesinde suçla ortaya çıkan mağduriyetin mahkemeler vasıta

1 Uzlaşma kavramının ayrıntılı tanımı için bakınız: <https://tdk.gov.tr/>, E.T. 27.08.2024.

kılınmaksızın giderilmesidir. Fail ve mağdurun yasal koşullar çerçevesinde anlaşması nedeniyle fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisinin askıya alınmasını veya tümüyle kaldırılmasını sağlayan kurumdur².

Uzlaştırma kapsamına 7188 sayılı yasa ile birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikle alınan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun uzlaştırma kapsamına alınmasından sonra bu suçun mağdurunun öncül suçun mağduru olarak uygulamada kabul edildiğini görmekteyiz. Öncül suçun mağduru üzerinden uzlaştırma müzakerelerinin yürütülmesinin kabul edilmesi, mağdur olan kişinin öncül suçla ortaya çıkan maddi zararının hem öncül suçla hem de suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda uzlaştırma müzakerelerinin yürütülmesi sırasında giderilebilme ihtimaline yol açacaktır. Böyle bir durum suçun mağduru açısından hukuk düzeni bakımından mükerrer zarar giderimine, hukuk kurullarının kişilerin zenginleşmelerine ve hak etmedikleri paraları almasına neden olacak bir durum yaratacaktır.

Yine suçun mağdurunun öncül suçla zararının karşılanması durumunda suçun mağdurunun suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu için uzlaştırma müzakereleri esnasında öncül suçun failinin zararını giderdiğinden bahisle suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun failiyle edimsiz uzlaşmayı kabul etmesi durumunda bu kez de suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun faili bakımından karşılıksız olarak cezadan kurtulma imkanı ortaya çıkacaktır. Bu durumda da ilk duruma benzer şekilde kamusal açıdan suç işleyen bir kişinin hiçbir bedel ödemediği ceza almaması söz konusu olacaktır ki bu durum en temel ceza hukuku prensiplerine aykırılık teşkil edecektir. Çalışmamızda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun uzlaştırmaya tabi kılınması sonrasında ortaya çıkan ve haksız kazançlar sağlayabilecek veya cezasızlığa yol açabilecek sorunlar ile ilgili uzlaştırma ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi kurumları etrafıca anlatıldıktan sonra bilgi verilecektir.

2 İsmail Ercan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2011, s. 359.

I. SUÇ EŞYASININ SATIN ALINMASI VEYA KABUL EDİLMESİ SUÇU

A. Genel Olarak

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK)³ 165. maddesinde “*Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu söz konusu suçu TCK’nın kişilere karşı işlenen suçlar kısmının malvarlığına karşı işlenen suçlar başlıklı onuncu bölümünde düzenlemiştir. Suç eşyasının satın alınması, kabul edilmesi, devredilmesi veya satılmasının suç olarak kabul edilmesinin altında, suç işlenmesinin toplumda kazanç kaynağı olarak görülmesinin engellenmek istenmesi, yine suçun işlenmiş olması sırasında veya sonrasında elde edilen eşyaların piyasada tedavüle sokulmasının ve bu suretle suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmesi yatmaktadır⁴.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, 5237 sayılı TCK’dan önce 765 sayılı TCK’da da düzenlenmiş bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. 765 sayılı TCK’nın⁵ Mal Aleyhine Cürümler başlıklı 10.bab’ın 5.faslında Eşyayı Cürmiyeyi Satın Almak ve Saklamak başlığı altında düzenlenen suç kanun koyucu tarafından “*Her kim 296 ncı maddede beyan olunan haller haricinde kendisi cürmün irtikabına iştirak etmeksizin bir cürümden hasıl olan para veya sair eşyayı bilerek kabul eder veya saklar yahut satın alır yahut her ne suretle olursa olsun kabul etmek ve saklamak ve satmak hususlarında tavassut eylerse üç seneye kadar hapis ve beş yüz liraya kadar para cezasıyla cezalandırılır. Şu kadar ki tayin edilecek ceza asıl fiil için verilecek cezanın üçte birini geçemez. Eğer fail bu fiili itiyat etmiş takımından ise bir seneden aşağı olmamak üzere muvakkat sürgün cezasıyla beraber yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından 5237 sayılı TCK’daki düzenleniş şekli ile 765 sayılı TCK’daki düzenleniş şekli arasında bazı

3 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, T.C. Resmî Gazete, 25611, 12.10.2004.

4 Türk Ceza Kanununun 165. maddesinde düzenlenen Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçunun madde gerekçesi için bakınız: <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, E.T. 27.08.2024.

5 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, T.C. Resmî Gazete, 13.3.1926/320.

farklar söz konusudur. 765 sayılı TCK'da saklama ve aracılık etme söz konusu suçun seçimlik hareketleri olarak kabul edilmişken; 5237 sayılı TCK'da söz konusu hareketler söz konusu suçun işlenmesi bakımından seçimlik hareket olarak kabul edilmemiştir. Yine 765 sayılı kanun zamanında söz konusu suçun işlenebilmesi için failin söz konusu eşyanın suç eşyası olduğunu bilerek hareket etmesi yani ancak doğrudan kastla hareket etmesi durumunda suçun işlenebileceği düzenlenmişken 5237 sayılı TCK'da söz konusu suçun işlenebilmesi için kanun koyucu tarafından bilme unsuruna açıkça yer verilmemiş olması nedeniyle söz konusu suç hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilir⁶.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, Osmanlı Ceza Hukukunda müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu suç tipine benzer nitelik taşıyan bazı suç tiplerine rastlamak mümkündür⁷. Osmanlı Ceza Hukukunda, suç eşyasını elinde bulunduran kişiler aksini ispat edemedikleri müddetçe söz konusu eşya için hırsızlık suçunu işledikleri karine olarak kabul edilmiş ve bu kişiler hırsızlık suçundan cezalandırılmışlardır⁸. Ancak söz konusu eşyayı çalmadığını ispat eden kişiye hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmaması nedeniyle hırsızlık suçundan ceza verilmezdi ancak bu kişiden söz konusu eşyayı sahibine iade edilmesi istenirdi. Yine hırsızlık konusu eşyayı elinde bulunduran kişinin sabıkalı olması ve hırsızlığa konu olduğu iddia edilen malı hukuka uygun şekilde edindiğini ispat edemediği takdirde bu kişinin ta'zir cezası ile cezalandırılacağı kabul edilmiştir⁹. Böylelikle Osmanlı Ceza Hukuku sisteminde de hırsızlık suçu ile bağlantılı olsa bile suç eşyasını elinde bulunduran kişilerin yargılandıklarını ve belirli şartların gerçekleşmesi durumunda cezalandırıldıklarını görmekteyiz¹⁰.

B. Suçla Korunan Hukuki Yarar

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden korunan hukuki yararın öncelikle söz konusu suçun kanun koyucu tarafından kanun metninde ele

6 Vesile **Sonay Evik ve diğerleri**, Özel Ceza Hukuku- IV, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 425.

7 Mehmet **Koç**, Osmanlı Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları, Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, 2017, s. 68.

8 **Koç**, s. 68.

9 Ömer **Menekşe**, 17. ve 18. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1998, s. 103.

10 Şerife Leman **Gezici Erin**, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 17.

alındığı yer dikkate alındığında kişilerin malvarlığı hakları olduğunu ifade etmemiz gerekir. Bakıldığı zaman söz konusu suçun kanunun kişilere karşı işlenen suçlar kısmının malvarlığına karşı işlenen suçlar başlıklı onuncu bölümünde düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucunun bir fiili suç olarak tanımlaması, söz konusu fiilin en az bir hukuki değer ile ilişkili olduğunu ve kanun koyucunun suçla bu hukuki değer ya da değerleri korumak istediğini göstermektedir¹¹. Malvarlığına karşı işlenen suçlar da diğer suçlarda olduğu gibi kişilerin korunması amacını güder. Örneğin hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar da korunan kişilerin malvarlığı değerleridir¹².

Failin, suç işlemek amacıyla elde ettiği eşya ya da diğer malvarlığı değerlerini kolayca elinden çıkarması, piyasada serbestçe tedavüle koyması ve bu suretle suç işlemesinin menfaat temini açısından cazip olarak görmesinin bu düzenleme ile önüne geçilmek istenmiştir. Bu noktada her ne kadar kanun koyucunun bu suçla kişilerin malvarlığı haklarını öncelikli olarak korumak istediği anlaşılmış olsa da suç eşyası olarak kabul edilen eşyaların suçun işlenmesinden sonra kolayca tedavüle sokulacak oluşu ve bu şekilde suçtan elde edilen eşyaların kolay kazanç kapısı olarak görüleceği dikkate alındığında aynı zamanda bu suçla kamusal güvenliğin de kanun koyucu tarafından korunmak istendiği anlaşılmaktadır¹³. Yine bu suçun işlenmiş olmasından sonra elde edilen eşyanın bulunmasının zorlaşması, suçu ve suçluyu veya suçlularının tespitini de zorlaştıracığından bu suçla aynı zamanda adli organların görevlerinin yerine getirilmesinin kolaylaştırılması da amaçlanmaktadır¹⁴. Bazı suç tiplerinde kanun koyucunun söz konusu suçla birden fazla hukuki değeri korumak istediği anlaşılabılır. Bu tarz suçlar bakımından kanun koyucu söz konusu suçu hangi hukuki konuyu daha çok korunmaya layık görürse o değer korunduğu başlığın bulunduğu düzenlemeler içerisine yerleştirir¹⁵. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından suçla korunan hukuki menfaatin öncelikle malvarlığı hakkı olduğunu kanun koyucunun bu suçla

11 İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 174.

12 Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Rıfat Murat **Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 634.

13 **Gezici Erin**, s. 21.

14 Ali **Parlar**, Asliye Ceza Davaları, Bilge Yayınları, Ankara 2016, s. 785; Sinan **Esen**, Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 413; **Sonay Evik ve diğerleri**, s. 426.

15 Hamide **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 132.

kanunda verdiği yeri dikkate alarak söylemekle birlikte aynı zamanda bu suçla adli organların saygınlığının ve kamu düzeni ve güvenliğinin korunması da olduğu anlaşılmaktadır.

C. Suçun Unsurları

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun unsurları olarak tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuku aykırılık unsurları karşımıza çıkmaktadır. Bir suçun oluşumu için öncelikle olarak kanunilik ilkesi kapsamında bu unsurların tamamının oluşmuş olması gerekmektedir.

1. Tipiklik

Tipiklik unsuru, somut eylemlerin yasada kanun koyucu tarafından suç olarak tanımlanmış soyut metinlerle birebir örtüşmesini ifade eder. Bir eylemin suç olup olmadığını anlayabilmek için öncelikle yasada suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığına bakmak gerekir. Türk Ceza Hukukunda kabul edilen ve Anayasamızın 38/1. maddesinde “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” şeklinde düzenlenen kanunilik ilkesi kapsamında yasada suç olarak tanımlanmayan bir eylemden ötürü eylem ne kadar büyük bir ihlal doğurursa doğursun kişilere ceza verilemez¹⁶.

Ceza hukuk sistemimizde kanunilik ilkesi esas alındığı için kanun koyucu tarafından suç olarak tanımlanmayan bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz. Bu noktada kişilerin gerçekleştirdikleri eylemlerin suç olduğunu düşünmeleri ancak gerçekte söz konusu eylemin kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmemiş olması durumunda kişilere ceza verilemez. Bu durum hukuk sistemimizde mefruz (sözde) suç olarak kabul edilmektedir¹⁷. Tipiklik ilkesi kapsamında hakim, yargılama sürecinde bir insan davranışının sabit olduğuna kanaat getirdikten sonra, bu davranışın soyut norm (soyut suç kalıbı) karşısında değerlendirmesini yani soyut norma uygunluğunu denetler. Akabinde insani davranışın kanunun soyut metnine uygunluğunun hakim tarafından tespit edilmesinden sonra tipiklik unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine hakim kanaat getirir¹⁸. Bu

16 İsmail **Ercan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2024, s. 49.

17 **Zafer**, s. 160.

18 **Zafer**, s. 161.

şekilde bir uygunluğun bulunmadığına hakim kanaat getirirse suçun unsurlarının tipiklik unsuru yönünden oluşmadığına hakim karar vermesi gerekir¹⁹.

Tipiklik unsurunun suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden incelendiğinde, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun oluşabilmesi için öncelikle suç eşyası olarak kabul edilen eşyanın gerek 5237 sayılı TCK’da gerekse de diğer özel ceza kanunları veya ceza normu içeren kanunlara göre suç sayılan bir fiil nedeniyle elde edilmiş olması gerekir. Kanun koyucu tarafından suç olarak kabul edilmeyen eylemler nedeniyle elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin satın alınması, kabul edilmesi vs. bu noktada tipiklik unsuru kapsamında suç olarak kabul edilemez. Kabahatler, disiplin suçları, haksız fiiller suç oluşturmadiğundan bu fiiller yoluyla elde edilen eşya veya malvarlığı değerlerinin satın alınması veya kabul edilmesi bu suçu oluşturmaz²⁰. 5237 sayılı TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen suçun oluşumunun öncelikli şartının bu suça konu fiillerden önce suça konu eşyalar veya malvarlığı değerlerinin bir suçtan elde edilmiş olmasıdır²¹.

2. Suçun Maddi Unsurları

Suçun maddi unsurları ile kastedilmek istenen bir suçla ilgili olarak suçun işlenme sürecinde suçla ilgili olarak dış dünyaya yansıyan hareketlerdir. Suçun maddi unsuru olarak hareket, netice, illiyet bağı, fail, mağdur ve suçun maddi konusu kabul edilmiştir²². Bir kısım yazarlarca suçun unsurlarından maddi unsuru hareket, netice ve illiyet bağı olarak kabul edilmiş fail, mağdur gibi diğer maddi unsurları tek başına maddi unsur kavramı olarak kabul edilmemiştir²³. Suçun maddi unsuru olarak suçun oluşumu sırasında dış dünyaya yansıyan şeylerin maddi unsur olduğunu kabul etmemiz durumunda suçun maddi unsuru olarak hareket, netice, illiyet bağı, fail, mağdur ve suçun konusunun da suçun maddi unsuru içerisinde olması gerektiği kanaatindeyiz.

19 Mehmet Emin **Artuk**/Ahmet **Gökçen**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 275.

20 **Sonay Evik ve diğerleri**, s. 433.

21 Mustafa **Artuç**, Pratik Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 973.

22 **Özgenç**, s. 167 vd.; **Artuk/Gökçen**, s. 275 vd.

23 **Zafer**, s. 166; Hakan **Hakeri**, Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 136.

a. Hareket Unsuru

Suçun hareket unsuru, suçun oluşumu için gerekli olan ve dış dünyada değişiklik meydana getiren iradi insan davranışdır²⁴. Hareket unsuru insan bedeninin bir faaliyeti olup insan beyninde oluşturulan emirler sinirler aracılığıyla kaslara ulaşır ve kaslar bu emre uygun olarak faaliyete geçer. Kasların faaliyeti, beyinde oluşturulan düşüncenin bir tezahür biçimidir. El, kol, bacak, göz, dil kasları bu iradeyi açığa vuran kaslarımızdır. Ceza hukukunun değer verdiği hareket insandan kaynaklanan harekettir. Bir hayvandan kaynaklanan hareket, ancak insana izafe edildiği takdirde önem kazanır²⁵. Hareketin niteliğine göre suçları çeşitli ayrımlara tabi tutabiliriz. Bu noktada suçlar hareket sayısı bakımından tek hareketli, birden fazla hareketli, seçimlik hareketli ve itiyadi suçlar olarak ayrılırken; hareketin şekline göre icrai veya ihmali suçlar ve ihmali suretiyle icrai suçlar olarak ayrılır²⁶. Yine hareketin önemine göre serbest ve bağlı hareketli suçlar olarak ayrılırken hareketin icrasının devam edip etmemesine göre ani ve mütemadi suçlar olarak tasnif edilirler²⁷.

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen Suç Eşyasının Kabul Edilmesi veya Satın Alınması suçu yönünden kanun metninde kanun koyucunun suçun hareket unsuru bakımından *"Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, ... cezalandırılır."* şeklinde düzenleme yapmış olması nedeniyle bu suç ancak kanun koyucunun belirlemiş olduğu hareketlerden en az birinin gerçekleşmesi ile işlenebilir. Bu noktada bu suçun öncelikle bağlı hareketli bir suç olduğunu ifade etmemiz gerekir²⁸. Yine kanun koyucunun bu suçun oluşumu için satma, devretme, satın alma veya kabul etme eylemlerinden en az birinin gerçekleştirilmesini kabul ettiği için bu suç aynı seçimlik hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu seçimlik hareketlerden birden fazlasının fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da yine tek bir suç işlenmiş olarak kabul edilecektir. Yine kanun koyucu bu suç bakımından yasaklamış olduğu eylemleri cezalandırma yoluna gittiğinden bu suç ancak icrai davranışla işlenebilir. Bu noktada bu suçun ihmali davranışla yani kanun koyucunun yapılmasını sarih

24 Özenç, s. 179.

25 Zafer, s. 168.

26 Artuk/Gökçen, s. 334.

27 Artuk/Gökçen, s. 334.

28 Emilio Dolcini/Giorgio Marinucci, Codice Penale Commentato adlı kitabından aktaran Sonay Evik ve diğerleri, s. 436.

veya zımni olarak istediği bir davranışın yapılmaması suretiyle işlenebilmesi mümkün değildir. Söz konusu suçun 5237 sayılı TCK'nın ilk düzenlendiği halinde yalnızca suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suç olarak kabul edilmişti. Ancak 5918 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte kanun metnine seçimlik hareketler olarak satmak ve devretmek fiilleri de eklenmiştir²⁹. 765 sayılı TCK zamanında bu suçun seçimlik hareketlerinden biri olarak aracılık etme eylemi de seçimlik hareket olarak kabul edilmişti. Ancak 5237 sayılı TCK'da aracılık etme fiili suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu açısından bir seçimlik hareket olarak kabul edilmemiştir. Bu noktada suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesine aracılık etme eyleminin varlığı durumunda aracılık eden kişinin durumu iştirak kurumu kapsamında değerlendirilecektir³⁰.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun seçimlik hareketlerinden “*satma eylemi*”, bir edim karşılığı eşyanın veya malvarlığı değerinin mülkiyetini başka bir kişiye geçirmeyi ifade ederken; “*satın alma*” eylemi bir edim karşılığı eşyanın mülkiyetini elde etmeyi ifade ederken; “*devretme*”, satın alma dışında herhangi bir yolla belirli bir süre için veya süresiz olarak eşya veya malvarlığı değeri üzerindeki fiili egemenliği aktarma olarak ifade edilirken; son olarak suçun “*kabul etme*” hareketi, satın alma dışında herhangi bir yolla belirli bir süre için veya süresiz olarak eşya veya malvarlığı değeri üzerinde fiili egemenlik kurma anlamına gelir³¹.

Bu suçun oluşabilmesi için öncelikli olarak çalışmamızın tipiklik unsuru içerisinde değindiğimiz gibi bir suçun işlenmiş olmasından sonra elde edilen bir eşyanın veya malvarlığı değerinin olması gerekir. Bu noktada öncelikli olarak ortada öncül bir suçun olması gerekmektedir. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden zikredilen seçimlik hareketlerin öncül suçun failinin rızasıyla gerçekleştirilmesi gerekir. Öncül suçun failinden rızası olmaksızın suça konu olan eşya veya malvarlığı değerinin alınması durumunda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu değil hırsızlık suçu oluşacaktır³².

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun oluşumu için kanun koyucunun kanun metninde suçla elde edilen eşya veya mal

29 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, T.C. Resmî Gazete, 27.06.2009.

30 Tezcan/Erdem/Önok, s. 845.

31 Tezcan/Erdem/Önok, s. 844 vd.

32 Tezcan/Erdem/Önok, s. 844; Sonay Evik ve diğerleri, s. 436; Artuç, s. 973; Esen, s. 415.

varlığı değerinin saklama unsurunun yer almadığını görmekteyiz. Suçun failinin suça konu eşyayı kabul ettikten sonra saklaması bu suçun içerisinde kabul edilen bir hareket ise de failin saklama amacıyla aldığı suç eşyasını daha sonra saklanması durumunda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu değil bu durumda 5237 sayılı TCK'nın 281. maddesinde düzenlenen suçun delillerinin gizlenmesi suçu oluşacaktır³³. Yine bu suç sadece kanun koyucu tarafından belirlenen hareketlerle işlenebileceğinden eşyanın veya malvarlığı değerinin olduğu yeri bilip de haber vermemek bu suçun oluşturmayacaktır³⁴.

b. Netice ve İlliyet Bağı

Ceza hukukunda suçun maddi unsurları içerisinde yer alan netice kavramı, bir suça bağlı olarak dış dünyada meydana gelen değişikliği ifade etmektedir. Bu değişikliğin ceza hukuku anlamında karşılığının olabilmesi için kanun koyucu tarafından düzenlenen suç tanımına uygun olan neticenin gerçekleşmesi, sonucun ortaya çıkması gerekir³⁵. Kanun koyucu tarafından suç tanımı içerisine alınmayan sonuçların ceza hukuku anlamında cezalandırılabilir tarafı bulunmamaktadır. Suçun maddi unsuru içerisinde yer alan netice unsuru, insan hareketinin veya ihmalinin doğal bir etkisi yani dış dünyada meydana gelen ve insan hareketine bağlı olan bir değişikliktir³⁶. Netice unsurunu, suçun maddi konusu üzerinde yarattığı tehlike veya zarara göre neticesi harekete bitişik suçlar (sırf hareket suçu) veya netice suçları olarak ayırabilmek mümkündür³⁷. Yine netice unsurunu, suçun tamamlanma zamanı bakımından ani suç ve kesintisiz suç olarak ayırabilmek mümkündür. Suçun elverişli icra hareketlerinin tamamlanması sonucunda neticenin meydana geldiği ve suçun sona erdiği durumlarda ani suçtan; suçun hareket unsurunun tamamlanmasından sonra neticenin meydana gelip sona erdiği neticeye bağlı ihlallerin devam ettiği suçlara ise kesintisiz suç denilmektedir. Örneğin, Askeri Ceza Kanununda düzenlenen bakaya kalma suçunda kişinin firari duruma düşmesinden sonra kişi askerlik hizmetini yerine getirmeye başlayıncaya kadar firari

33 **Sonay Evik ve diğerleri**, s. 438; Atilla **Tanrıvermiş**, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, 2017, s. 22. **Gemici Ezin**, s. 31.

34 Sulhi **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler adlı kitabından aktaran **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 845.

35 **Ercan**, s. 60.

36 **Zafer**, s. 175.

37 **Ercan**, s. 61; **Zafer**, s. 175; **Artuk/Gökçen**, s. 352.

durumu devam ettiğinden bakaya kalma suçu bu anlamda kesintisiz suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suçun maddi unsuru içerisinde yer alan illiyet bağı (nedensellik bağı) ise, suçun işlenmesine olanak veren elverişli icra hareketlerinin gerçekleşmesine bağlı olarak neticenin ortaya çıkmasına denir. İlliyet bağı sonucun hareket nedeniyle ortaya çıkması olarak da tanımlayabilmek mümkündür. İlliyet bağı, hareket ile sonuç arasında bulunması gereken neden sonuç ilişkisidir³⁸. Bu ilişkide neden harekettir. Hareket olmasaydı, suç tanımında düzenlenen sonuç ortaya çıkmayacaktı³⁹. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından netice ve illiyet bağı unsurları değerlendirildiğinde, kanun koyucu tarafından suç eşyası olarak kabul edilen eşya veya malvarlığı değerinin satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesi sonrasında failin menfaat elde etmesi veya mağdurun zarara uğraması gibi bir netice aranmadığından bu suçun neticesi harekete bitişik suçlar (sırf hareket suçları) içerisinde yer aldığını ifade etmemiz gerekir. Yani kanun koyucu tarafından belirlenen seçimlik hareketlerden en az birinin icra edilmesi sonrasında bu suç oluşacaktır. Failin ayrıca menfaat elde edip etmediği aranmayacaktır⁴⁰.

c. Fail

Fail, ceza hukuku bağlamında hukuka aykırı eylemi işleyen kimse, suçun aktif süjesidir. Fail suçun en önemli unsuru olarak karşımıza çıkan iradi hareketin sahibi, icracısıdır⁴¹. Bu nedenle hareket ve sonuçlarını irade etme yeteneğine sahip olan herkes suçun faili olabilir. 5237 sayılı TCK bakımından suçun faili için kanun koyucunun genellikle kişi kavramını kullandığı görülmektedir⁴². İradi yeteneğe sahip olmayan tüzel kişiler ceza hukuku bağlamında fail olarak kabul edilmezler ve fail olarak cezalandırılmazlar. Nitekim maddi bir bünyesi ya da hareket yeteneği olmayan tüzel kişi, ancak gerçek kişilerden müteşekkil temsilcileri aracılığıyla faaliyette bulunurlar. Bu sebeple cezai sorumluluk, suç teşkil eden eylemi yapan organ veya temsilci konumundaki gerçek kişilere aittir⁴³. Suçun failinin kanun koyucu tarafından belirli özelliklere sahip olmasının aranıp aranma-

38 Zafer, s. 182.

39 Ercan, s. 63; Zafer, s. 182; Artuk/Gökçen, s. 353 vd.

40 Gemici Ezin, s. 31; Sonay Evik ve diğerleri, s. 439; Tezcan/Erdem/Önok, s. 844.

41 Zafer, s. 134.

42 Zafer, s. 134; Ercan, s. 52; Artuk/Gökçen, s. 379.

43 Artuk/Gökçen, s. 379.

masına göre de suçlar genel suçlar ve özgü suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir suçun bir kimse tarafından işlenebilmesi için kanun koyucunun suç tanımında o kimse de herhangi bir fiili veya hukuki şartları sağlamasının aranmadığı suçlar, genel suçlar iken; bir suçun işlenebilmesi için kanun koyucunun suçun faili olabilecek kimse de belirli hukuki veya fiili şartların varlığını aradığı suçlara ise, özgü suçlar denilmektedir⁴⁴. Örneğin, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen irtikap ve görevi kötüye kullanma suçlarında suçun failinin kamu görevlisi olması gerektiğinden bu suçlar birer özgü suçtur. Yine 5237 sayılı TCK'nın 81 vd. maddelerinde düzenlenen kasten öldürme suçunun faili olunabilmesi için bir insanın ölümüne kasten neden olma dışında faillik bakımından bir şart aranmadığından bu suç bir genel suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵.

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından kanun koyucunun suç tanımında suçun failinden herhangi bir fiili veya hukuki şartları sağlamasını aramadığı anlaşılmaktadır. Bu noktada kanun koyucu tarafından bu suç için seçimlik hareketler olarak düzenlenen suç eşyası olarak kabul edilen eşya veya malvarlığı değerinin fail tarafından satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesinden en az birinin gerçekleştirilmesini kanun koyucunun yeterli görmesi nedeniyle bu suçun genel nitelikte bir suç olduğunu ifade etmemiz gerekir.

d. Mağdur

Mağdur, bir suçun işlenmiş olmasından kaynaklı olarak hakkı ihlal edilen kimsedir. Suçun mağduru suç ile zarar verilen veya tehlikeye sokulan hak veya menfaatin sahibi olan kimsedir⁴⁶. Örneğin kasten yaralama suçunda vücuduna acı verilen veya sağlığı bozulan kişi, suçun mağduru- dur. Her suçta mutlaka bir mağdur vardır. Mağdur kavramı suçun maddi konusundan farklı olup suçun mağduru olan kimse suçun maddi konusunun sahibidir. Örneğin hırsızlık suçunda çalınan eşya suçun konusuyken eşyası çalınan kişi ise suçun mağdurudur⁴⁷. Suçların bireyin, toplulukların veya kamunun menfaatlerini ihlal etmesi nedeniyle devletin kamusal barışı ve huzuru sağlama görevi dikkate alındığında her suçun aynı zamanda dolaylı da olsa mağduru devlettir. Doğrudan devletin varlığını ve işleyişini

44 Artuk/Gökçen, s. 379-380.

45 Zafer, s. 135-136; Ercan, s. 52; Artuk/Gökçen, s. 379-380.

46 Zafer, s. 137.

47 Zafer, s. 137; Ercan, s. 53; Artuk/Gökçen, s. 392 vd.

hedef alan suçlar bakımından da devlet geniş anlamda mağdur olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. Mağdur kavramı sadece gerçek kişiler için kullanılır. Tüzel kişilerin ancak suçtan zarar olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Suçtan zarar gören kavramı ile mağdur kavramı aynı anlama gelmemekte olup suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniş nitelikte olan bir kavramdır. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse suçtan zarar görendir⁴⁹.

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından suçun mağduru, bu suçla malvarlığı üzerindeki mülkiyet ve tasarruf hakkı öncelikle korunan hukuki yarar olduğundan malvarlığı değerinin sahibi veya zilyedidir⁵⁰. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda suçtan elde edilen suç eşyası veya malvarlığı değerinin sahibi hem öncül suç hem de bu suçun mağduru olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹.

e. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlenmiş olduğu nesne veya insandır. Suç neyin üzerinde gerçekleşmişse suçun maddi konusu da odur⁵². Hayvanlar da suçun maddi konusu olabilir. Yine kişinin vücut bütünlüğü, münferit organları, organlarının fonksiyonu suçun maddi konusu olabilir. Suçun maddi konusunun insan olduğu durumlarda suçun mağduru ile suçun maddi konusu aynı kavram üzerinde bir araya gelirler. Örneğin kasten öldürme suçunun mağduru da maddi konusu da ölen kişi yani insandır⁵³. Yalnızca duyularla algılanabilen nesneler suçun maddi konusu olabilir. Cisim olmayan, yani yalnızca düşünce ile idrak edilebilen nesneler suçun maddi konusunu değil, hukuksal konusunu oluşturabilirler. Tüzel kişiler,

48 Zafer, s. 137.

49 Artuk/Gökçen, s. 392.

50 Sonay Evik ve diğerleri, s. 439; Tezcan/Erdem/Önök, s. 841.

51 Olay tarihinde müştekinin aracının çalınması üzerine müştekinin aracını bulabilmek amacıyla kendi çabasıyla daha önceden tanıdığı ve sabıkalı olduğunu bildiği kişinin yanına giderek aracının bulunmasını istediği ve bu kişinin de diğer aracı çalan kişi ile irtibata geçerek aracın teslimi konusunda müştekiden para talep ettikleri olayda müştekinin aracını bulması amacıyla irtibat kurduğu sanığın aracı çalan kişi ile irtibat kurarak çalınan aracı müştekiye para karşılığı verebileceğini ifade ettiği olayda müşteki hem aracının çalınması ile ilgili dosyada hem de aracının çalınmasından sonra aracı temin edip müştekiden geri vermek amacıyla para talep eden sanığın dosyasında müşteki olarak yer almalıdır şeklindeki Yargıtay kararı için bakınız: Yarg. Ceza Genel Kurulu, E. 2013/13-486, K. 2016/470, 06.12.2016, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 31.08.2024.

52 Ercan, s. 54.

53 Zafer, s. 138.

peri, cin, melek veya şeytan gibi kavramlar suçun maddi konusu olamazlar⁵⁴.

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu bakımından suçun maddi konusu, öncül suçun işlenmesiyle elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değerleridir⁵⁵. Suçun madde gerekçesine bakıldığı zaman⁵⁶ *"...Suçun konusunu, ancak ekonomik değeri olan şeyler oluşturabilir. Bu ekonomik değerlerin, daha önce işlenmiş bir suçtan elde edilmiş olması gerekir. Bu suçun, mutlaka malvarlığına karşı bir suç olması gerekmez..."* şeklinde kanun koyucunun gerekçesini açıkladığı anlaşılmaktadır. Söz konusu gerekçe metninden de anlaşılacağı üzere bu suçun maddi konusunun sadece bir suçun işlenmesine bağlı olarak ele geçirilen eşya veya malvarlığı değeri olabilecektir. Bu noktada suçun işlenmesi sırasında kullanılan, suçun işlenmesine yarayan şeyler bu suçun maddi konusunu oluşturmazlar⁵⁷.

3. Suçun Manevi Unsuru

Bir suçun işlendiğinden söz edilebilmesi için failin suçun maddi unsurlarını yani dış dünyada algılanabilen hareketlerini gerçekleştirmesi suçun oluşumu için tek başına yeterli değildir. Bu noktada suçtan söz edilebilmesi için faille fiil arasında nedensel objektif bir bağın varlığı yeterli olmayıp ayrıca faille fiil arasında sübjektif-psişik bir bağın bulunması gerekmektedir⁵⁸. Suçun manevi unsuru, suç olgusunun dış dünyada görünmeyen ve somut olarak algılanamayan boyutunu yani düşünce boyutunu ifade eden unsurdur. Manevi unsur başka bir tanımla kişinin iradesini hukuka aykırı sonuca yöneltmesi, suça iradi olarak neden olmasıdır⁵⁹. Manevi unsur hareketi faile bağlayan psikolojik bir bağıdır⁶⁰. Ceza hukukunda suçun manevi unsurunu olarak, kast ve taksir olmak üzere iki temel gerçekleşme biçimi söz konusudur. Kast unsuru kendi içinde doğrudan kast ve olası kast olarak ayrılırken; taksir unsuru ise, bilinçsiz ve bilinçli taksir olmak üzere ikiye ayrılır⁶¹. Suçlar kural gereği ancak kasten işlenebilir.

54 Nevzat **Toroslu**/Haluk **Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s. 103.

55 **Sonay Evik ve diğerleri**, s. 429.

56 Söz konusu gerekçe metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, E.T. 31.08.2024.

57 **Sonay Evik ve diğerleri**, s. 429; **Gemici Ezin**, s. 25.

58 **Zafer**, s. 200.

59 **Ercan**, s. 68.

60 **Ercan**, s. 68.

61 **Zafer**, s. 235.

Kanun koyucu da bu durumu 5237 sayılı TCK'nın 21/1. maddesinde “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” demek suretiyle vurgulamıştır. Bu temel ilkeden yola çıkarsak bir suçun manevi unsurun diğer hali olan taksirle işlenebilmesi için kanun koyucu tarafından söz konusu suçun taksirle işlenebilir kılınması yani kanun koyucu tarafından açıkça taksirle işlenebileceğinin düzenlenmiş olması gerekir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 22/1. maddesinde kanun koyucu “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” şeklinde belirterek bu durumu ifade etmiştir.

Kast unsuru kendi içinde doğrudan kast ve olası kast olarak ayrılır demiştik. Doğrudan kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek fail tarafından gerçekleştirilmesidir. Olası kast ise, failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesidir⁶². Buna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (YCGK) bir kararında vurgulandığı ve öğretide benimsendiği üzere, “...*doğrudan kast; öngörülen ve suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup, kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesi halinde doğrudan kastla hareket etmiş olacak, buna karşın işlemiş olduğu fiilin muhtemel bazı neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine ve bu neticelerin gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak tasavvur etmesine rağmen muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlemesi halinde olası kast söz konusu olacaktır.*”⁶³ ...” şeklinde ifade edilmektedir. Taksir unsuru da kendi içerisinde bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bilinçsiz taksir, kişinin kendisiyle aynı sosyal statü vb deki kişinin öngörebilir de önleyebileceği bir şeyi öngöremeyip önleyememesi yani sonuca neden olmasıdır⁶⁴. Bilinçli taksir ise, kişinin iradi hareketinin sonuçlarını öngörmesi ancak sonucu istememesine, sonucun gerçekleşmesini engellemek istemesine rağmen sonuca engel olmamasıdır⁶⁵. YCGK bir kararında vurgulandığı ve öğretide benimsendiği üzere, “...*Taksirli suçlarda, gerek icrai, gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemez bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli*

62 Zafer, s. 215.

63 Yarg. CGK., E. 2014/314, K. 2014/389, 23.09.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 05.09.2024.

64 Zafer, s. 236.

65 Zafer, s. 246.

suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Sonucun gerçekleşmesinde mağdurun taksirli davranışının da etkisinin olması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağıını kesmediği sürece bu durum, failin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, taksirin niteliğini de değiştirmeyecektir. Türk Ceza Kanununda taksir; “basit” ve “bilinçli” taksir olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmuş, 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir; “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi” şeklinde tanımlanmış, bu halde taksirli suça ilişkin cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür. Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırt edici ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır⁶⁶ ...” şeklinde ifade edilmektedir.

Suçun manevi unsuru içerisinde yer almasa bile öğretide kast-taksir kombinasyonu olarak tanımlanan⁶⁷ ve 5237 sayılı TCK’nın 23. maddesinde “Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” şeklinde tanımlanan netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç kavramı da ceza hukukumuzda yer almaktadır. Kişinin iradi hareketinin sonucunu istemesine rağmen kastettiğinden daha ağır veya farklı bir sonucun ortaya çıkması durumunda, sonuçtan kişinin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Bu kurumun uygulanabilmesi için kanun koyucunun ilgili suç tipini kast taksir kombinasyonu ile açıkça işlenebileceğini düzenlemiş olması gerekir⁶⁸. Hangi suçun kast-taksir kombinasyonu ile işlenebileceğinin ve bu durumun cezaya nasıl yansıtılacağına suç tanımlarında gösterilmesi gerekir⁶⁹.

5237 sayılı TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. 765 sayılı TCK’dan farklı olarak söz konusu suç hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirle işlenebilmesi kanun koyucu tarafından taksirle işlenebilir kılınması nedeniyle mümkün değildir. Bu suçun oluşumu için genel kast yeterli olup ayrıca özel bir saikin, amacın veya hedefin varlığı gerekli değildir. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun doğrudan kastla

66 Yar. CGK., E. 2014/314, K. 2014/389, 23.09.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 05.09.2024.

67 Zafer, s. 249.

68 Zafer, s. 249.

69 Zafer, s. 249.

mı olası kastla mı işlendiğinin tespiti fail hakkında verilecek olan cezanın belirlenmesinde önem taşımaktadır⁷⁰. Failin suça konu şeyin suçtan elde edildiğini biliyor olması yeterli olup öncül suçun ne olduğunun, nasıl ve kim tarafından kime karşı işlendiğinin fail tarafından bilinmesine gerek yoktur⁷¹.

4. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun hukuka aykırılık unsuru, hukuk düzeninin emir, yasak ve yükümlülüklerine uyulmamasıdır. Hukuka aykırılık, hukuk düzeni içerisinde ortaya çıkan hareketin hukuk düzeniyle çatışması olarak ifade edilir⁷². Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık suç tipini ihlal eden hareketin yalnızca ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeni ile çatışma içerisinde bulunması demektir⁷³. Bu noktada ceza hukuku bakımından hukuka aykırılık unsuru, fiilin, suçu oluşturan hukuki tanımla ve hukuki varlık veya menfaatleri koruyan diğer normlarla karşılaştırılmasını ve bir değerlendirme yapılmasını gerektiren bir konudur. Cezai sorumluluğun yapılması noktasında bu değerlendirmenin yapılması zorunludur⁷⁴. TCK’da düzenlenen suçlara göre suç sayılan bir fiilin işlenmesine izin veren bir kural TCK’da yer almasa bile başka bir kanunda o suçun işlenmesine izin veren bir düzenlemeye yer verilebilir. Bu izin söz konusuysa TCK kapsamında suç sayılan bir fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı sonucu ortaya çıkar. Bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala hukuka uygunluk sebebi denir⁷⁵.

TCK’da kabul edilen hukuka uygunluk sebepleri ise, hakkın kullanılması, rıza, meşru müdafaa ve kanundan kaynaklı yetkinin kullanılmasıdır. 5237 sayılı TCK’nın 24. maddesinde düzenlenen kanundan kaynaklı yetkinin kullanılması, “*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu yetki, yasa kapsamında verilen bir görevin yerine getirilmesi durumunda kanunun sınırları içerisinde hareket eden bu kişinin eylemi suç olarak kabul edilmez. 5237 sayılı TCK’nın 25/1. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa ise kanunda “*Gerek kendi-*

70 Sonay Evik ve diğerleri, s. 440.

71 Gemici Ezin, s. 73; Tezcan/Erdem/Önok, s. 844-845; Esen, s. 416.

72 Zafer, s. 254.

73 Ercan, s. 89.

74 Zafer, s. 255.

75 Artuk/Gökçen, s. 494-495.

sine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir. Kişilerin kendilerine veya diğer kişilere karşı gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhakkak niteliği taşıyan bir saldırıya karşı saldırıyla eş zamanda ve orantılı olacak şekilde müdafaada bulunan kişinin eylemi suç olarak kabul edilmez. 5237 sayılı TCK’nın 26/1. maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması ise kanunda “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hak, hukuken korunan ve tanınan yetki demektir⁷⁶. Bir hakkın kullanılması başkalarının haklarıyla çatışsa bile hukuk düzeni hakkını koruyan kişiyi korumaktadır. Hukuk düzeninin koruduğu bir hakkı kullanan kişiye ceza verilemez⁷⁷. Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkan rıza ise kanunda “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Rıza, kişilerin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilecekleri haklarıyla ilgili faile suçun elverişli icra hareketlerine başlamadan önce herhangi bir baskı veya etki altında kalmadan verdiği irade beyanıdır⁷⁸. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için rıza gösteren kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği hakkıyla ilgili herhangi bir baskı veya etki altında kalmadan irade beyanında bulunması gerekir⁷⁹. Örneğin 15 yaşını tamamlamamış çocukların kendilerine yönelik cinsel davranışlara karşı vermiş oldukları rızaları bu kişilerin cinsel bütünlüklerine yönelik olarak yapılan eylemleri anlayabilme yeteneklerinin olmadığı kabul edildiğinden cinsel suçlar açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez.

5237 sayılı TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden hukuka uygunluk sebeplerine baktığımızda, mağdurun kendisine ait olan eşya ile ilgili rızasının bulunması söz konusu fiili suç olmaktan çıkartır. Örneğin malı çalınan mağdur çalan kişiden kendisi açısından çok önemli olan bu malı alamadığı durumlarda üçüncü bir kişiden bu malı çalan kişiden almasını ister ve üçüncü kişi de bu malı alırsa üçüncü kişinin eyleminde mağdurun rızası

76 Hak kavramının sözlük anlamı için bakınız: <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 01.09.2024.

77 Ercan, s. 98.

78 Zafer, s. 288.

79 Zafer, s. 295.

olduğundan bu suç oluşmaz. Yine bu suç bakımından görevin yerine getirilmesi de bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin polis memurlarının çalıntı bir aracı çalan kişiyi tespit edip aracı almak için müşteri kılığında hareket ederek söz konusu aracı çalan kişiden almaları durumunda da polis memurlarının eylemi kanundan kaynaklı yetkinin kullanılması kapsamında suç olmayacaktır⁸⁰.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Teşebbüs 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Teşebbüs, kasıtlı olarak suçun elverişli icra hareketlerine başlayan failin söz konusu elverişli icra hareketlerinin kendisinden kaynaklı olmayan nedenden ötürü tamamlayamaması veya tamamlamış olduğu elverişli icra hareketlerini yine kendisinden kaynaklı olmayan nedenden ötürü neticelendirememesidir⁸¹. Teşebbüse ilişkin hükümler suçla korunan hukuki menfaatin tesadüflere veya rastlantılara bırakılamayacak oluşu prensibiyle cezai sorumluluğu genişletici bir nitelik taşır. Bu şekilde suç tanımı içerisine girmeyen hareketler teşebbüs hükümleri sayesinde cezalandırılmaktadır. Daha önce 765 sayılı TCK'da yer alan tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır⁸².

5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu neticesi harekete bitişik suçlardandır. Bu suçun elverişli icra hareketleri bölünebildiği takdirde teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür⁸³. Örneğin suç eşyasının satın alınması konusunda faille pazarlık yapılmış ve anlaşılmış ancak eşya teslim edilmeden suç eşyası polisler tarafından ele geçirilirse suç teşebbüs aşamasında kalmış olur⁸⁴.

80 Artuç, s. 973.

81 Zafer, s. 362.

82 Ercan, s. 133.

83 Tezcan/Erdem/Önok, s. 848.

84 Sonay Evik ve diğerleri, s. 439; Artuç, s. 974; Tezcan/Erdem/Önok, s. 848.

2. İştirak

İştirak, tek bir fail tarafından işlenebilecek bir suçun birden çok kimse tarafından işlenmesi olarak kabul edilen, ceza sorumluluğu genişletici bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵. İştirak kurumu cezai sorumluluğu genişleten bir kurumdur çünkü yalnızca suç tanımındaki hareketi yapan kişi ya da kişiler değil aynı zamanda o suçun işlenmesine katılanlar da katkılarına göre cezalandırılmaktadır. Başka bir anlatımla iştirak kurumu sayesinde suç tanımına girmeyen ancak suça katkısı olan hareketler bu kapsamla asıl faille birlikte cezalandırılmaktadır. Bu noktada kanuni tanıma uygun tipik eylemi gerçekleştiren kişi dışında eyleme katkıda bulunan kişilerin de cezalandırılması söz konusu olduğundan iştirak kurumu aynı zamanda tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır⁸⁶. İştirak kurumu en genel anlamda, suçun işlenmesi amacıyla fail ve diğer kişilerce oluşturulan ortaklığın gayri meşru görünümünü oluşturur ve suç girişiminin başarıya ulaşmasını kolaylaştırmak amacıyla “güçleri birleştirme” ve “görev bölümü” yapmanın gerekliliğinin veya elverişliliğinin bir sonucudur⁸⁷.

İştirak kurumu TCK’nın 37 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup ceza hukukumuzda faillik, yardım etme ve azmettirme olarak üçe ayrılmaktadır. Faillik ise kendi arasında müstakil faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik olmak üzere üçe ayrılır. Yardım etme ise, maddi yardım ve manevi yardım olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁸. İştirak de her bir şerik sorumluluğunu failin fiilinden alır ve failin hareketinin mutlaka kasıtlı olması gerekir. Bu noktada taksirli suçlar açısından iştirak kurumunun uygulanabilmesi mümkün değildir. Yine iştirak kurumu suç sona erinceye kadar mümkündür. Suç sona erdikten sonra iştirak kurumunun uygulanması söz konusu olamaz. İştirak de her bir şerik açısından söz konusu olan şahsi cezasızlık veya kusursuzluk halleri yalnızca o şerik açısından uygulanabilir, diğer şeriklere sirayet edemez⁸⁹. 5237 sayılı TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçuna iştirakin her türlü mümkündür⁹⁰. Bu suçun failinin bu suçun öncülü niteliği taşıyan suça iştirak etmemesi gerekir. Aksi takdirde eylem öncül suça iştirak kapsamında değerlendirilir ve cezalandırılır. Ön suçun faili bu suçun faili

85 **Zafer**, s. 381.

86 **Ercan**, s. 141 vd.

87 **Zafer**, s. 381.

88 **Zafer**, s. 396.

89 **Zafer**, s. 401.

90 **Artuç**, s. 974.

veya suç ortağı olamaz. Bu suç suça iştirak noktasında bir özellik arz etmemekte olup özgü suç niteliği de taşımadığından iştirakin her türlü bu suç açısından mümkündür⁹¹.

3. İçtima

Suçların içtimaı, suçların birleşmesi demektir. Ortada birden fazla suç bulunmasına rağmen çeşitli sebeplerle faile tek cezanın verildiği durumlara suçların içtimaı denir⁹². Ceza yasası birden çok kez ihlal edildiğinde kural gereği ihlal sayısı kadar suç oluşur. Ancak ceza kanununda suç sayılan eylemler birden fazla ihlal edilse bile tek suç oluşur. Bu durumda suçların içtimaı söz konusu olur⁹³. Suçların içtimaı, ağırlaştırıcı veya hafifletici bir neden değildir. Bu noktada içtima kurumu çeşitli ihlallerin ve birden fazla eylemin kaynaşması durumudur. Suçların içtimasında gerçek dünyada fiil ve dolayısıyla ihlal ve suç birden fazladır ve her bir ihlalin normlar dünyasında ayrı ayrı karşılığı bulunmaktadır⁹⁴. Suçların içtimasına ilişkin kurallarla suçlar birleştirilerek tek suç haline dönüştürülür ve birden fazla suça tek normun uygulanması sağlanır⁹⁵.

TCK bakımından kabul edilen içtima türleri bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima şeklindedir. 5237 sayılı TCK'nın 42. maddesinde “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*” şeklinde düzenlenen bileşik suçta, birden fazla farklı suçun tek bir suç içerisinde birleşmesidir. Örneğin 5237 sayılı TCK'nın 148 vd. maddelerinde düzenlenen yağma suçu, hırsızlık suçu ile cebir veya tehdit suçunun birleşiminden oluşur. Hırsızlık ve cebir veya tehdit suçunun yasal tanıma uygun olarak birlikte işlenmesi durumunda kural olarak sadece yağma suçundan ceza verilecektir. 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır ... Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi du-*

91 Sonay Evik ve diğerleri, s. 447; Esen, s. 417; Tezcan/Erdem/Önok, s. 848.

92 Zafer, s. 409.

93 Ercan, s. 153.

94 Zafer, s. 409.

95 Zafer, s. 409.

rumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır...Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenlenen zincirleme suç ise, bir kişinin aynı kişiye karşı aynı suça bağlı hareketleri farklı zamanda gerçekleştirmesini veya bir kişinin yine aynı suçu tek bir hareketle bu kez birden çok kişiye karşı gerçekleştirmesini içtima hükümleri kapsamında tek bir suç olarak kabul etmesidir. 5237 sayılı TCK’nın 44. maddesinde “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” şeklinde düzenlenen fikri içtimada ise, failin fiiline bağlı olarak birden fazla farklı suçun ortaya çıkması durumunda hareketin tek olması şartıyla bunlardan en ağır olan suç seçilerek tek bir cezanın faile verilmesidir.

5237 sayılı TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, içtima bakımından özellik göstermez. Ancak suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu seçimlik hareketli bir suç olduğundan seçimlik hareketlerin biri veya birkaçının birlikte gerçekleştirilmiş olması suçun da birden fazla olduğu anlamına gelmez. Birden fazla suç eşyası veya malvarlığı değerinin aynı anda alınması durumunda eğer bu eşya veya değer aynı kişiye aitse, ortada tek bir suç var olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte aynı kişiye ait birden fazla eşya veya malvarlığı değerinin farklı zamanlarda alınması durumunda ise suçun birden fazla olduğu kabul edilmelidir. Bu son durumda failin suç işleme iradesi tek bir suçun işlenmesine yönelikse, içtima kurumu olarak karşımıza çıkan zincirleme suç kurumu söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda faile tek suç üzerinden artırım yapılarak ceza tayini yoluna gidilir⁹⁶. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu için belirlenen seçimlik hareketlerden birinin icra edilmesinden sonra diğer seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi durumunda bu hareket cezalandırılmayan sonraki hareket olarak kabul edilir ve bu hareket nedeniyle faile ayrıca ceza verilmez⁹⁷.

96 Tezcan/Erdem/Önok, s. 848.

97 Gemici Ezin, s. 100.

II. UZLAŞTIRMA KURUMU

A. Genel Olarak

Uzlaştırma kurumu, 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde düzenlenen bir kurum olup esas olarak Anglo-Amerikan hukukuna özgür bir kurumdur⁹⁸. Soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi olan veya kanun koyucu tarafından şikayete tabi olmasa bile uzlaştırmaya tabi kılınan suçlar bakımından uygulanan, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin belirli hususlar üzerinde anlaşması durumunda muhakemeye son verilmesini sağlayan bir ceza muhakemesi kurumudur⁹⁹. Uzlaştırma kurumu, ceza muhakeme hukuku açısından yeni bir kurumdur ve suçtan doğan mağduriyetin giderilmesini amaçlar¹⁰⁰. Uzlaştırma kurumu, mahkeme dışı alternatif çözüm yöntemi olup tarafların gönüllü olarak katıldıkları, gizliliğin esas olduğu ve tarafların rızalarına dayalı olan bir süreçtir¹⁰¹.

Çağdaş ceza adalet sistemlerinin çoğu, kanunun ihlal edilmiş olması sonucu, faillerin cezalandırılması gereğine ve devlet menfaatlerine öncelik tanımaktadır. Suçun mağdurları ise bu yargısal süreçte ikincil bir plana atılmakta ve gereken ilgiyi görememektedirler. Klasik muhakeme hukuku düşüncesinde suçun devlete karşı işlendiği dolayısıyla suçun öncelikli mağdurunun devlet olduğu kabul edildiğinden suça konu tepkiyi ilk olarak devlet vermektedir¹⁰². Bu durumun sonucu olarak klasik düşüncede adalet sistemleri fail merkezli olup neredeyse tamamen faille ilgilenmekte ve ceza yargılama sürecinde mağdur çoğunlukla ihmal edilmektedir. Onarıcı adalet anlayışında, klasik anlayıştan farklı olarak devletin suç teşkil eden eylemler neticesinde asıl mağdur olarak kabul edilmesi ve mağdurlara, faillere ve topluma pasif roller verilmesi yerine onarıcı adalette, suçun bireylere karşı işlendiği kabul edilmektedir¹⁰³. Onarıcı adalet anlayışında klasik ceza muhakeme hukukuna hakim olan salt cezalandırma anlayışın-

98 Berrin **Akbulut**/Murat **Aksan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 21.

99 Cumhuriyet **Şahin**/Neslihan **Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 591.

100 Veli Özer **Özbek**/Koray **Doğan**/Pınar **Bacaksız**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 864.

101 Uğur **Aşkın**/Veysel **Topuz**/Burak **Bilge**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 41.

102 **Akbulut/Aksan**, s. 14

103 Mustafa Serdar **Özbek**/Orhan **Cuni**/Merve **Özcan**, Ceza Muhakeme Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Ankara 2018, s. 3.

dan ziyade failin mağdurun zararını bizzat, aynen iade veya tazmin suretiyle gidermesinin yanında failin mağdurun istemi üzerine belirli bir eğitim programına katılmasını veya bir topluluk içerisinde belirli görevler almasını da içerebilir. Bu anlayışın temelinde mağdurların, en azından üstü kapalı olarak, suçla ortaya çıkan olumsuz durumun üstesinden gelmeleri teşvik edilirken failin de suçun işlenişinden sonra mağdurda meydana gelen hasarın onarımında sorumluluk almalarını ve pişmanlık göstermelerini sağlamaya yönelik diyalojik bir düşünce yatmaktadır¹⁰⁴.

Onarıcı adalet anlayışının ortaya çıkmasında suçla ortaya çıkan zararın giderilmesi gerektiği düşüncesi ile toplum temelli ve mağdur haklarının korunmasını esas alan yargılama sistemlerinin benimsenmesi önemli rol oynamaktadır¹⁰⁵. Onarıcı adalet anlayışında mağdurların zararlarının doğrudan fail tarafından giderilmesine imkan tanınması nedeniyle failin mağdura karşı kendisini sorumlu görmesi imkanı verilmektedir. Yine benzer şekilde mağdurun da suçla birlikte ortaya çıkan zararının uzun yargısal süreçlere takılmadan doğrudan fail tarafından giderilmesi söz konusu olmaktadır¹⁰⁶.

Uzlaşma kavramı Türk hukukuna ilk olarak 5237 sayılı TCK'nın 73/8. maddesi ile girmiştir. Söz konusu düzenlemede uzlaşma kurumu "*Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.*" şeklinde düzenlenmişti. Uzlaşma kurumu ile ilgili bir diğer düzenleme ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 24. maddesinde yer almıştı. 2006 yılında çıkarılan 5560 sayılı yasa ile birlikte yapılan değişikliğe kadar, suçun işlendiği tarihte 18 yaşını tamamlamış olan kişiler bakımından 5237 sayılı TCK'nın 73/8. maddesinde düzenlenen uzlaşmaya ilişkin hükümler uygulanırken suçun işlendiği tarihte 18 yaşını tamamlamamış olan kişiler yani

104 Michael Wenzel/Tyler G. Okimoto/Norman T. Feather/Michael J. Platow, "Retributive and Restorative Justice", American Psychology-Law Society/Division 41 of the American Psychological Association 2007, s. 375, (Mart 2004), s. 376, E.T. 16.09.2024.

105 Aşkın/Topuz/Bilge, s. 58.

106 Gülçin Cebecioglu, "Retributive or Restorative?: A Descriptive Research on the Criminal Justice Understandings of Law Enforcements in Istanbul", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2023, s. 658.

çocuklar bakımından ise, 5395 sayılı yasanın 24. maddesi hükümleri uygulanmaktaydı. 5560 sayılı¹⁰⁷ kanun ile birlikte 5237 sayılı ve 5395 sayılı kanun kapsamında düzenlenen uzlaşma hükümleri 5271 sayılı CMK'nın 253.vd maddelerinde düzenleme altına alınmış ve gerek erişkinler gerekse de çocuklar bakımından uzlaşma kurumu tek bir kanunda toplanmıştır. Uzlaşma kurumu ile ilgili asıl önemli düzenlemeler 6763 sayılı¹⁰⁸ kanun ile birlikte yapılmış olup uzlaşma kavramı yerine uzlaşturma kavramı kullanılmış ve uzlaşma kurumu, sonuç yerine süreç odaklı bir kurum haline getirilmiştir¹⁰⁹.

5560 sayılı yasa ile birlikte uzlaşma kurumunun 5271 sayılı CMK'da düzenlenmesi ile kanun koyucu söz konusu kurumun bir muhakeme hukuku kurumu olduğunu kabul etmiştir. Bu kurumun muhakeme kurumu olmasının sonucu olarak gerek soruşturma gerekse de kovuşturma aşamalarının tamamlanması açısından uygulanması zorunlu olan bir kurumdur. Bu nedenle kanun koyucu tarafından uzlaştırmaya tabi kılınan suçlar bakımından uzlaşturma yolu denenmeden muhakeme sürecinin tamamlanması mümkün değildir. Bu noktada uzlaşturma kurumu olumsuz bir muhakeme şartıdır¹¹⁰. Yine uzlaşturma müessesesinin uygulanması neticesinde faile işlediği suç nedeniyle ceza verilmeyecek olması nedeniyle bu kurumun aynı zamanda maddi ceza hukuku kökenli olduğu anlaşılmaktadır¹¹¹. Yargıtay da benzer şekilde bu kurumun hem usul hukuku hem de maddi ceza hukuku kökenli olduğunu bu noktada karma nitelikli bir kurum olduğunu kabul etmiştir¹¹².

B. Uzlaştırmının Şartları

Uzlaşturma kurumunun soruşturma aşamasında savcı, kovuşturma aşamasında ise mahkemeler tarafından uygulanabilmesi için kanun koyucu

107 5560 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Kanun, T.C. Resmî Gazete, 26381, 19.12.2006.

108 6763 Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Kanun, T.C. Resmî Gazete, 29906, 24.11.2016.

109 Şahin/Göktürk, s. 591.

110 Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 592.

111 Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 2130.

112 "...Yapılan bu düzenlemeye göre uzlaştırmının bir ceza muhakemesi kurumu olduğu açık ise de birey ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi nedeniyle maddi ceza hukukunu da ilgilendirdiği tartışmasızdır..." Yarg. CGK., E. 2018/404, K. 2021/184, 29.04.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 17.09.2024

bazı şartlar düzenlenmiştir. Bu şartlar, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun uzlaştırmaya tabi olması, soruşturma konusu suçla ilgili olarak savcı tarafından yürütülen soruşturma sonucunda yeterli şüpheye ulaşılmış oluşu, ceza muhakeme hukukunda soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılabilmesi için var olan şartların gerçekleşmesi, şüpheli/sanık ve mağdurun uzlaşmış olması ve mağdurun özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olması şeklinde ifade edilebilir. 5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce uzlaşma kurumunun uygulanabilmesi için şüpheli veya sanığın suçu ikrar etmesi gerekirdi. Ancak 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra uzlaşmanın uygulanabilmesi için şüpheli veya sanığın suçu ikrar etmesi gerekmemektedir¹¹³.

1. Soruşturma veya Kovuşturma Konusu Suçun Uzlaştırmaya Tabi Olması

5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde düzenlenen uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi için öncelikli olarak söz konusu suçun kanun koyucu tarafından uzlaştırmaya tabi kılınmış olmasıdır. Uzlaştırma kurumu, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan veya şikayete tabi olmayan ancak kanun koyucu tarafından ağır yaptırıma tabi tutulmayan uzlaştırmaya tabi kılınan suçlar açısından uygulanan suçla bozulan kamu düzenini tarafların barışması yolu ile yeniden tesis eden bir kurumdur¹¹⁴. 7188 sayılı yasa ile birlikte uzlaşmaya tabi olan suçlarla ilgili 5271 sayılı CMK'nın 253/1. maddesinde;

“Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

- a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.*
- b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;^[93]*

- 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),*
- 2. Taksirle yaralama (madde 89),*
- 3. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Tehdit (madde 106, birinci fıkra),*
- 4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),*
- 5. (Ek:17/10/2019-7188/26 md.) İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),*
- 6. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Hırsızlık (madde 141),*

113 Aşkın/Topuz/Bilge, s. 85.

114 Yarg. CGK., E. 2022/15, K. 2022/627, 11.10.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 17.09.2024.

7. (Ek:17/10/2019-7188/26 md.) Güveni kötüye kullanma (madde 155),

8. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Dolandırıcılık (madde 157),

9. (Ek:17/10/2019-7188/26 md.) Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),

10. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

11. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

c) (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun uzlaştırmaya tabi olan suçlarla ilgili olarak bu suçları ikili bir ayrıma tabi tutarak belirleme yaptığını görmekteyiz. Kanun koyucu uzlaştırmaya tabi olan suçların ilk grubunu şikayete tabi olan suçlardan oluşturmuştur. Kanun koyucu tarafından söz konusu suç bakımından öngörülen cezanın alt veya üst sınırı önemli olmaksızın şikayete tabi kılınan suçlar bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Şikayete tabi olan suçların sadece 5237 sayılı TCK’da düzenlenmiş olma şartı söz konusu olmayıp diğer özel ceza kanunları veya ceza normu içeren kanunlarda düzenlenen ve şikayete tabi kılınan suçlar bakımından da uzlaştırma kurumu uygulanmalıdır. Şikayete tabi olan suçlarda uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi için öncelikli olarak mağdurun şikayet hakkını kullanmış olması gerekir. Savcı veya mahkeme uzlaştırma yoluna gitmeden önce mağdurun atılı suç kapsamında şikayet hakkını usule uygun olarak kullanıp kullanmadığını kontrol etmelidir. Şikayet hakkı usulüne uygun olarak veya süresi içerisinde yapılmamışsa uzlaştırma yoluna gidilemez¹¹⁵.

Kanun koyucunun hangi kanunda düzenlendiği önemli olmaksızın soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi olan suçlarda uzlaştırma kurumunun uygulanması gerektiğini ifade etmiş olsak da kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile 5237 sayılı TCK’nın 123/A maddesinde düzenlenen Israrlı Takip suçlarında uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağını düzenlemiştir (CMK m.253/3). Bu kapsamda basit cinsel taciz (TCK md.105/1), reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şekli

115 Centel/Zafer, s. 594.

(TCK m.104/1) gibi suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanamaz¹¹⁶. 6763 sayılı yasa ile değişiklik öncesinde şikayete tabi olsa veya kanun koyucu tarafından uzlaştırma kapsamında düzenlenen suç olsa bile şahsi cezasızlık hali olarak etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlenmiş olduğu suçlar bakımından da uzlaştırma hükümleri uygulanamıyordu. Ancak söz konusu düzenleme ile etkin pişmanlık hükümleri düzenlenen suçlar da uzlaştırmancının diğer şartlarını sağlaması durumunda bu suçlar bakımından da etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. 5237 sayılı TCK'nın 141. maddesinde düzenlenen basit hırsızlık veya aynı yasanın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu bu kapsamda artık uzlaştırmaya tabiidir. Yine uzlaştırma tabi olan suçlar bakımından ödeme kurumunun uygulanamayacağını ifade etmemiz gerekir. 5237 sayılı TCK'nın 75/1. maddesinde “...*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların faili...*” belirtildiği üzere ödemeye tabi olan suçlar uzlaştırma hükümlerinin uygulanamayacağı suçlardır. Bu noktada uzlaştırma önödemededen önce gelir. Bir suç hem önödemenin hem de uzlaşmanın kapsamında kaldığında, uzlaştırma prosedürü hayata geçirilmelidir.

Kanun koyucunun uzlaştırmaya tabi kıldığı suçların ikinci grubunu ise kanun koyucunun açıkça şikayete tabi olmasa bile uzlaştırmaya tabi kıldığı suçlar oluşturmaktadır. Bu grup içerisinde yer alan suçların kanun koyucu tarafından açıkça uzlaşmaya tabi kılınması gerekmektedir¹¹⁷. Şikayete tabi olmayan ve kanun koyucu tarafından açıkça uzlaştırma hükümlerine tabi kılındığı anlaşılmayan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilemez. 5237 sayılı TCK'da düzenlenmeyen ancak kanun koyucu tarafından uzlaştırma hükümlerinin uygulanacağını belirtildiği diğer özel ceza yasalarında düzenlenen suçlar bakımından da uzlaştırma hükümleri uygulanmalıdır. Diğer yasalarda uzlaşmanın açıkça mümkün kılındığı suçlar bakımından bu suçların takibinin şikayete tabi olması şartı aranmaz¹¹⁸. Özel kanunlarda yer alan ve kanun koyucu tarafından uzlaştırmaya tabi kılınan suçlara örnek olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun (İİK)

116 Hakan **Karakehya**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2023, s. 350.

117 **Ünver/Hakeri**, s. 2136.

118 **Centel/Zafer**, s. 596; **Aşkın/Topuz/Bilge**, s. 101; Feridun **Yenisey**/Ayşe **Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 880; Ahmet **Gökçen**/Mehmet Emin **Alşahin**/Kerim **Çakır**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 94.

331. maddesinde düzenlenen alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme yine aynı yasanın 332. maddesinde düzenlenen aczine kendi fiiliyle sebebiyet veren veya vaziyetinin fenalığını bilerek ağırlaştırmak suçu ile 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanununun 12. maddesinde düzenlenen suç ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 ve 72. maddesinde düzenlenen suçlar bu kapsamda uzlaştırmaya tabidir¹¹⁹.

Yargıtay, kanun koyucu tarafından uzlaşmaya tabi kılınan bazı suçların nitelikli hallerinin veya ağırlaştırıcı sebeplerinin atılı suç kapsamında uygulanmasının gerekmesi durumunda kanun koyucu tarafından söz konusu nitelikli hal veya ağırlaştırıcı sebebin de uzlaştırmaya tabi kılınması durumunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir¹²⁰. Bu noktada 5237 sayılı TCK'nın 141/1. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu uzlaşmaya tabi kılınmış olsa da bu suçun gece vakti işlenmesi durumunda TCK'nın 143. maddesinin atılı suç bakımından uzlaştırmaya tabi kılınmamış olması nedeniyle uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. 5271 sayılı CMK'nın 253/1-b-4. maddesi gereğince 5237 sayılı TCK'nın 116/1, 2. maddelerinde düzenlenen konut veya işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının birden çok kişiyle birlikte işlenmesi durumunda TCK'nın 119/1-c madde hükümleri uzlaştırma kapsamına alınmadığı için uzlaştırma hükümleri uygulanamaz. Ancak 7188 sayılı yasa ile 5271 sayılı CMK'nın 253/1-b-5. maddesinde yapılan değişiklikle 5237 sayılı TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali

119 Yağmur **Temiz Gül**, Ceza Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 98.

120 "...Geceleyin birden fazla kişiyle birlikte konut dokunulmazlığının ihlali suçu şikâyeteye tabi olmadığından, CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamına girmemektedir. Bu durumda aynı madde ve fıkranın (b-4) bendindeki düzenleme kapsamına girip girmediği önem kazanmaktadır. Kanun koyucu, CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, "Şikâyeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın," TCK'da yer alan bazı suçları tek tek saymak suretiyle uzlaşma kapsamına almış, bununla da yetinmeyerek ilgili kanun maddesini de parantez içinde madde metnine eklemiştir. Bu kapsamda, konut dokunulmazlığının ihlali suçunu da uzlaşma kapsamına alan kanun koyucu CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının (b-4) bendinde açıkça TCK'nın 116. maddesini göstermiş, buna karşın 119. maddesini ise göstermemiştir. Bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu aynı bendin 1 No.lu alt bendindeki kasten yaralamaya ilişkin "Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88)," şeklindeki düzenlemeden de anlaşılmakta olup, bu düzenleme ile TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrası ile "neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama" başlıklı 87. maddesi uzlaşma kapsamına alınmamıştır. Tercih edilen bu düzenleme şekli ile TCK'nın 119. maddesindeki hallerin gerçekleşmesi durumunda konut dokunulmazlığının ihlal suçunun uzlaşma kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır...." Yarg. CGK., E. 2017/1063, K. 2019/16, 17.01.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 18.09.2024.

suçunun birden çok kişiyle birlikte işlenmesi durumunda uzlaştırma hükümleri bu suçun nitelikli hali (TCK m.119/1-c) uzlaştırma kapsamına alınmış olması nedeniyle uygulanabilir.

7188 sayılı yasa ile birlikte uzlaştırma kurumunda yapılan bir diğer değişiklik ise uzlaşmaya tabi olan bir suçla uzlaşmaya tabi olmayan bir başka suçun birlikte işlenmesi durumunda nasıl hareket edileceğidir. 7188 sayılı yasa ile 5271 sayılı CMK'nın 253/3-2.cümlesinde *“Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile uzlaştırma kapsamında olan bir suçla bu kapsamda olmayan bir suçun aynı fiille aynı kişiye karşı işlenmesi durumunda uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Örneğin bir kişinin konutuna girip konutunda bulunan bilgisayar ve diğer kişisel eşyalarını çalan hırsızın aynı fiille hem nitelikli hırsızlık hem de konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemesi durumunda konut dokunulmazlığını ihlal suçu her ne kadar uzlaştırma kapsamında olsa bile uzlaştırmaya tabi olmayan nitelikli hırsızlık suçundan dolayı uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Uzlaştırmaya tabi olan suçla tabi olmayan suçun farklı fiillerle aynı kişiye karşı işlenmesi veya bu suçların aynı fiille farklı kişilere karşı işlenmesi durumunda ise uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum söz konusu olmayacaktır. Örneğin birden çok kişinin karıştığı kavga sırasında elinde silah bulunan kişinin silahla diğer taraftan bir kişiyi yaraladıktan sonra aynı anda silahını düşürüp diğer kişiye karşı vücuduyla darp eyleminde bulunması durumunda hareketler seri ve tek olarak kabul edilse bile mağdurlar birbirinden ayrı olduğundan uzlaştırma hükümleri uygulanabilecektir.

Suçta sürüklenen çocuklar (SSÇ) bakımından uzlaştırma kurumu ile ilgili düzenleme ilk olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 24. maddesinde yer almıştı. 2006 yılında çıkarılan 5560 sayılı yasa ile birlikte yapılan değişikliğe kadar, suçun işlendiği tarihte 18 yaşını tamamlamış olan kişiler bakımından 5237 sayılı TCK'nın 73/8. maddesinde düzenlenen uzlaşmaya ilişkin hükümler uygulanırken suçun işlendiği tarihte 18 yaşını tamamlamamış olan kişiler yani çocuklar bakımından ise, 5395 sayılı yasanın 24. maddesi hükümleri uygulanmaktaydı. 5560 sayılı yasa ile birlikte 5237 sayılı ve 5395 sayılı yasa kapsamında düzenlenen uzlaşma hükümleri 5271 sayılı CMK'nın 253.vd maddelerinde düzenleme altına alınmış ve gerek erişkinler gerekse de çocuklar bakımından uzlaşma kurumu tek bir kanunda toplanmıştır. 7188 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 253/1-c maddesinde *“Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suçta sürüklenen*

çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında SSÇ’ler tarafından işlenen suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri hem CMK’nın 253/1. maddesinde düzenlenen suçlar bakımından hem de bu suçlar içerisinde olmasa bile üst sınırı 3 yıl hapis veya adli para cezasını geçmeyen suçlar bakımından da uzlaştırma hükümleri diğer şartların sağlanması durumunda uygulanacaktır. Örneğin erişkinler bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanmadığı 5237 sayılı TCK’nın 86/3 maddesinde düzenlenen nitelikli (silahla veya eşe karşı yaralama gibi) kasten yaralama, yine aynı yasanın 90/1. maddesinde düzenlenen insan üzerinde deney suçu ile aynı yasanın 163/1,2,3. maddelerinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçları bakımından SSÇ’ler yönünden uzlaştırma hükümleri uygulanmak zorundadır¹²¹.

2. Yeterli Şüpheye Ulaşılmış Olması

6763 sayılı yasa ile birlikte 5271 sayılı CMK’nın 253. maddesinde düzenlenen uzlaştırma kurumu açısından kanun koyucu uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi açısından savcılıkça yürütülen soruşturma sonucunda yeterli şüpheye ulaşılmış olmasını şart koşmuştur¹²². Kanun koyucu 6763 ve 7188 sayılı yasa kapsamında değişik 5271 sayılı CMK’nın 253/4. maddesinde “*Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir.*” şeklinde düzenleme yaparak bu hususu açıkça vurgulamıştır. Savcılıkça CMK’nın 170. maddesi kapsamında ihbar, şikayet, tutanak vb. ile suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra elde edilen delillerle kamu davası açılabilir ise yani kişinin cezalandırılabilir olması cezalandırılmamasına göre ağır basıyorsa, savcı yeterli şüpheye ulaştığı dosya için kamu davası açmak zorundadır. Uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi için de öncelikli olarak savcının delil toplamaya başlaması ve delil toplama evresini tamamladıktan sonra yeterli şüpheye ulaşması şartıyla dosyayı uzlaştırma bürosuna göndermesi gerekmektedir. Bu noktada savcının iddia konusu suçun uzlaştırmaya tabi olduğunu tespit etmesi tek başına yeterli olmayıp savcının iddianame düzenleyebilmek için gerekli olan yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığını da araştırması zorunludur.

121 Yenisey/Nuhoğlu, s. 884.

122 Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 95.

Başka bir anlatımla savcı soruşturma sonucunda elde ettiği delillerle kovuşturmaya yer olmadığına (KYOK) karar verebiliyorsa savcı artık uzlaştırma yoluna gidemez¹²³.

Soruşturma evresi sonunda savcı yeterli suç şüphesine ulaştığında, iddianame düzenlemeden önce uzlaştırmanın şartları varsa öncelikli olarak uzlaştırma yoluna başvurmalıdır. Uzlaştırma sürecini başlatıp başlatmama noktasında savcının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü uzlaştırma kurumu bir olumsuz muhakeme şartıdır¹²⁴. Bu şart giderilmeden soruşturmanın diğer aşamalarına geçilemez¹²⁵. Savcının soruşturma evresi sonunda topladığı deliller kamu davası açılması için yeterli olan şüphe derecesine ulaşamaması durumunda uzlaştırma yolunu kullanmaksızın şüpheli/şüpheliler hakkında KYOK kararı vermesi gerekir¹²⁶. Aksi takdirde bu durum kötüye kullanılabilir ve kişiler başkalarını suçlayarak haksız kazanç yoluna başvurabilirler¹²⁷.

3. Muhakeme Şartlarının Gerçekleşmiş Olması

Ceza muhakemesi hukukunda, soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi aranabilir. Ayrıca mahkeme tarafından açılmış olunan davaya bakılabilmesi, başka bir ifadeyle yargılama yapılabilmesi için de gereken bazı şartlar bulunmaktadır. Bu noktada soruşturmaya başlanabilmesi, devam edebilmesi ve kovuşturmaya başlanabilmesi için aranan şartlar ile muhakemenin yargılama yapılabilmesi için aranan şartların bütününe muhakeme engelleri denmektedir¹²⁸. Muhakeme engelleri veya diğer adıyla muhakeme şartları muhakemenin evrelerine göre değişiklik gösterebilmektedir. Bazı muhakeme şartları sadece kovuşturma işlemlerinin yapılabilmesi için şart olarak aranırken (milletvekili yasama dokunulmazlığı) bazıları ise hem soruşturma hem de kovuşturma işlemlerinin yapılabilmesi için var olması gereken şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır (izin, şikayet vb.)¹²⁹. İzin, talep, şikayet, yabancı devlet şikayeti ve dokunulmazlığın bulunmaması uygulamada en çok karşımıza çıkan muhakeme şartlarıdır¹³⁰. Muhakemenin yapılabilmesi için var olması

123 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 877.

124 Ercan Yaşar, Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 239.

125 Aşkın/Topuz/Bilge, s. 124.

126 Karakehya, s. 350.

127 Centel/Zafer, s. 596.

128 Ünver/Hakeri, s. 238.

129 Şahin/Göktürk, s. 60.

130 Karakehya, s. 135 vd.

gereken şartlara olumlu muhakeme şartları, muhakemenin yapılabilmesi için bulunmaması gereken şartlara ise olumsuz muhakeme şartları denmektedir¹³¹. Bu şartlar sağlanmadan uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi mümkün değildir. Şikayete tabi suçlarda şikayet şartı gerçekleşmeden ya da soruşturması izne tabi olan suçlarda izin şartı gerçekleşmeden uzlaştırma yoluna gidilemez. Bu noktada uzlaştırma kurumu da bir olumsuz muhakeme şartıdır. Bu şart giderilmeden soruşturmanın diğer aşamalarına geçilemez¹³².

4. Şüpheli/Sanık ve Mağdurun Uzlaşmış Olması

Uzlaştırma işlemlerinin başarıyla sonuçlanabilmesi için var olması gereken şartlardan biri de uzlaştırmının tarafları olan şüpheli/sanık ve mağdurun anlaşmış olmalarıdır. Taraflar edimli veya edimsiz olarak uzlaşabilirler. Uzlaştırmada önemli olan nokta tarafların anlaşmış olmalarıdır. Bu noktada anlaşma konusu parasal bir edim, aynen iade, özür veya hukuka ve ahlaka uygun bir şeyin yapılmış olması olabilir¹³³. Uzlaştırmının başarı ile sonuçlanabilmesi için öncelikli olarak taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması gerekir. Uzlaşma edimli olarak sağlanmışsa öncelikli olarak edimin yerine getirilmesi gerekir. Edim, suçtan doğmuş olan maddi veya manevi zararın ödenmesi veya giderilmesi, kısaca mağdurun tatmin edilmesidir. Edimin kapsamı zarar suçlarında suçla ortaya çıkan maddi zararın aynen iade, eski hale getirme veya tazmin suretiyle mağdurun talep etmesi durumunda giderilmesi gerekmektedir. Edimin kapsamı zarar suçu dışında başka suçlar ise bu noktada manevi zararın giderimi için bir miktar para, özür dileme veya mağdurun işyerinde çalışma gibi diğer giderim araçları söz konusu olabilir¹³⁴. 7188 sayılı yasa kapsamında uzlaştırma kurumu bir sonuç olmaktan ziyade bir süreç haline getirildiği için uzlaştırma müzakereleri savcılar veya kolluk tarafından değil bizzat savcılık bünyesinde kurulan ve usulüne uygun olarak atanan uzlaştırmacılar tarafından yerine getirilecektir¹³⁵.

131 Akbulut/Aksan, s. 31

132 Aşkın/Topuz/Bilge, s. 124

133 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 877.

134 Centel/Zafer, s. 598.

135 Yenisey/Nuhoglu, s. 888 vd.

5. Suçun Mağdurunun Özel Hukuk Gerçek veya Tüzel Kişisi Olması

Uzlaştırma kapsamında uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun mağdurunun özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olması gerekir. Kanun koyucu bu durumu 6763 ve 7188 sayılı yasalar ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 253/1. maddesinde “... *şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur...*” şeklinde yine aynı yasanın 253/1-c maddesinde “...*Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından...*” şeklinde düzenlemiştir. Bu noktada uzlaştırma yoluna mağdurun özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olması durumunda gidilebilecektir. Mağdurun kamu hukuku tüzel kişisi olması durumunda uzlaştırma kurumu uygulanamaz. Örneğin, uzlaşmanın diğer koşullarını sağlayan suç, bir limited şirkete karşı işlendiğinde uzlaştırma kapsamındayken; aynı suç belediyeye karşı işlendiğinde uzlaştırma kapsamında yer almayacaktır¹³⁶.

C. Uzlaştırma Usulünün Yargılama Aşamalarında Uygulanması

1. Uzlaştırma Usulünün Soruşturma Aşamasında Uygulanması

Suç şüphesi ortaya çıktığı andan itibaren kamu davası açılması için delillerin toplanması ve toplanan delillere göre soruşturmada sonuç çıkarıldığı evreye soruşturma evresi denmektedir. Kanun koyucu soruşturma aşamasını 5271 sayılı CMK'nın 160. maddesinde “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*” şeklinde ifade etmiştir. Soruşturma aşamasında uzlaştırma süreci ile ilgili kanun koyucu tarafından 6763 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 253/4. maddesinde “*Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir....*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun koyucunun kanuni metinde yaptığı açıklamadan da anlaşılacağı üzere savcı tarafından yürütülen soruşturma sonucunda elde edilen delillerle kamu davası açılması için yeterli şüpheyi ulaştırılması durumunda uzlaştırmaya tabi olan suçlar

136 Karakehya, s. 347.

bakımından dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekir. Yürütülen soruşturma sonucunda yeterli şüpheyne ulaşılmazsa zaten KYOK verilmesi gerekir¹³⁷.

Uzlaştırma faaliyeti asıl olarak uzlaştırma evresinde ve savcının kontrolünde ve denetiminde gerçekleşecek olan bir süreçtir. Kanun koyucunun uzlaştırma ve benzeri kurumlarla amaçladıklarından birinin mahkemelerin iş yüklerinin azaltmak olduğundan uzlaştırma süreçlerinin asıl olarak soruşturma evresinde yapılması gerekir¹³⁸. Uzlaştırma işlemlerinin yürütülmesi için dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Muhakeme Hukuku bakımından hukuk literatürüne yeni bir kurum olarak giren uzlaştırma bürosu, 6763 sayılı yasa ile birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununu içerisinde yer almıştır. Uzlaştırma Bürosu en genel tanımıyla, uzlaşma işlemlerinin daha profesyonel bir şekilde bu alanda uzmanlaşmış kişiler tarafından yapılmasına yönelik olarak kurulan bir Ceza Muhakeme Hukuku kurumudur¹³⁹. 05/08/2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesinin b fıkrasında Uzlaştırma bürosu tanımı yapılmamış ancak büro tanımına yer verilmiştir. Söz konusu tanımda Büro, Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde kurulan uzlaştırma bürosu olarak tanımlanmıştır. Uzlaştırma bürosuyla ilgili olarak 6763 sayılı kanun veya 5271 sayılı kanunda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir¹⁴⁰.

Uzlaştırma işlemlerinin yapılması amacıyla büroya gönderilen dosya için uzlaştırma savcısı tarafından bir uzlaştırmacı görevlendirilir. Görevlendirilen uzlaştırmacı CMK’da düzenlenen hâkimin yasaklılığı ve reddi sebepleri ile bağılı olup uzlaştırmacı görevlendirilirken bu hususa dikkat etmek gerekmektedir¹⁴¹. *Görevlendirilen uzlaştırmacı şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir* (CMK m.253/4). Uzlaşmanın taraflarına yapılacak olan uzlaştırma tekliflerinin usulüne uygun olarak yapılması oldukça önem taşımaktadır. Yargıtay bir kararında uzlaşma taraflarına Tebligat Kanununa aykırı olarak yapılan veya tebligat yapılmadan

137 **Karakehya**, s. 350.

138 **Şahin/Göktürk**, s. 82.

139 Metin **Kaplan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Bürosu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2019, s. 45.

140 **Kaplan**, s. 45.

141 **Karakehya**, s. 350.

uzlaştırma işleminin sonuçlandırıldığı süreçleri usule aykırı olarak kabul etmiş ve uzlaştırma müzakerelerinin yeniden yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁴².

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır (CMK m.253/5). Uzlaştırma sürecinin en önemli aşamasını uzlaştırma kurumuyla hedeflenen başarının sağlanması bakımından tarafların bilgilendirilmesi aşaması oluşturmaktadır. Nitekim nasıl bir uygulamayla karşılaştığını bilmeyen bir kimsenin başına kötü bir şey gelirse diye bildiği ve alışık olduğu klasik muhakeme sürecini tercih etmesi yani uzlaştırma teklifini reddetmesi muhtemeldir¹⁴³. Nitekim Yargıtay da benzer bir şekilde uzlaşma taraflarına yapılan uzlaşma teklif tutanaklarında kişiye uzlaşmanın mahiyetinin ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçlarının anlatıldığının açıkça belirtilmemesi durumunu usulüne uygun olarak yürütülen bir uzlaştırma süreci olarak kabul etmeyerek yeniden uzlaştırma sürecinin başlatılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁴.

Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır (CMK m.253/4). Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır (CMK m.253/11). Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir (CMK m.253/12). Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK m.253/7). Bu madde kapsamında örneğin elbirliği ile mülkiyet sahibi olunan bir mal üzerinde mala zarar verme suçu işlendiğinde, bu olayla ilgili muhakemede

142 Yarg. 11. CD., E. 2022/5944, K. 2022/15478, 03.10.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 19.09.2024

143 **Karakehya**, s. 351.

144 Yarg. 6. CD., E. 2010/16425, K. 2010/670, 28.01.2010, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 19.09.2024.

uzlaşmanın sağlanabilmesi için tüm paydaşların rıza göstermesi yani uzlaştırmayı kabul etmeleri gerekmektedir¹⁴⁵. Yine CMK'nın 253/8. maddesinde “*Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.*” şeklinde belirtildiği üzere uzlaştırma müzakerelerinin yürütülmesi savcı tarafından delil toplanmasına veya koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁴⁶.

Uzlaştırmacı tarafından yürütülen uzlaştırma müzakeresi sonucunda uzlaştırma raporu hazırlanır ve savcıya gönderilir. Uzlaştırmacı hazırladığı raporda taraflar arasında uzlaşmanın sağlanıp sağlanmadığı veya uzlaşma sağlandıysa nasıl sağlandığını raporunda yazmak zorundadır. Uzlaştırma müzakereleri taraflar arasında olumlu olarak neticelenmiş ve taraflar edimsiz veya edimli olsa bile edimin yerine getirilmesi söz konusu olarak uzlaşmışlarsa savcı tarafından uzlaştırmanın sağlanmış olması nedeniyle KYOK verilmelidir. Taraflar arasında uzlaşma edimli olarak sağlanır ve edim de taksitlere bağlanmış ve rapor hazırlandığı tarihte edimin tamamı ödenmemişse savcı tarafından 5271 sayılı CMK'nın 171. maddesinde belirtilen şartlar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi gerekir. Erteleme zarfında edim yerine getirilirse KYOK verilir şayet edim muaccel olduğu halde yerine getirilmezse savcı tarafından iddianame hazırlanarak genel muhakeme usullerine göre yargılama yapılması gerekir¹⁴⁷.

Uzlaştırma müzakerelerinin olumsuz sonuçlanması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez. Ancak uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç savcı tarafından iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar savcıya başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. Bu durumda savcı taraflar arasında uzlaşmanın sağlandığını kabul ederek dosya hakkında KYOK vermelidir¹⁴⁸. *Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz* (CMK m.253/20). Bu madde hükmünden kanun koyucunun tarafların uzlaştırma müzakereleri sırasında rahat bir şekilde hareket etmelerini ve bir şey söylemekten imtina etmelerini engelleyerek uz-

145 Ünver/Hakeri, s. 351.

146 Yaşar, s. 262.

147 Karakehya, s. 352-354.

148 Centel/Zafer, s. 601.

laştırma sürecinin başarıyla sonuçlanmasını hedeflediğini anlamaktayız¹⁴⁹. *Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez* (CMK m.253/21). Uzlaştırma müzakerelerinin yürütüldüğü süreçte dava zamanaşımı süresinin işlememesinin uzlaştırma sürecinin almış olduğu süreç nedeniyle suç işleyen kişilerin cezasız kalmasını engellemek istediği anlaşılmaktadır. Özellikle suçu işlediği şüphesi bulunan kişilerin firari olması durumunda bu kişilerin işledikleri suçun veya suçların zamanaşımı tarihlerinin dolmasına kısa bir süre kala yakalanmaları durumunda işledikleri suçun uzlaştırmaya tabi olması nedeniyle birde uzlaştırma sürecinden faydalanmalarının engellenmek istendiği anlaşılmaktadır¹⁵⁰.

2. Uzlaştırma Usulünün Kovuşturma Aşamasında Uygulanması

Kovuşturma evresi, savcı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkeme kabul edilmesinden sonra başlayan ve iddia konusu olay hakkında davanın sonuçlanmasına yönelik olarak savcılıkça toplanan delillerin değerlendirildiği ve tarafların dinlenilerek maddi gerçekliğe ulaşıldığı ve bu süreç sonunda iddia konusu olayla ilgili nihai karar verildiği yargılama aşamasıdır. Bu aşamayı kanun koyucu 5271 sayılı CMK'nın 170. maddesinde "*İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. .. Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır.*" şeklinde ifade etmiştir. Uzlaşma kovuşturma aşamasında mümkündür. Kanun koyucu uzlaştırma süreçlerinin kovuşturma evresinde de yürütülebileceğini 6763 ve 7188 sayılı yasalarla değişik 5271 sayılı CMK'nın 254. maddesinde "*Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir.*" şeklinde ifade ederek mümkün kılmıştır. Bir suçun uzlaşmaya tabi olduğu, iddianamenin iadesi kurumuna rağmen, gözden kaçmış olabileceği gibi, daha sonra da suç niteliği değişerek dava konusu suç uzlaşmaya tabi hale gelebilir. Uz-

149 Centel/Zafer, s. 363.

150 Yenisey/Nuhoglu, s. 896.

laşmanın hem muhakemeyi kısaltan hem de suçtan doğan zararın giderilmesini sağlayan işlevleri nedeniyle kovuşturma evresinde dosya taraflarına bir şans daha verilmesi yerinde olmuştur¹⁵¹.

Uzlaştırma kurumunun CMK’da düzenlenmesine ve amacına bakıldığında zaman asıl olarak soruşturma evresine hasredilen bir kurum olduğunu anlamaktayız. Çünkü kovuşturma evresinde uzlaştırma işlemlerinin uygulanması istisnai hallerde söz konusu olmaktadır. Kovuşturma evresinde uzlaştırma yoluna gidilebilmesini mümkün kılan çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kovuşturma evresinde iddia konusu suçun suç vasfının değişmesi ve daha önce uzlaşmaya tabi olmasa bile uzlaşmaya tabi hale daha sonra gelmesidir. Bir diğer ihtimal ise, soruşturma aşamasındayken uzlaşmaya tabi olan ancak savcılıkça uzlaştırma yolu kullanılıp başarısız olunmadan doğrudan mahkemeye gönderilen ve mahkeme tarafından da usule aykırı olduğu halde iade edilmeyen iddianame-nin kabul edilmesinden sonra dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekmesi durumudur. Üçüncü ihtimal ise, daha önce uzlaştırmaya tabi kılınmayan bir suçun kovuşturma evresi devam ederken kanun koyucu tarafından uzlaştırma kapsamı içi alınması durumudur. Örneğin 7188 sayılı yasaya kadar 5237 sayılı TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu uzlaştırmaya tabi değilken söz konusu değişiklik kapsamında uzlaştırmaya tabi kılınmıştır. İşte yasa çıktıktan sonra kovuşturma evresinde yargılaması devam eden bu suçla ilgili olarak mahkemeler tarafından dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi zorunludur. Kovuşturma evresinde uzlaştırma işlemlerinin uygulanmasının gerekmesine neden olan son ihtimal ise, iddianame yerine geçen belge ile doğrudan mahkemede dava açılması durumunda söz konusu belgede düzenlenen suçun uzlaştırmaya tabi kılınması durumudur. Örneğin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda (İİK) düzenlenen suçlar bakımından bu ihtimal söz konusu olabilir¹⁵².

Kovuşturma evresinde de uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından değil yine soruşturma aşamasında olduğu gibi uzlaştırma bürosu tarafından yönetilecektir. Bu husus kanun koyucu tarafından da CMK’nın 254/1. maddesinde “...kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

151 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 885.

152 Aşkın/Topuz/Bilge, s. 174.

Mahkeme tarafından kovuşturma evresinde uzlaştırma yoluna gidilmesinin gerektiği durumlarda uzlaştırma yoluna gidilmesi durumunda uzlaştırma süreci sonunda uzlaşma gerçekleşirse mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, CMK 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231/11. fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

III. SUÇ EŞYASININ SATIN ALINMASI VE KABUL EDİLMESİ SUÇUNUN UZLAŞTIRMA KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

5237 sayılı TCK'nın 165/1. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu 17/10/2019 tarihli 7188 sayılı yasanın 26. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte uzlaştırma kapsamına alınmıştır¹⁵³. Söz konusu değişiklik öncesinde de bu suçun 5237 sayılı TCK'nın 167/2. maddesi kapsamında belirtilen kişiler aleyhine işlenmesi durumunda bu kişilerle sınırlı olmak kaydıyla doğrudan kanun koyucu tarafından ulaştırmaya tabi kılınmasa bile şikayete tabi olan suçlar bakımından uzlaştırmaya tabi olarak uygulandığına dair doktrinde görüş bulunmaktadır¹⁵⁴.

Söz konusu düzenleme öncesi suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulandığı başka bir durum daha vardı¹⁵⁵. Yargıtay'a göre, mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçların uzlaşma kapsamına alındığı, suça sürüklenen çocuğa yüklenen ve 5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun üst sınırının ise üç

153 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, T.C. Resmî Gazete, 30928, 17.10.2019.

154 Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku adlı kitabından aktaran Gemici Ezin, s. 115.

155 Gemici Ezin, s. 114-115.

yıl hapis cezası ile birlikte adli para cezası olduğunun anlaşılması karşısında SSÇ'ler bakımından bu suç uzlaşma kapsamında kalmaktadır. Bu noktada Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen ve usul hukuku kurumu olan uzlaşma yolunun ceza muhakemesi hukukunda mümkün olan sanık lehine genişletici yorum ve kıyas ile suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanarak üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis cezaları yanında adli para cezalarına da hükmedilmesi halinde suçun uzlaşma kapsamı içerisinde kalmaya devam edeceği, hapis cezası ile birlikte hükmolunan adli para cezalarının suçun üst sınırına etki etmeyeceği ve suçu uzlaşma kapsamı dışına çıkarmayacaktır¹⁵⁶.

Doktrinde, CMK'nın 253. maddesinde düzenlenen uzlaştırmaya tabi olan suçların genelde kişisel hukuki değerlere yönelik olan ve iki gerçek kişinin ya da bir gerçek kişi ile bir tüzel kişinin uzlaşmasının mümkün olduğu suçlardayken, TCK'da kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olmakla beraber hem delil olması hem de müsadereye tabi olması nedeniyle aslında adliye karşı işlenen suçlardan olan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun uzlaştırma kapsamına alınmasının doğru olmadığı belirtilmektedir¹⁵⁷. Benzer şekilde 6763 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler öncesinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı aynı zamanda uzlaşmaya tabi olan suçlar bakımından uzlaşma uygulanmazdı. Çünkü etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için şüpheli veya sanığın, suçla ortaya çıkan zararı gidermesi gerekmekte ve bu kurum uygulandıktan yani şüpheli veya sanık zararı giderdikten sonra ortada giderilmesi gereken bir zarar bulunmadığı için uzlaşma kurumunun uygulanması zaten gerekmeyecekti. Ancak 6763 sayılı yasa ile birlikte 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte uzlaştırma kapsamında olup da etkin pişmanlık hükümlerinin de uygulanabileceği suçlar bakımından (Örneğin 5237 sayılı TCK'nın 141/1. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu) uzlaştırma kurumunun uygulanmasının önündeki yasal engel de kaldırıldı.

Uzlaştırma kapsamında olan bir suçun aynı zamanda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabildiği suçlarda şüpheli veya sanığın etkin pişmanlıktan faydalanması durumunda suçun tarafları arasında uzlaştırma müzakereleri yürütülürken edim olarak neyin kararlaştırılabileceği sorun teşkil etmektedir. Bu noktada aynı fiile bağlı olarak suçun mağdurunu zararının hem etkin pişmanlık yoluyla hem de uzlaştırma yoluyla mükerrer olarak

156 Yarg. 13. CD., E. 2017/1757, K. 2017/2306, 08.03.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 20.09.2024.

157 Ünver/Hakeri, s. 2135; Gemici Ezin, s. 116.

giderilmesi hukuken kabul edilemez¹⁵⁸. Bu noktada uzlaştırma kapsamında olan bir suçun aynı zamanda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabildiği suçlarda şüpheli veya sanığın etkin pişmanlıktan faydalanması durumunda uzlaştırma müzakerelerinde edim olarak suçla ortaya çıkan maddi zararın bir kez daha istenilebilmesinin önünde yasal engel söz konusu değildir. Kanun koyucunun bu tarz ihtimalleri de göz önüne alarak etkin pişmanlığa tabi olan suçlar bakımından suçun maddi zararının giderilmesi durumunda uzlaştırma müzakereleri sırasında edim olarak suçla ortaya çıkan zararın edim konusu olamayacağına dair düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

Etkin pişmanlık kurumu ile uzlaştırma müessesesi arasında yukarıda bahsettiğimiz soruna benzer şekilde 7188 sayılı yasa ile birlikte uzlaştırma kapsamına alınan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suç açısından da benzer bir sorun söz konusudur. Uzlaştırmaya tabi olan suçlara bakıldığında suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suç dışında kalan tüm suçların mağdurunun belirli olduğu anlaşılmaktadır. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu kabul edildiğinde bu suçun mağdurunu tespit edebilmek mümkün değildir. Ancak uygulamada kabul edildiği üzere suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun mağdurunun bu suçun işlenmesinden önce işlenen öncül suçun mağduru olan kişi olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁹. Yargıtay da benzer şekilde suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suç bakımından suçun mağduru olarak öncül suçun mağdurunun bu suçun da mağduru olduğunu kabul etmiştir¹⁶⁰. Örneğin kapkaç yapmak suretiyle mağdurun cep telefonu çalınmış

158 Aşkın/Topuz/Bilge, s. 87.

159 Gemici Ezin, s. 116-117.

160 “...22.11.2011 tarihinde sanığın kaldığı evde yapılan aramada; müştekiden başka mağdur’un aracından 30.07.2011 tarihinde çalınan CD çalar ile mağdur’ın aracından 10.11.2011 tarihinde çalınan anfi ve bufferin de ele geçirildiğinin ve sanığın 22.11.2011 tarihten 5 gün ... ve ...’ın bir koli içinde sonradan geri alacaklarını söyleyip bıraktığını, çalıntı olduğunu bilmeden kabul ettiğini söylediğinin anlaşılması karşısında; aksi tespit edilemeyen savunmaya göre sanığın birden fazla mağdura ait suç konu malzemeyi tek seferde kabul ettiğinin anlaşılması halinde tek bir suç eşyasının kabul edilmesi suçunu ya da sanığın kastını yenilemek suretiyle birkaç defada satın aldığıının tespiti halinde ise her bir eyleminin ayrı suç eşyasının satın alınması suçunu oluşturacağı veyahutta sanığın birden fazla mağdura ait olduğunu bilebilecek durumda iken bir suç işleme kararı kapsamında değişik mağdurlara ait çalıntı eşyayı satın aldığıının tespiti halinde ise 5237 sayılı TCK’nın 43/2. maddesi delaletiyle aynı Kanun’un 43/1 maddesi kapsamında zincirleme şekilde suç eşyasının satın alınması suçunu oluşturacağı gözetilip,...” Yarg. 13. CD., E. 2014/16583, K. 2015/5795, 31.03.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 20.09.2024.

olsun. Telefonu çalan kişiden cep telefonunu çalıntı olduğunu bilerek şekilde satın alan kişi bakımından ortaya çıkan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından da telefonu başta çalınan kişinin mağdur olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun mağdurunun daha önce işlenen öncül suçun mağduru olduğunun kabul edilmesi özellikle uzlaştırma kurumu açısından oldukça önemli sorunlar ortaya çıkaracaktır. Öncül suç kapsamında mağdur olan kişinin öncül suçun yargılama sürecinde suçun faili tarafından zararının karşılanması durumunda öncül suçtan sonra ortaya çıkan suç eşyasının kabul edilmesi veya suçu bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanırken mağdur olan kişinin tekrardan bu kez suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından zararının giderilmesi gündeme gelecektir. Böyle bir durumda mağdur bakımından aynı suç eşyasına bağlı mağduriyetten iki kez ayrı ayrı zarar giderimi söz konusu olacaktır ki bu durum kişiler açısından sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır. Sebepsiz zenginleşme, pozitif hukukun değer yargılarına göre hak edilmemiş bir iktisabın, meşru sayılamayacak bir nemalanmanın aynen veya nakden tasfiyesine yönelik bir alacak hakkıdır¹⁶¹. Nitekim Yargıtay da hukuk kurallarının bir zenginleşme veya fakirleşme aracı olamayacağını kişilerin haksız bir fiile bağlı olarak ortaya çıkan zararlarının karşılanmasının hukuk düzeni açısından kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir¹⁶².

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu mağdurunun bu suçun işlenmesinden önce işlenen öncül suçun mağduru olan kişi olduğu kabul edilerek yapılacak uzlaştırma müzakerelerinde mağdurun suçla ortaya çıkan zararının tazmin edilmesini istemesi durumunda mutlaka uzlaştırmacı tarafından uzlaştırma savcısına bilgi verilmesi ve uzlaştırma savcısının da mağdurun öncül suç bakımından zararının giderilip giderilmediğini kontrol ederek uzlaştırmacıya bu konuda bilgi vermesi ve

161 Sibel Özel, “Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 734.

162 “...Manevi tazminat, zarara uğrayanda, manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. Takdir edilecek miktarın, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır,...” Yarg. 17.HD., E. 2015/7137, K. 2018/698, 07.08.2018, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>), E.T. 20.09.2024.

uzlaştırmacının da bu durumu mağdura anlatarak en azından maddi talepler dışında başka manevi talepler ile taraflar arasında uzlaştırma yolunu bulmaya çalışmalıdır diye düşünmekteyiz. Bu konuda bir yasal düzenleme söz konusu olmadığından mağdur uzlaştırmacının tüm çabasına rağmen daha önce giderilen zararının tekrardan giderilmesini isteyerek ancak uzlaşabileceğini aksi takdirde uzlaşma teklifini reddettiğini belirterek uzlaştırma müzakerelerini sonlandırabilir. Kanun koyucunun bu veya buna benzer senaryoları düşünerek düzenleme yapması bu tarz kötü niyetli kullanımların önüne geçmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Suçun mağdurunun öncül suçla zararının giderilmesi durumunda mağdurunun suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu için uzlaştırma müzakereleri sırasında öncül suçun failinin zararını giderdiğinden bahisle suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun failiyle edimsiz uzlaşmayı kabul etmesi durumunda bu kez de suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun faili bakımından karşılıksız olarak cezadan kurtulma imkanı ve olanağı ortaya çıkacaktır. Bu durumda da ilk duruma benzer şekilde kamusal açıdan suç işleyen bir kişinin hiçbir bedel ödmeden ceza almaması söz konusu olacaktır ki bu durum en temel ceza hukuku prensiplerine aykırılık teşkil edecektir. Kanun koyucunun 7188 sayılı yasa ile birlikte değişikliğe giderek suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu uzlaştırma kapsamına almasının yerinde olmadığını ifade etmemiz gerekir.

SONUÇ

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu TCK'nın 165. maddesinde *“Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenlenmiş bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bu suçu düzenleyerek suç işlenmesinin toplumda kazanç kaynağı olarak görülmesini engellemek istemiş, yine suçun işlenmiş olması sırasında veya sonrasında elde edilen eşyaların piyasada tedavüle sokulmasının ve bu suretle suç işlemenin bir menfaat teminin açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Bu çalışmamızın ana konusunu oluşturan bu suçun 7188 sayılı yasa ile birlikte CMK'nın 253. maddesinde yapılan değişikliklerle beraber uzlaştırmaya tabi kılındığını ifade ettik. Çağdaş Hukuk Sistemiyle birlikte hukuk literatürüne giren onarıcı adalet anlayışında, klasik anlayıştan farklı olarak devletin suç teşkil eden eylemler neticesinde asıl

mağdur olarak kabul edilmesi ve mağdurlara, faillere ve topluma pasif roller verilmesi yerine onarıcı adalette, suçun bireylere karşı işlendiği kabul edilmektedir. Çağdaş ceza adalet sistemlerinin çoğunda, kanunun ihlal edilmiş olması sonucu, faillerin cezalandırılması gereğine ve devlet menfaatlerine öncelik tanınmaktadır. Suçun mağdurları ise bu yargısal süreçte ikincil bir plana atılmakta ve gereken ilgiyi görememektedirler. Klasik muhakeme hukuku düşüncesinde suçun devlete karşı işlendiği dolayısıyla suçun öncelikli mağdurunun devlet olduğu kabul edildiğinden suça konu tepkiyi ilk olarak devlet vermektedir. Bu durumun sonucu olarak klasik düşüncede adalet sistemleri fail merkezli olup neredeyse tamamen faille ilgilenmekte ve ceza yargılama sürecinde mağdur çoğunlukla ihmal edilmektedir.

Bu noktada klasik düşünce sisteminin terk edilerek mağdur merkezli zararın giderimini hedefleyen onarıcı adalet anlayışına dayalı olan ve aynı zamanda kovuşturmaya alternatif yöntem olarak hukuk sistemimize ilk olarak TCK ile daha sonra CMK de ele alınıp süreç içerisinde genişletilerek çağın ihtiyaçlarına uygun hale getirilen uzlaştırma kurumunun, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçları gibi kamusal anlamda ciddi ihlal niteliği taşımayan suçlar bakımından uygulanması yerindedir. Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan istatistiklere göre 2023 yılı içerisinde 225.027 dosyanın uzlaşma ile başarı ile sonuçlandığı bu toplam dosya sayısı içerisinde ise suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan yürütülen uzlaştırma müzakereleri sonucunda uzlaşmanın sağlandığı dosya sayısı ise 6.935 olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶³. Bu istatistiklere göre uzlaşma kapsamına alınan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu 2023 yılında uzlaşma ile sonuçlanan dosyalar arasında ilk 10 sıra içerisinde yer almaktadır¹⁶⁴. Bu istatistikler bu suçun uzlaşma kapsamı alınması ile hedeflenen sonucun bakanlıkça alındığını göstermektedir.

Ancak uzlaştırma gibi kovuşturmaya alternatif yöntemlerin uygulanması sırasında bu uygulamaların tarafı olan kişilerin hak veya menfaatlerinin gözetilmesi de bu kurumların uygulanması kadar önemlidir. Uzlaştırma kurumu uygulanırken her iki tarafın hak ve menfaatinin gözetilmesi

163 Söz konusu istatistikler için bakınız: <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/20420241343372023%20UZLA%C5%9ETIRMA%20G%C3%96RSEL.pdf>, E.T. 05.10.2024.

164 Söz konusu istatistikler için bakınız: <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/20420241343372023%20UZLA%C5%9ETIRMA%20G%C3%96RSEL.pdf>, E.T. 05.10.2024.

mağdur tarafın mağduriyetini daha da artırma veya mağduriyetini hak ettiğinden daha fazla veya farklı olarak giderme gibi durumların önüne geçilmelidir. Yine aynı şekilde failin de sadece suçla ortaya çıkan mağduriyeti gidermeye uygun ve yarayacak şekilde suçla oluşturduğu zararı gidermesinin sağlanması veya aynı zamanda bir edimi yerine getirerek uzlaştırma kurumundan faydalanmasının sağlanması gerekmektedir.

Özellikle suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu kabul edildiğinde bu suçun mağdurunu tespit edebilmenin mümkün olmaması nedeniyle uygulamada kabul edilen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu mağdurunun bu suçun işlenmesinden önce işlenen öncül suçun mağduru olan kişi olması durumunda bu suç bakımından uzlaştırma kurumunun uygulanması sırasında suçla ortaya çıkan zararın öncül suçun faili tarafından giderilmesi durumunda oluşacak sorunların kanun koyucu tarafından giderilmesi oldukça önemlidir. Hukuk bir zenginleşme aracı değildir ve kişinin hak ettiğinden daha fazla veya daha az şekilde zararın giderilmesini hukuk düzeni kabul etmeyeceğinden bu noktada 7188 sayılı yasa ile birlikte değişikliğe gidilerek suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu uzlaştırma kapsamına almasının yerinde olmadığı bir gerçekliktir.

Bu konuda kanun koyucu tarafından kanuni düzenleme yapıncaya kadar özellikle mahkemelerin ve uzlaştırma savcılarının suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun işlenmesinden önce işlenen öncül suçla suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun soruşturma ve kovuşturmasının koordineli olarak yürütülmesini sağlaması özellikle kovuşturma aşamasında yani davalar açıldıktan sonra bu davaların birleştirilerek yürütülmesi uzlaştırma vb kurumların hakkaniyete uygun olarak uygulanması için zorunlu olduğu kanaatindeyiz. Maalesef ki yüksek mahkemelerin de suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun işlenmesinden önce işlenen öncül suçla suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun soruşturma ve kovuşturmalarının ayrı yürütülmesini bir hukuka aykırılık olarak görmeyip bu davaların birlikte yürütülmesi gerektiğine dair bir karar vermediğini anlamaktayız. Bu durumun kanun koyucu tarafından ivedi olarak gerçek adaletin sağlanması açısından çözülmesi gereken bir sorun olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin/**Aksan**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Artuç**, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Aşkın**, Uğur/**Topuz**, Veysel/**Bilge**, Burak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Cebecioğlu**, Gülçin, “Retributive or Restorative?: A Descriptive Research on the Criminal Justice Understandings of Law Enforcements in Istanbul”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2023, s. 653-674.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- Ercan**, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2024.
- Ercan**, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, , Ankara 2011.
- Erin Gezici**, Şerife Leman, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Esen**, Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Evik Sonay**, Vesile/**Bayraktar**, Köksal/**Yıldız**, Ali Kemal/**Retornaz Aksoy**, Eylem/**Evik**, Ali Hakan/**Akyürek**, Güçlü/**Kangal**, Zeynel T./**Kartal Memiş**, Pınar/**Sınar**, Hasan/**Altunç**, Sinan/**Aytekin İncoğlu**, Asuman/**Bozbayındır Bostancı**, Gülşah/**Erman**, Barış, Özel Ceza Hukuku-IV, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, 30. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Kaplan**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Bürosu, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2019.
- Karakehya**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Nisan Kitapevi, Eskişehir 2023.
- Koç**, Mehmet, Osmanlı Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları, Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi SBE, 2017.
- Menekşe**, Ömer, 17. ve 18. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1998.

Özbek, Mustafa Serdar/**Cuni**, Orhan/**Özcan**, Merve, Ceza Muhakeme Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Ankara 2018.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Özel, Sibel, “Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 733-768.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Parlar, Ali, Asliye Ceza Davaları, Bilge Yayınları, Ankara 2016.

Şahin, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Tanrıvermiş, Atilla, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, 2017.

Temiz Gül, Yağmur, Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Toroslu, Nevzat/**Toroslu**, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.

Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Wenzel, Michael/**Okimoto**, Tyler G./**Feather**, Norman T./**Platow**, Michael J., “Retributive and Restorative Justice”, American Psychology-Law Society/Division 41 of the American Psychological Association 2007, S. 375-376, (Mart 2004), http://www.antonioacasella.eu/restorative/Wenzel_2008.pdf, E.T. 16.09.2024.

Yaşar, Ercan, Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

Yenisey, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Osmanlı Kanunnameleri ve İstanbul Şer'îye Sicilleri
Çerçevesinde Tazir Cezaları**

Penalties of Tazir within the Framework of Ottoman Law
Codes and Istanbul Court Register

  Arş. Gör. Muhammed Necat ARTUKOĞLU*

 10.60002/ebyuhfd.1577669

ÖZ

Bu çalışma, Osmanlı kanunnameleri ve şer'îye sicilleri bağlamında Osmanlı ceza hukukundaki tazir cezalarına odaklanmaktadır. Tazir suç ve cezaları; Şari'in hakkında, Kur'an-ı Kerim veya hadis-i şeriflerle belirli bir ceza tespit etmediği, ancak toplumda karmaşaya neden olduğu için Şari' tarafından yasaklanmış olan suçlardır. Osmanlı hukukunda Tanzimat dönemine kadar tazir suç ve cezalarının düzenlenmesi umumi kanunnameler yoluyla olmuştur. Tanzimat döneminde ise 1840, 1851 ve 1858 yıllarında üç tane ceza kanunnamesi çıkarılmış ve tazir suç ve cezaları bu kanunnamelerde düzenlenmiştir. Osmanlı'da, tazir cezası olarak da "ölüm", "hapis cezası (hapis cezasının özel infaz şekilleri olan kürek cezası, prangabentlik cezası ve kalebentlik cezası)", "para cezaları", "darb (sopa) cezası",

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.
Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 01.11.2024 | **Kabul/Accepted:** 05.03.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Muhammed Necat Artukoğlu, "Osmanlı Kanunnameleri ve İstanbul Şer'îye Sicilleri Çerçevesinde Tazir Cezaları", EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (215-277).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

“sürgün cezası” gibi cezalar verilmiştir. Ayrıca çok sayıda şer’iye sicilinden anlaşılağı üzere yukarıda bahsedilen ve bunlardan ayrı çeşitli tazir cezaları sıklıkla uygunsuz eylemi gerçekleştirene verilmiştir. Bu çalışma, önce İslam ceza hukukunun genel özelliklerini ile had-kıyas-tazir suçlarının sınıflandırılmasını ve esasen Osmanlı dönemindeki tazir suç ve cezalarını bilhassa kanunnameler ve şer’iye sicillerinden yararlanarak sınırlandırıp incelemektedir. Çalışmada varılan sonuç yapılan hukuki düzenlemeler ile uygulamanın sıklıkla birbiriyle uyum içinde olduğı yönünde olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Tazir, Had, Kıyas, Ukubat, Şer’iye Sicilleri, Kanunnameler.

ABSTRACT

This study focuses on tazir punishments in Ottoman criminal law in the context of Ottoman codes and court registers. Tazir offences and punishments are the offences for which the Shari’ has not determined a specific punishment by the Qur’an or hadiths, but which are prohibited by the Shari’ because they cause confusion in the society. In Ottoman law, until the Tanzimat period, the regulation of tazir offences and punishments were regulated through general law codes. During the Tanzimat period, three penal codes were enacted in 1840, 1851 and 1858 and the offences and punishments of tazir were regulated in these codes. In the Ottoman Empire, punishments such as ‘death’, ‘imprisonment’, ‘fines’, ‘caning’ and ‘exile’ were imposed as tazir punishments. In addition, as can be seen from the numerous sharia registers, the above-mentioned and various other tazir penalties were frequently imposed on the offender. This study firstly examines the general characteristics of Uqubat and the classification of the crimes of hadd, qisas and tazir, and then limits and analyses the crimes and punishments of tazir in the Ottoman period, especially by making use of the law codes and court registers. The conclusion reached in the study is that the legal regulations and the practice are often in harmony with each other.

Keywords: Tazir, Hadd, Qisas, Uqubat, Court Registers, Law Codes.

GİRİŞ

İslam hukuku, İslam dininin getirmiş olduğı bir hukuk sistemidir. Bir hukuk sisteminin oluşması için belirli bir zaman gerekmede ve genellikle örf ve adetlerden, devlet başkanının emir ve talimatlarından, hukuk alanında ileri düzeyde bilgi ve birikimi olan uzmanların fikirlerinden veya yasama organından yararlanılmaktadır. İslam hukuku, bütün bunlardan faydalanmış olmakla birlikte İslam hukuk sistemini diğerk hukuk sistemlerinden ayıran en mühim özellik kaynağının Kur’an-ı Kerim ve hadis-i

şerifler olmasıdır¹. İslam hukuku; şeriat ve şer’, fıkıh gibi kelimelerle ifade edilir. Şeriat, “*doğru yol, hak din yolu, Kur’an-ı Kerim ve Hazret-i Peygamber’in tarif ettiği ve bildirdiği yol*” anlamına gelir². Şer’ kelimesi, şeriat kelimesinin eş anlamlısıdır. Osmanlı döneminde bu tabir çok kullanılmıştır³. Fıkıh, “*derin ve ince anlayış, bilmek ve anlamak*” anlamına gelir. Fıkıh ilmi ise “*hangi şartlarda Allah’ın hangi emirlerinin, nasıl uygulanacağını inceler*”⁴. Fıkıhın (İslam hukukunun) ibadetle ilgili kurallarına “*ibadat*”, eşya ve borçlar hukukuyla ilgili kurallarına “*muamelat*”, evlenme ve boşanmayla ilgili kurallarına “*munakehat*”, miras hukukuyla ilgili kısmına “*feraiz*” ve ceza hukukuna ilişkin kısmına “*ukubat*” denir⁵.

Ukubat kitapları suçları tasnif ederken yaygın bir kullanım hâline gelmiş olan had-kıyas-tazir ayrımına gitmektedir. Had ve kıyas suçları, cezası Allah (cc) ve Hz. Peygamberi (sav) tarafından belirlenmiş suçlardır. Tazir suçları ise cezası Allah (cc) ve Hz. Peygamberi (sav) tarafından belirlenmeyen bunun devlet başkanına veya devlet başkanının görevlendireceği kadiya bırakıldığı suçlardır. Tazir suçlarının sayısı çok fazladır. Her devlet başkanı, kendi zamanının hâl ve şartlarına göre ceza ve suç belirleme yetkisine sahiptir. İslam ceza hukukunun önemli kısmını tazir suçları oluşturmaktadır⁶.

Osmanlı Devleti’nde Tanzimat dönemine kadar tazir cezaları padişahların çıkardıkları umumi kanunnamelerle düzenlenmiştir. Fatih Sultan Mehmed, Kanuni Sultan Süleyman, Yavuz Sultan Selim ve daha birçok Osmanlı Padişahı döneminde umumi kanunnameler çıkartılmıştır. İşlenen suçlar had ve kıyas şartlarını sağlamıyorsa tazir cezası verilmiş ve

-
- 1 Mehmet Âkif **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 31; Mustafa **Avcı**, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Atlas Akademi, Konya 2021, s. 43; Coşkun **Üçok**/Ahmet **Mumcu**/Gülnihal **Bozkurt**, Türk Hukuk Tarihi, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 54-55.
 - 2 Mustafa **Erdoğan**, Fıkıh ve Hukuk Terimleri, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2016, s. 524; Abdullah **Yeğin**, Yeni Lügat, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s. 955; Talip **Türkan**, “Şeriat”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 38, 2010, s. 571.
 - 3 Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 2. Baskı, AÜİF Yayınları, Ankara 1954, s. 15; Muhsin **Koçak**/Nihat **Dalgın**/Osman **Şahin**, İslâm Hukuku, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2020, s. 52.
 - 4 **Yeğin**, s. 293; **Koçak/Dalgın/Şahin**, s. 52; **Erdoğan**, s. 144.
 - 5 Halil **Cin**/Gül **Akyılmaz**, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2018, s. 47; Coşkun **Üçok**, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 5. Bası, Sevinç Yayınları, Ankara 1972, s. 42; **Aydın**, s. 153.
 - 6 **Aydın**, s. 154; **Cin/Akyılmaz**, s. 225-226; **Avcı**, Hukuk Tarihi, s. 225-226; Tuncay **Başoğlu**, “Ta’zîr”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul 2011, s. 198.

bu cezalar genellikle ölüm, hapis, para cezası, teşhir, sürgün gibi çeşitli cezalar olmuştur. Bunların içinde en yaygın olan ceza, para cezasıdır. Tanzimat döneminde ise 1840, 1851 ve 1858 tarihli üç önemli ceza kanunnamesi çıkarılmış ve bu kanunnamelerin içinde tazir cezaları da yer almıştır⁷. Ayrıca Osmanlı uygulama örneğini iyi bir şekilde anlamayı sağlayan şer'îye sicilleri, İslam hukukunun hoş karşılamadığı, yasakladığı hayat kadınlığı yapma⁸, darp etme⁹, küfretme¹⁰ vb. çeşitli eylemleri gerçekleştiren kişilere tazir cezalarının verildiğine dair çok sayıda örnek barındırmıştır¹¹. Çeşitli tazir cezaları çalışmanın son kısmında örnekleriyle birlikte ele alınacaktır¹².

-
- 7 Halil Cin/Ahmed **Akgündüz**, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2017, s. 321-329.
 - 8 İlgili olay için bkz. Adalar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, 22 Zilhicce H. 1181/M. 1768, cilt: 75, sayfa: 106, hüküm no: 114, orijinal metin no: (26b-2), <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 13.07.2024.
 - 9 Yaralama eylemi eğer kısas gerektiren bir müessir fiil kapsamında değilse kısas cezası yerine faile diyet ya da tazir cezası verilir. Ebu Hanife kısas kapsamına giren yaralama için suçlu ile mağdur arasında hür olma ve aynı cinsiyetli olma bakımından bir denklik arar. Ayrıca kısas yapılacakken eşit bir uygulamanın olacağından emin olunamaması hâlinde de kısas uygulamasına gidilmez. Bkz. **Aydın**, s. 195-196; Hasan Ali **eş-Şazeli**, “Cinayet”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 8, İstanbul 1993, s. 14-15; **Cin/Akyılmaz**, s. 269-270; **Cin/Akgündüz**, s. 303. Kadın-erkek arasında gerçekleşen dolayısıyla kısas kapsamına sokulamayan ve ceza olarak da tazirin verildiği bir kayıt örneği için bkz. Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 925/M. 1519, cilt: 2, sayfa: 134, hüküm no: 194, orijinal metin no: (22a-2), <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 15.07.2024.
 - 10 Tazir cezasının verildiği olaylar için bkz. Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 23 Zilhicce H. 1152/M. 1740, cilt: 69, sayfa: 410, hüküm no: 458, orijinal metin no: (63b-4), <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 17.07.2024; Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 23 Zilhicce H. 1152/M. 1740, cilt: 69, sayfa: 410, hüküm no: 459, orijinal metin no: (63b-5), <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 20.07.2024; Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 25 Zilhicce H. 1152/M. 1740, cilt: 69, sayfa: 414, hüküm no: 466, orijinal metin no: (64a-4), <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 21.07.2024.
 - 11 İslam dininin uygun bulmadığı eylemleri gerçekleştiren kişilere verilen tazir cezası örnekleri için bkz. İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 384, hüküm no: 456, orijinal metin no: (193-1), <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 27.07.2024; Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1207/M. 1793, cilt: 81, sayfa: 870, hüküm no: 1472, orijinal metin no: 123a-1, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 28.07.2024; Eyüb Mahkemesi, 90 Numaralı Sicil, 2 Zilka'deti'-ş-şerife H. 1090/M. 1679, cilt: 31, sayfa: 224, hüküm no: 214, orijinal metin no: 31b-1, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 29.07.2024; Galata Mahkemesi, 580 Numaralı Sicil, H. 1221/M. 1806, cilt: 84, sayfa: 235, hüküm no: 318, orijinal metin no: 30b-3, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 29.08.2024.
 - 12 Bkz. Başlık III-C.

Çalışmada esas olarak tazir cezaları ele alınacaktır. Ancak tazir cezalarına geçmeden önce İslam/Osmanlı ceza hukukunun genel özellikleri belirtilecek daha sonra İslam/Osmanlı ceza hukukundaki suçların ve cezaların tasnifine değinilecek en son olarak da konumuzun özünü oluşturan tazir cezaları, Osmanlı kanunnameleri ve şer’iye sicillerinde yer aldığı şekliyle sınırlandırılarak incelenecektir. Bu sayede Osmanlı’da te-oriye (yasal düzenlemelerle) pratiğin (uygulamanın) genel olarak uyumu gösterilmeye çalışılacaktır.

I. İSLAM/OSMANLI CEZA HUKUKU

A. Tarif

Ukubat, fıkıh kitaplarının en önemli bölümlerinden biridir¹³. İslam hukukunun genel bir özelliği olan meseleci yöneme¹⁴, ukubatta da uyulmuş-

13 Bununla birlikte “Ahkam-ı Sultaniyye” ve “Siyaset-i Şer’iyye” gibi daha ziyade kamu hukuku kısımlarını içinde barındıran eserlerle mali hukuk ile alakalı bazı eserlerde ceza hukuku bölümleri mevcuttur. Bkz. Ebûl-Hasan **El-Mâverdi**, *El-Ahkâmü’s-Sultânîyye İslâm’da Hilâfet ve Devlet Hukuku*, Çev. Ali Şafak, Bedir Yayınevi, Ankara 1976, s. 249-271; **Aydın**, s. 153.

14 İslam hukukunun belirgin özelliklerinden biri, hukuki meselelere tek tek çözüm sunmuş, diğer bir ifadeyle meseleci (kazuistik) bir metotla gelişmiş olmasıdır. Bu meselecilik hicri üçüncü asırdan itibaren bırakılmaya başlanmış, külli kaideler ve ilkelerle sorunların çözümüne gidilmiştir. Ayrıca İslam hukuku, evrensel ve *sui generis* hukuk sistemidir. Yine İslam hukuku, zamanla hukukçuların ferdi içtihatlarıyla teşekkül etmiştir. Dört halife devrinde içtihadi faaliyetler çok sık yapılmıştır. Hz. Peygamber (sav) içtihat için sahabeyi teşvik etmiştir. İslam hukukunun diğer bir özelliği de dini menşeli olmasıdır. “Kur’an-ı Kerim”, “sünnet”, “icma”, “kıyas”, “istihsan”, “maslahat”, “istishab”, “sedd-i zerai”, “örf ve sahabe fetvası”, İslam hukukunun kaynaklarındandır. Bu kaynaklar kendi aralarında asli ve tali olarak iki kısma ayrılır. “Kur’an-ı Kerim”, “sünnet”, “icma” ve “kıyas” asli kaynaklardandır. Diğer kaynaklar ise tali kaynaklardır. İslam hukuku, temel esaslarını bu kaynaklardan alır. Kur’an-ı Kerim ve sünnet en önemli kaynaklar olmakla beraber bu kaynakların kabul ettiği içtihadi kaynaklar da hukukun kaynağını oluşturmaktadır. Kur’an-ı Kerim, Hz. Peygamber (sav)’e 23 senelik Peygamberlik hayatı süresince kısım kısım gelmiştir. Sünnet, Hz. Peygamber (sav)’in sözleri, davranışları ve başkalarının söz ve davranışlarını teyit etmesidir. İcma, İslam hukukçularının bir konuda fikir birliğine ulaşmalarıdır. Kıyas, sünnet ve icmada olmayan bir konuyu aralarındaki ortak illetten ötürü hakkında hüküm olmayan bir meseleye benzetmedir. İstihsan, açık kıyasla sabit olan bir hükümden çıkıp başka bir kıyasa, gizli kıyasa gitmektir. Hususi bir konuda genel kuraldan ayrılıp farklı bir kuralın uygulanması da böyledir. Maslahat, kamu yararına uygun hareket etmektir. “İyiliği istemek, kötülüğü defetmek” manasına gelir. İstishab, evvelden varlığı bilinen bir durumun aksine delil bulunmadıkça varlığını koruduğuna hükmetmektir. İstishab metodunun esasını, İslam

tur. Genel bir suç nazariyesi ortaya koymak yerine suçlar meseleci yöntemle tek tek ele alınmış ve her bir suç için ayrı ayrı cezalar uygulanmıştır¹⁵. Ceza hukuku, fıkıh kitaplarında ukubat başlığı altında ele alınmış; ayrıca “*el-cinâyât*”, “*el kısâs*”, “*el-cirâh*” başlıkları altında da incelenmiştir. İşlenen suçlar Allah (cc) hakkı ve kul hakkı kapsamında sınıflandırılmıştır. Allah (cc) hakkından kastedilen sadece herhangi bir kişiyi değil o toplumdaki fertleri diğer bir ifadeyle umumu, geneli ilgilendiren haklardır. Yani Allah (cc) hakları, kamu haklarıdır. Bu haklar söz konusu olduğunda kişilerin suçluyu affetmeye yetkisi olmamakta, topluluk adına her bir kişinin suçluya dava açma yetkisi bulunmaktadır¹⁶.

Suç, yasak bir fiili yapmak ya da yapılması gereken bir fiili terk etmek durumlarında söz konusu olur. İslam hukukuna aykırı hareket etmek ve İslam dininin yasakladığı fiilleri işlemek suç teşkil etmektedir¹⁷. İslam dininin hedefi, kötülüklerin işlenmesini engellemek ve yaygınlaşmasını önlemektir. İslam dini, kamu yararını gözetir ve kamu düzeninin korunmasını amaçlar. İslam dini, getirmiş olduğu dini-ahlaki öğretiyle henüz suç işlenmeden önce suçu engellemeyi esas alır. Fakat kul hakkı ihlallerinin gerçekleştiği hâllerde bu ihlalleri önlemek ve Allah (cc) hakkının; yani kamu hakkının ihlal edildiği hâllerde kamu düzenini korumak ve bozulan kamu düzenini eski durumuna getirmek amacıyla İslam hukukunda çeşitli cezalar getirilmiştir. Bu cezalar “*aklı*”, “*dini*”, “*canı*”, “*malı*” ve “*namusu*” korumaktadır. Ayrıca bunlar suçu önleyici ve ibret verici niteliktedir¹⁸. Osmanlı hukuku da genellikle İslam hukukunun kaynaklarına

hukukunun temel kaidelerinden olan “şek ile yakîn zâil olmaz” prensibi oluşturur. Bu prensip ile fakihlere hüküm ve fetva verirken karşılaşılabilecek tereddütlü hâller açısından bir rahatlık verilmektedir. Sedd-i zeraî ise kötülüğe giden yolun kapanmasıdır. Kötülüğe neden olacak fiil, fiili işleyenin kastına bakılmaksızın engellenir. Bkz. **Aydın**, s. 32-41, 61-64; Abdülkerim **Zeydan**, İslam Hukukuna Giriş, Çev. Ali Şafak, 2. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1985, s. 309; **Cin/Akgündüz**, s. 123-124, 159-176; Ekrem Buğra **Ekinci**, İslam Hukuku, 1. Basım, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2006, s. 31-37.

- 15 **Aydın**, s. 153; Ekrem Buğra **Ekinci**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 7. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2021, s. 328.
- 16 Hayrettin **Karaman**, Mukayeseli İslam Hukuku 1, 9. Baskı, İz Yayınları, İstanbul 2016, s. 193; **Cin/Akgündüz**, s. 289.
- 17 Abdulkâdir **Üdeh**, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku-Genel Hükümler-1, Çev. Ali Şafak, C. 1, 2. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2012, s. 98.
- 18 **Aydın**, s. 178.

ve prensiplerine bağlı kalmış, İslam hukukunun özel bir görünümü olmuştur¹⁹. Dolayısıyla bu çalışmada sık sık “İslam/Osmanlı” tabiri kullanılacaktır.

B. İslam/Osmanlı Ceza Hukukunun Özellikleri

Modern ceza hukukunda uygulanan ilkelerin çoğu, İslam hukukunda var olan ilkelerdir. “*Suç ve cezada kanunilik ilkesi*”, “*kolektif sorumluluğun kaldırılarak cezaların şahsi olması ilkesi*”, “*cezaların herkese eşit bir şekilde uygulanması ilkesi*” bunlardandır²⁰. İslam ceza hukuku, bireyle toplum, ibadet ile ahlak ve hukuk arasında bir ahenk kurmayı hedeflemiştir. Cezaların tedip edici nitelikleri vurgulanmıştır²¹.

1. Kanunilik İlkesi

Bir fiilin suç sayılması için yalnızca yasaklanmış davranışların ihlâl edilmesi yeterli değildir. Ayrıca bu davranışların mutlak bir biçimde cezasının bulunması gerekir. Kanunilik ilkesinin gereği de budur. İslam ceza hukukunda bir fiilin bir suç olarak kabul edilmesi için şeriat kaidelerince yasaklanmış olması gerekir²². Kanunilik ilkesi, suçun işlenmesi ile takdir edilecek olan cezaların ve tedbirlerin, mahkûmiyet sürelerinin kanunla belirlenmesi ve düzenlenmesi prensibidir²³.

İslam/Osmanlı hukukunda suçlar ve cezalar hususundaki kanunilik ilkesi had ve kıyas cezalarında sıkı bir biçimde uygulanmıştır. Fakat tazir suçlarının işlenmesi neticesinde verilecek cezalarla alakalı Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde belli bir ceza konmadığı için tazir suç ve cezalarında, kanunilik ilkesi had ve kıyas cezalarına oranla daha esnektir. Bununla birlikte siyasi otoriteler, tazir gerektiren suçlara ceza verirken keyfi davranmamış, İslam hukukunun genel prensiplerine uymuş, kişinin mali

19 Mustafa **Avcı**, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 25; **Ekinci**, Osmanlı, s. 101.

20 İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 120 vd.; Mahmut **Koca/İlhan Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 54 vd.; Veli Özer **Özbek ve diğerleri**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 63 vd.; Murat Volkan **Dülger**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 78 vd.

21 Mustafa **Avcı**, “İslam’ın Ceza Hukukuna Katkısı”, İslam Araştırmaları Dergisi, S. 8, 2006, s. 146.

22 Ahmet **Akgündüz**, Islamic Law in Theory and Practice Islamic Public Law, Iur Press Publications, Rotterdam 2011, s. 306.

23 **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 51.

şartlarını ve sosyal yaşantısını göz ardı etmemiştir²⁴. Tazir suç ve cezalarında ne tür fiillerin suç oluşturduğunu belirlemek ve suç teşkil eden fiillere göre ceza vermek devlet başkanına ya da onun görevlendirdiği kadıya aittir. Bu durumda kanunilik ilkesi esnemiş olur. Fakat Osmanlı uygulamasında suçlar ve cezalar, ceza kanunnameleri ile açıkça belirlendiğinden ötürü kanunilik ilkesine uyulduğu anlaşılmaktadır. Fatih, Kanuni ve diğer padişahlara ait ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin belirlediği tazir suç ve cezaları haricinde başka türlü suç üretilmemiştir²⁵.

2. Şahsilik İlkesi

İslam ceza hukukunda bir diğer esaslı ilke cezaların şahsiliği ilkesidir. Kur'an-ı Kerim'de bu konuyla ilgili pek çok ayet mevcuttur²⁶. İslam ceza hukukunda yalnızca suçu işleyen ve suçun işlenmesine tesiri olanlar, suçta iştirak edenler cezalandırılır. Yakın akraba, eş-dost ve aile mensupları kural olarak cezalandırılmaz. Bu kuralın iki istisnası söz konusudur. Bu istisnalardan ilki, kasıt benzeri ile adam öldürme, hatâen adam öldürme, hata benzeri ile adam öldürme ve sebep olma yoluyla adam öldürme suçlarında diyete akilenin katılmasıdır. Akile, katil olan kimsenin usul ve furuu ile bunların furuundan oluşan yakınlarıdır (akrabalarıdır)²⁷. İkinci istisna ise kasame müessesesidir. Kasame, katili bulunmayan hâllerde, diğer bir ifadeyle faili meçhul adam öldürme fiillerinde, ceset nerede bulunursa o yerdeki toplumun bu ölümün diyetinden mesul tutulmasını ifade

24 **Cin/Akıylmaz**, s. 244-245; Ahmed **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku C. 1, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2011, s. 515.

25 **Akgündüz**, Osmanlı Kamu 1, s. 438, 515; **Aydın**, s. 174-175; **Cin/Akgündüz**, s. 291; **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 51 vd.; **Avcı**, Hukuk Tarihi, s. 229-230; **Cin/Akıylmaz**, s. 244-245. Ayrıca tazir suç ve cezalarının kanuniliğine işaret eden Kânûn-ı Esâsi m. 10 şöyledir: “*Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanûnun tâyin ettiği sebeb ve suretten maada bir bahâne ile mücâzât olunamaz*”.

26 Bu ve bundan sonraki tüm ayetlerin meali, Diyanet İşleri Başkanlığının Kur'an-ı Kerim Tefsiri kısmından alınmıştır. (<https://kuran.diyanet.gov.tr/Tefsir/>). İlgili bazı ayetler şöyledir: “*De ki: Allah her şeyin rabbi iken ben O'ndan başka bir rab mı arayacağım? Herkesin yaptığıının sonucu kendisine aittir. Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez. Sonunda dönüşünüz rabbinizdir ve O, hakkında anlaşmazlığa düştüğünüz gerçeği size haber verecektir*”. Kur'an-ı Kerim, **En'âm**, 6/164; “*Hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez*”. Kur'an-ı Kerim, **Necm**, 53/38; “*Kim doğru yolu seçerse kendi iyiliği için seçmiştir, kim de saparsa kendi zararına sapmış olur. Hiç kimse başkasının günah yükünü üstüne almaz. Biz bir resul göndermedikçe azap da etmeyiz*”. Kur'an-ı Kerim, **İsrâ**, 17/15.

27 **Karaman**, s. 227-228; Hamza **Aktan**, “Âkile”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 2, İstanbul 1989, s. 248; **Aydın**, s. 175, 194-195.

eder. Kasame ve akile müesseseleri kolektif tazmin sorumluluğunun iki örneğini oluşturmaktadır²⁸.

3. Genellik İlkesi

İslam hukukunda cezaların bir başka özelliği, genel olmasıdır. Cezaların uygulanması bakımından herkes eşittir. Kimse diğerinden üstün değildir. Toplumun çeşitli kesimleri arasında da denklik mevzubahistir. Genellik ilkesi, eşitlik ilkesini de içerir. Cezaların ve tedbirlerin herkes için genel olması, aynı zamanda herkese eşit uygulandığını da gösterir²⁹. İslam hukukunun hüküm sürdüğü, İslam hukuku kaidelerinin uygulandığı yerlerde yaşayan Müslümanların ve zimmîlerin³⁰ canları, malları, namusları ve şerefleri, İslam tarafından eşit olarak korunur. Bu kişilerin haklarını ihlal eden kimseler ise aynı hukuka uyularak cezalandırılır. Verilen ceza işlenen suç ile dengelidir³¹. Kişilerin güçleri, zenginlikleri, makamları verilecek cezayı etkilemez. Cezalar karşısında emreden ve emir alan aynı konumdadır. Peygamber Efendimizin (sav) hırsızlık yapan kadına farklı muamelede bulunmasını isteyen kişilere, kızının da hırsızlık yapması hâlinde aynı muamelede bulunacağını belirtmesi, bu prensibin İslam hukukunun ilk dönemlerinden beri esas alındığını göstermektedir³².

28 Örnek olarak bir beldede faili meçhul bir cinayet gerçekleştiğinde, katledilen kimsenin mirasçıları, beldeden elli kişi seçerdi. Bu elli kişiden, kendilerinin katil olmadığı ile ilgili yemin etmelerini isterlerdi. Bunlar, katil olmadıklarını, katilin kim olduğunu bilmedikleri konusunda yemin ederse bu kez katledilen kişinin diyeti kasaba halkı tarafından karşılanırdı. Bkz. Sulhi **Dönmezer**/Sahir **Erman**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. 1, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 118-119; **Avcı**, *Osmanlı Ceza I*, s. 57; Ali **Bardakoğlu**, “Kasâme”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul 2001, s. 528.

29 **Aydın**, s. 175; **Avcı**, *Osmanlı Ceza I*, s. 58-59; **Ekinci**, *Osmanlı*, s. 337; **Avcı**, *Hukuk Tarihi*, s. 230; **Cin/Akyılmaz**, s. 246.

30 Anlaşma ile İslam topraklarında yaşaması kabul edilmiş, hayatı korunan gayrimüslim. Bkz. **Yeğin**, s. 1107; Mustafa **Fayda**, “Zimmi”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 44, İstanbul 2013, s. 428.

31 Coşkun **Üçok**, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AHFM, C. 4, S. 1-4, 1947, s. 127; Ekrem Buğra **Ekinci**, *Hukukun Serüveni*, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2015, s. 337.

32 Bu ve bundan sonra kullanılacak hadis-i şerifler hem “*Hadislerle İslam*” eserinden hem de “*Şamile*” programındaki kitaplardan yararlanılarak çalışmada yer alacaktır. “*Hadislerle İslam*” eserinin künyesi: Mehmet Emin Özafşar vd. (Edt.), *Hadislerle İslam* (7 Cilt), DİB Yayınları, Ankara 2013, <https://hadislerleislam.diyaret.gov.tr/> (E.T. 1.09.2024). Metinde yer alan hadis için bkz. Müslim, *Hudûd*, 8. **Özafşar**, *Hadislerle İslam*, C. 3, s. 367; Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu’fî **el-Buhârî**, *Sahîh-i Buhârî* 6, thk. Mustafa Deeb Al Bagha, Dâru İbn Kesir-Dâru’l-Yemâme, Şam 1414, s. 2491; **Aydın**, s. 175.

Had ve kısas cezalarında tam bir eşitlik ilkesi söz konusudur. Fakat gayrimüslimler ve köleler açısından bunların statülerinin gereği, çoğunlukla lehlerine bazen ise aleyhlerine olan bazı farklılıklar mevcuttur³³. Had ve kısas cezalarında suçlar ve suçlara verilecek cezalar belirli olduğundan dolayı suçu işleyen herkes eşit olarak cezalandırılır. Ancak tazir cezalarının türlerinde ve miktarlarında eşitlik yoktur. Bu cezalarda eşitlik olsaydı tazir cezası diye bir ceza türü olmayacak, bu cezalar had cezası kapsamına girecekti. Bu ceza türlerinde asıl amaç, cezanın suçlu üzerindeki etkisinin eşit olmasıdır. Zira bazı kimseler kınanmaktan çok etkilenir, bazıları da yalnız darp edilme ya da hapsedilme durumlarında suç işlemekten vazgeçer³⁴. Yukarıda İslam/Osmanlı ceza hukukunun özellikleri kısaca açıklanmıştır. Aşağıdaki başlıkta ise İslam/Osmanlı ceza hukukunda suçlar ve cezalarla ilgili bilgiler verilecektir.

II. İSLAM/OSMANLI CEZA HUKUKUNDA SUÇLAR VE CEZALAR

Cezayı gerektiren ve kınanmayı doğuran fiiller suç olarak nitelendirilir. Suç sözcüğü, kesmek ve kazanmak manalarına gelen “cerm” mastarından türemiştir³⁵. Cerm kelimesiyle birini kötü bir işe yapmaya zorlamak anlamı da kastedilir. Hakka, adalete ve doğru olan her şeye yapılan aykırılıklara cerime³⁶ adı verilir. Allah (cc)’ ın hükümleri akla uygun ve bütün güzel sıfatları içinde barındırdığı için bu emirlere uymamak cerime olarak isimlendirilir³⁷.

Toplunun menfaatini ihlal eden had suçları, toplumun yapısına zarar veren kısas-diyet suçları ile tazir suçları İslam hukukunda suç ve cezaların

33 Örnek olarak köleler için had cezalarının yarıya indirilmesi söz konusu olan cezaların yarıya indirilmesi, gayrimüslimler için recm uygulanmaması ve içki içtiklerinde had cezası almamaları verilebilir. Bkz. Aydın, s. 175; Cin/Akyılmaz, s. 246.

34 Üdeh, Ceza I, s. 641.

35 Üdeh, Ceza I, s. 98.

36 Günah, zenb, suç. Bkz. Yeğin, s. 159; Erdoğan, s. 71; Mehmet Boynukalın, “Suç”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 37, İstanbul 2009, s. 453; Avcı, Osmanlı Ceza I, s. 30.

37 Mâverdi de cerimeyi şu şekilde tarif etmiştir: “*Cerime, yüce Allah’ın had cezasıyla ile yasakladığı bir takım şer’i yasaklardır*”. Cerime, günümüz hukukundaki suç tanımıyla örtüşür. Bkz. Muhammed Ebu Zehra, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Çev. İbrahim Tüfekçi, C. 1, Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994, s. 23 vd.; Ayrıca Üdeh suçu, “*Yasak bir fiili yapmak veya yapılması emredilen bir fiili terk etmektir*” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Üdeh, Ceza I, s. 98.

sınıflandırılması açısından kabul görmüştür³⁸. Cezalar, cezaları kesin olarak belirlenmiş suçlar ve cezaları içinde yaşanan zamana ve bu zamandaki koşullara göre tespit edilen bu tespitin de devlet ya da devletin kadı-ları tarafından yapıldığı suçlar olmak üzere iki kısma ayrılır. Cezaları ke-sin olarak belirlenmiş suçlar had ve kısas suçlarıdır. Diğer suçlar ise tazir suçlarıdır³⁹. İslam ceza hukukunda naslarla tayin edilen suçlar had suçla-rıdır. Had suçlarına verilecek cezalar azaltılamaz ve çoğaltılamaz. Yaptı-rımı naslarla tayin edilmeyen suçlar da tazir cezasıyla cezalandırılır. Bu suçlar için Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerin genel mantığı esas alınarak ceza verilir. Bu hâl, İslam hukukunun evrenselliğini ve dinamikliğini gös-terir⁴⁰.

Çalışmada ilk olarak had ve kısas-diyet suç ve cezaları özetlenip daha sonra tazir suç ve cezaları ayrıntılı bir şekilde açıklanacaktır.

A. Had Suç ve Cezaları

İslam dininin hüküm sürdüğü devletlerin tamamında ve bilhassa Os-manlı Devleti'nde, herhangi bir itiraz olmadan kabul edilen suçlar ve ce-zalar had suçları ve cezalarıdır. Bunlar fıkıh kitaplarında, "hudûd" başlığı altında incelenmiştir⁴¹.

Hudûd kelimesi, had kelimesinin çoğuludur. Had; menetmek, engel-lemek, set çekmek anlamlarına gelir⁴². İslam hukukunda had, Allah (cc) haklarına tecavüzün söz konusu olduğu suçlarda, cezasının Kur'an-ı Ke-rim ve hadis-i şeriflerde belli olduğu hususlardır. Allah (cc) hakkının bas-kın olduğu her meselede, tek tek kişilerin menfaatlerine bakılmadan top-lumun menfaati, kamu yararı gözetilir⁴³. İslam hukukunda had cezaları ve

38 Üdeh, Ceza I, s. 627 vd.; Aydın, s. 179; Ekinci, Hukukun Serüveni, s. 336; Cin/Akyılmaz, s. 246.

39 Karaman, s. 197; Avcı, Osmanlı Ceza I, s. 30 vd.

40 Avcı, Osmanlı Ceza I, s. 30 vd.; Karaman, s. 218; Mücahit Çolak, İslam Ceza Hukukunda Hadler ve Hadlerde Beyyine Külfeti, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 1996, s. 9-10.

41 İbrâhim b. Muhammed el-Halebi, Mülteka'l-Ebhur, thk. Halil İmran el-Mansur, Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, Beyrut 1419, s. 331 vd.; Ebû Bekr Alâüddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî, Tuḥfetü'l-fukahâ' III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, Beyrut 1414, s. 137 vd.; Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, el-Mebsût Cilt IX, Dâru'l-Maarif, Beyrut 1414, s. 36; Akgündüz, Osmanlı Kamu I, s. 523; Cin/Akgündüz, s. 302.

42 Ali Bardakoğlu, "Had", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 14, İstanbul 1996, s. 547.

43 Hadlerin miktarı, kesin olarak bellidir. Kadının/hâkimin takdir yetkisi mevcut değildir. Kadının cezaları belirleme yetkisi yoktur, kadı kararları onaylamakla görevlidir. Hadler için gereken koşullar gerçekleşmezse başka suçlar oluşabilir. Had

özellikle zina cezasının ispatı için ağır şartlar aranmaktadır. Bu ağır şartların varlığı, had cezalarının takdir edilmesini nadir hâle getirmektedir. Bu durum da had cezalarında şüpheyi yer olmadığının göstergesidir. Peygamber Efendimiz (sav)’de: “*Şüphe halinde had cezalarını ifa etmeyiniz (ihmal ediniz)*” buyurmuştur⁴⁴. Had cezalarını gerektiren suçlar en genel hâliyle yedi tanedir. Bu suçlar şunlardır: Zina, kazf (zina iftirası), içki içme- sarhoşluk (şirb), hırsızlık (sirkat), yol kesme (hirâbe), dinden dönme (irtidat) ve isyan (bağy)⁴⁵. Had suçlarının sayısı hususunda yazarların farklı görüşleri vardır. Şübh, irtidat ve bağy suçlarıyla alakalı İslam hukuk öğretisinde bu suçların had mi yoksa tazir mi olduklarına ilişkin farklı fikirler mevcuttur⁴⁶.

Zina⁴⁷; aralarında nikah akdi, evlilik şüphesi (batıl/fasid akid) ya da mülkiyet ilişkisi (cariye/efendi) olmayan erkek ve kadın arasındaki cinsi münasebettir⁴⁸. Zina, İslam dinine göre haram olan bir fiil olup büyük günahlardandır. Aile kurumuna karşı gerçekleştirilen büyük bir suç ve saldırdır. Aile, toplumun temelini oluşturur. Bundan dolayı zina fiiliyle topluma karşı da büyük bir saldırı gerçekleştirilmiş olur⁴⁹. Bekar olanın bu

suçlarında erkek şahit aranır. Had cezası tövbe ile düşmez. Had cezası uygulandığında failin uhrevi sorumluluğu bitmez. Failin tövbe etmesi de elzendir. Hadlerde şüpheyi yer yoktur. Bkz. Muhammed **Ebu Zehra**, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Çev. İbrahim Tüfekçi, C. 2, Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994, s. 79-80; **Üdeh**, Ceza I, s. 109 vd.; **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 339; **Avcı**, Hukuk Tarihi, s. 224 vd.; **Cin/Akılmaz**, s. 249.

44 İbn Ebû Şeybe, Musannef V, 28494. Ebû Bekr Abdullâh b. Muhammed b. Ebî Şeybe İbrâhîm el-Absî **el-Kûfi**, el-Muşannef fi’l-ehâdis ve’l-âşâr, thk. Kamal Youssef Al-Hout, Dâru’t-Tâc, Lübnan 1409, s. 511; Mustafa Ahmed **ez-Zerka**, İslam Hukuku I, Çev. Servet Armağan, 2. Baskı, Gündönümü Yayınları, İstanbul 2006, s. 62-63.

45 **Üdeh**, Ceza I, s. 109-110; **Cin/Akgündüz**, s. 303; **Cin/Akılmaz**, s. 249; **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 33; **Aydın**, s. 179-180; **Ekinci**, Osmanlı, s. 347 vd.

46 **Avcı**, s. 225-227; **Cin/Akılmaz**, s. 249.

47 Zina ile ilgili bazı ayetler şöyledir: “*Kadınlarınızdan çirkin fiilde bulunanlara karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse, o kadınları ölüm alıp götürünceye yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde tutun*”. Kur’an-ı Kerim, **Nisâ**, 4/15; “*Onlar, Allah ile birlikte başka bir tanrıya tapmazlar; haksız yere, Allah’ın dokunulmaz kıldığı insan hayatına kıymazlar, zina etmezler. Zira (bilirler ki) bunları işleyen kimse cezasını bulacak*”. Kur’an-ı Kerim, **Furkân**, 25/68.

48 Bu tanım Ebu Hanife’nin görüşünü yansıtır. Ebu Hanife, hemcins olanların arasındaki münasabete, had cezası değil de tazir cezası verilmeli demiştir. Diğer mezhepler ise bunu zina cezası verilmesi için unsur olarak görmez. Bkz. **Cin/Akılmaz**, s. 249-250; **Aydın**, s. 184; Abdulkâdir **Üdeh**, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku-Özel Hükümler-2, Çev. Ali Şafak, C. 2, 2. Baskı, Kayihan Yayınları, İstanbul 2012, s. 437 vd.; **Ekinci**, Osmanlı, s. 347.

49 Yusuf Ziya **Keskin**, Recm Cezası Ayet ve Hadis Tahlilleri, Beyan Yayınları, İstanbul 2001, s. 43.

suçu işlemesi hâlinde verilecek ceza yüz sopa⁵⁰; evli olanın zinasında kişinin muhsan olması koşuluyla⁵¹ bu suçun işlemesi hâlinde verilecek ceza ise recmdir⁵².

Kazf (zina iftirası)⁵³; birine, zina fiilini işlediği ya da zina fiili sonucu meydana geldiği iddiasında bulunmaya denir⁵⁴. Kazf suçu neticesinde iki ceza verilir. Bu cezalardan ilki celd (sopa), diğeri ise kişinin şahitliğinin kabul edilmemesidir⁵⁵. Bu cezada bir değişiklik yapılamaz. Had cezası olduğundan ötürü miktarında herhangi bir azalma veya arttırma söz konusu değildir⁵⁶.

İçki içme-sarhoşluk (şirb)⁵⁷, Ebu Hanife’ye göre şarap içme ya da sarhoşluk suçudur. Çünkü suçun maddi unsuru az/çok şarap içme veya sarhoş

50 Ayrıca suçlu olan kişi bir sene de sürgün cezası alır. Ebu Hanife’ye göre bu ceza tazirdir. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde ise bu ceza had olarak değerlendirilir. Fakat Mâlikîler sürgünün yalnızca erkeklere verilebileceğini belirtir. Bkz. **Üdeh**, Ceza 2, s. 442; **Aydın**, s. 186; **Cin/Akylmaz**, s. 250-252.

51 Muhsan olma, kişinin tam ehliyetli olmasının yanında başından muteber ve fiilen başlamış evliliğin geçmiş olmasıdır. Ayrıca Ebu Hanife ve İmam Mâlik muhsan olmak için zina yapanların Müslüman olmaları koşulunu aradıkları gibi evliliklerinin de Müslüman biriyle olmasını şart koşmuşlardır. Bkz. **Aydın**, s. 185; **Cin/Akylmaz**, s. 251.

52 **Üdeh**, Ceza 2, s. 441, 445-446; **Aydın**, s. 186; Mustafa **Avcı**, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler II, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 287 vd.

53 Kazf suçuyla ilgili ayetler bu suçun had suçları içinde bulunduğunu ve bu suçlarda kanunilik ilkesinin tam manasıyla uygulandığını gösterir. Kazf ile alakalı bazı ayetler şöyledir: “İffetli kadınlara iftira atan, sonra da dört şahit getiremeyen kimselere seksen sopa vurun ve artık onların şahitliklerini asla kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkanların ta kendileridir”. Kur’an-ı Kerim, **Nûr**, 24/4; “İmanlı, saf ve namuslu kadınlara iftira atanlar dünyada ve âhirette lânetlenmişlerdir, onlara büyük bir ceza vardır”. Kur’an-ı Kerim, **Nûr**, 24/23.

54 Yaşar **Yiğit**, “İnsanlık Onur ve Şerefının Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi”, Marife Dergisi, S. 1, Y. 3, 2003, s. 116; İmam **Malik**, Muvatta, Çev. Ahmet M. Büyükcınar vd., C. 2, Afa Yayınları, İstanbul 1982, s. 442.

55 Bu suçta sopa cezası asli ceza olup kâzifin şahitliğinin kabul edilmemesi tebeî bir cezadır. Bu ceza kadı hükmüne ihtiyaç olmaksızın sabittir. Bkz. **Üdeh**, Ceza 2, s. 555; Muhammed Emin **Kızılay**, “Osmanlı Devleti’nde Cinsel Saldırı Suçları: 1869 Vakâyi-i Zabtiye Gazetesi Örneği”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C. 21, S. 2, 2021, s. 1000.

56 **Üdeh**, Ceza 2, s. 555 vd.; **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 99 vd.; **Aydın**, s. 188; **Ekinci**, Osmanlı, s. 349; **Avcı**, Osmanlı Ceza II, s. 332-333; **Cin/Akylmaz**, s. 253; **Cin/Akgündüz**, s. 305.

57 Bu hususla ilgili bazı ayetler şöyledir: “Sana içkiyi ve kumarı soruyorlar. De ki: Bu ikisinde insanlar için büyük zarar ve bazı faydalar vardır; zararları da faydalarından büyüktür. Sana neyi infak edeceklerini de soruyorlar. De ki: İhtiyaç fazlasını. Allah sizin için âyetlerini işte böyle açıklıyor ki düşünesiniz”. Kur’an-ı Kerim, **Bakara**,

edecek derecede diğer içkilerden içmedir⁵⁸. İslam hukukçularının çoğu, içki içme suçunun cezasının miktarının belirlenmiş olduğunu devlet başkanına ya da onun yetkilendirdiği kadıya bırakılmadığını belirtmişlerdir. Fakat bu cezanın miktarında ihtilaf olmuştur. Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre suçun cezası, içki içene seksen celd (sopa); İmam Şâfiî'ye göre ise kırk sopa vurulmasıdır⁵⁹. Kılınç'a göre sarhoş olduğundan dolayı ve hamr içtiği için had cezasının uygulandığına dair uygulamada örnekler mevcuttur. Bu husustan anlaşılmaktadır ki bu suç tipi had suçları arasında değerlendirilmelidir. Ayrıca Kılınç, taziren cezalandırılan sarhoşluk durumları ya da hamr içme hâllerinde suçun had olabilmesi için gereken diğer unsurlarında eksiklik söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Uygulamada bu suça had cezası olarak 80 sopa, tazir cezası, nadir de olsa para, hapis, teşhir ve sürgün cezaları verilmiştir⁶⁰.

Hırsızlık (sirkat)⁶¹; başkasına ait, hıfz (koruma) altında ve belirli bir değeri olan malın gizli bir biçimde mülk edinme amacıyla almaya denir.

2/219; “Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar, fal okları şeytan işi iğrenç şeylerden ibarettir. Bunlardan kaçın ki kurtuluşa eresiniz”. Kur'an-ı Kerim, **Mâide**, 5/90.

58 Hamr; “şarap”, “alkollü içkiler”, “içki” olup sarhoşluk veren şey manalarına gelir. Türkçe’de şarap adıyla kullanılan madde, Kur'an-ı Kerim ve hadisi şeriflerde hamr olarak yer alır. Kabarıp yükselerek keskinleşip köpüğünü atan çiğ üzüm suyu, hamr olarak adlandırılmıştır. İslam hukukçularının tamamı, hamr türündeki içkilerin az ya da çok içilmesine bakılmaksızın bu içkilerin içilmesinin haram olduğu hususunda birleşmişlerdir. Hanefîler ve Şâfiîler, kendisinde şarap kokusu olan birine ya kendisinin içki içtiğini beyan etmesiyle ya da iki şahidin şahitliğiyle sabit olmadığı sürece had cezası uygulanmaz, demişlerdir. Mâlikîler ve Hanbelîlere göre ise had cezası uygulanır. Ebu Hanife'ye göre had cezasının verilmesini gerektirecek sarhoşluğun kriteri, hiçbir şeyi anlayamayacak ve kavrayamayacak, erkeği kadından ve yeri gökten ayıramayacak ölçüde sarhoş olmaktır. Ayrıca sarhoşluğa sebebiyet veren içkilerde, had cezasının uygulanması için bazı hususların varlığı gerekir. Bunlar, içki içenin akıl sahibi, balığ ve Müslüman olmasıdır. Bkz. Serdar **Mutçalı**, Arapça Türkçe Sözlük, Dağarcık Yayınları, İstanbul 2015, s. 284; **Yeğin**, s. 353; İmam **Malik**, s. 463-468; **Karaman**, s. 203-205; Vehbe **Zuhayli**, İslam Ansiklopedisi Fıkhi VII, Çev. Ahmet Efe vd., Risale Yayınları, İstanbul 2012, s. 434.

59 **Üdeh**, Ceza 2, s. 573 vd.; **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 165-166; İmam **Malik**, s. 464; **Cin/Akgündüz**, s. 305; İkinci, Osmanlı, s. 349; **Cin/Akyılmaz**, s. 254; **Avcı**, Osmanlı Ceza II, s. 405.

60 Ahmet **Kılınç**, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde İçki İçme Suçu”, Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Editör Recai Coşkun, C. 1, Komrat 2014, s. 213.

61 Hırsızlıkla alakalı bazı ayetler şöyledir: “Ey Peygamber! Mümin kadınlar Allah’a hiçbir şeyi ortak koşmayacakları, hırsızlık yapmayacakları, zina etmeyecekleri, çocuklarını öldürmeyecekleri, elleriyle ayakları arasında bir iftira düzüp

Tanımdan anlaşılacağı üzere had türünden cezayı gerektiren hırsızlığın belirli şartları mevcuttur. Diğer bir ifadeyle her türlü hırsızlığa had cezası verilmez⁶². Hırsızlığın haddi gerektiren koşulları oluşursa el kesmek (sağ el bilekten) vaciptir. Hadd-i sirkatin unsurları oluşmadığı durumda tazir cezası verilebilir⁶³.

Yol kesme (hirabe)⁶⁴, silahlı bir biçimde şehirlerarası yollarda yol keserek insanlara saldırıp bu insanların mallarını almak ya da onları öldürmek suçuna denir⁶⁵. Suçu işleyenlerin cezası yaptıkları eylemin niteliğine göre değişir. Yol kesip yol kesme fiilinin yanında adam öldürenlerin had cezası idamdır. Hem yol kesip hem de mala zarar verenlerin had cezası, el ve ayakların çapraz olarak kesilmesidir. Sadece yol kesen, güvenliği bozan fakat soygun yapmamış ve adam öldürmemiş kişiler ise sürgün cezasıyla cezalandırılır⁶⁶.

Dinden dönme (irtidat)⁶⁷; herhangi bir baskı, zorlama ve hata olmaksızın İslam dinini terk etmek, İslam dininin getirdiği prensipleri

getirmeyecekleri, dine ve akla uygun hiçbir konuda sana karşı gelmeyecekleri hususunda sana biat etmeye geldiklerinde onların biatlarını kabul et ve onlar için Allah'tan bağışlama dile. Kuşkusuz Allah bağışlayıcıdır, engin merhamet sahibidir". Kur'an-ı Kerim, Mümtetine, 60/12; "Hırsızlık eden erkek ve hırsızlık eden kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah'tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir". Kur'an-ı Kerim, Mâide, 5/38.

62 **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 119 vd.; **Karaman**, s. 198-199; **Aydın**, s. 180-181; **Ekinci**, Osmanlı, s. 349-350.

63 **Zuhayli**, İslam VII, s. 389; **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 119 vd.; **Aydın**, s. 182; **Karaman**, s. 199.

64 Suçla ilgili bir ayet şöyledir: “Allah’a ve peygamberine karşı savaşanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da bulundukları yerden sürgün edilmeleridir. Bu, onların dünyada uğradıkları aşağılayıcı cezadır. Ahirette ise onlar için büyük bir azap vardır”. Kur'an-ı Kerim, Mâide, 5/33.

65 Hanefî mezhebine göre şehirlerarası yollarda; Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre ise şehir içinde de bu suç işlenebilir. Ebu Hanife’ye göre yol kesiciler arasında kadın olması hâlinde had cezası uygulanmaz. Bunun sebebi ise savaşma ve savaş yoluyla düşmanları esir alma gibi eylemlerin kadınlar tarafından gerçekleştirilmesinin çok güç olmasıdır. Zira onların kalpleri hassas ve bünyeleri zayıftır. Savaş ehli sınıfında yer almazlar. Dahası yol kesenin akıllı olması ve bülüğa ermiş olması gerekir. Bu koşullar mevcut değilse had cezasını gerektiren yol kesme suçu oluşmaz. Bkz. **Zuhayli**, İslam VII, s. 418, 421-422; **Aydın**, s. 182-183; **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 340.

66 **Karaman**, s. 200; **Aydın**, s. 183-184; **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 147 vd.; **Üdeh**, Ceza 2, s. 725 vd.

67 Bu hususla ilgili bazı ayetler ise şöyledir: “Kim iman ettikten sonra Allah’ı inkârâ saparsa -kalbi imanla dolu olduğu halde baskı altında kalanın durumu müstesna

reddetmek, bu prensipleri alay konusu yapmak ve inkâr etmektir⁶⁸. Mürted, İslam örfüne göre İslam dinine mensupken bu dinden çıkan kim-sedir. Hanefîler yalnızca erkeklerin ölüm cezasına çarptırılacağını kadın-ların ise cezasının hapsediğini belirtmişlerdir⁶⁹.

İsyân (bağy); silahlı bir kuvvetle kendilerine göre haklı bir nedene da-yanarak meşru olan hükümete karşı ayaklanmaktır. Başka bir ifadeyle is-yan, Müslümanlardan bir grubun, ümmetin çoğunluğuna rağmen kendilerince yanlış yolda olan halifeye başkaldırmalarına, düzeni değiştirmek istemelerine, ayrı bir devlet kurmak istemelerine denir⁷⁰. Bağy suçunun cezası ile ilgili ihtilaf söz konusudur. Udeh, bağy suçunun

olmak üzere- kim kalbini inkâra açarsa işte Allah'ın gazabı bunlaradır; bunlar için çok büyük bir azap vardır". Kur'an-ı Kerim, Nahl, 16/106; "İman edip sonra inkâr edenleri, sonra yine iman edip tekrar inkâr edenleri, sonra da inkârlarını arttıranları Allah ne bağışlayacak ne de onları doğru yola iletecektir". Kur'an-ı Kerim, Nisâ, 4/137. Bu hususta ayrıca şunu belirtmek de gerekir: İslam dininde temel özgürlüklerden biri, insanların din özgürlüğüne sahip olmasıdır. Kur'an-ı Kerim'de Bakara Suresinin 256. ayeti ve Kehf Suresinin 29. ayetinde bu husus sırasıyla "Dinde zorlama yoktur. Doğru eğriden açıkça ayrılmıştır. Artık kim sahte tanrıları reddeder de Allah'a inanırsa kopmayan sağlam bir kulpa yapışmıştır. Allah her şeyi iştirir ve bilir" ve "Ve de ki: Gerçek, rabbinizden gelendir. Artık dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin. Biz, zalimler için alevleri kendilerini çepeçevre kuşatan bir ateş hazırladık. (Susuzluktan) imdat dileyecek olsalar buna, erimiş maden gibi yüzleri haşlayan bir su ile cevap verilir. Ne fena bir içecek ve ne kötü bir barınak!" şeklinde yer alır. Fakat her özgürlük gibi din özgürlüğü de belli başlı kaideler ve sınırlar barındırır. Her insan dinini seçme hususunda tam bir özgürlüğe sahiptir. Fakat kişi dininin gereklerini yerine getirirken ve dininin emirlerini uygularken kendi haklarının yanında başkalarının hakları da söz konusu olduğu için bazı kurallara uymak durumundadır. İslam dinini terk eden kimse, İslam ülkesindeki kaideleri bozmaya yönelik toplumu tahrik edici provokatif hareketlerde bulunursa bu kimsenin cezalandırılması gerekecektir. Bkz. Hacer Şahinalp, "Din Hürriyeti Bağlamında Din Değiştirme Hürriyeti: İrtidat", İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 102.

68 **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 167 vd.; **Üdeh**, Ceza 2, s. 797; **Aydın**, s. 191; **Cin/Akıllmaz**, s. 262; **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 340; **Cin/Akgündüz**, s. 308; **Karaman**, s. 205.

69 Hanefîlerin bu şekilde düşüncelerinin sebebi onlara göre sadece erkeklerin muharip sınıfına dahil olmasıdır. Bundan dolayı İslam dinine erkeklerden zarar gelebileceğini ifade etmişlerdir. Hanefîlerin haricindeki mezheplere göre ise kadın veya erkek ayrımı yoktur. **Üdeh**, Ceza 2, s. 797; **Ebu Zehra**, İslam 2, s. 167-168; **Aydın**, s. 191 vd.; **Karaman**, s. 205-206.

70 İslam devletinde Hz. Osman döneminin sonlarına doğru bağy hareketleri başlamış ve şehit edilmesiyle olaylar büyümüştür. Hz. Ali dönemindeki, Cemal ve Sıffin savaşları bağy hareketlerine örnektir. Bkz. **Karaman**, s. 206-207; **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 340; **Aydın**, s. 189; **Cin/Akgündüz**, s. 308.

cezasının had cezası olduğunu söylemiştir⁷¹. Aydın ise isyan sırasındaki öldürme cezasının had cezası olmadığını, bunun bir tedbir olduğunu söylemektedir⁷².

B. Kıyas-Diyet Suç ve Cezaları

Kıyas kelimesi; izlemek, anlatmak ve kesmek anlamlarına gelen “kass” kökünden türemiştir⁷³. Fukahanın tanımına göre kıyas, “*ferdin hakkı olarak yerine getirilmesi gereken muayyen cezadır*”⁷⁴. Kıyası gerektiren suçta Allah (cc) hakkına da tecavüz söz konusudur; fakat kıyasta kul hakkının ihlâli daha ağır basmaktadır. İhlâl edilen kamu hakkı için ayrıca devletin tazir cezası verme yetkisi mevcuttur⁷⁵. Temelde cana ve vücut tamlığına karşı olan ve cinayet⁷⁶ olarak da adlandırılan kıyas-diyet suçlarını fakihler adam öldürme, müessir fiil ve anne karnındaki çocuğa yapılan ve ölümüyle neticelenen cinayet olarak üçe ayırmıştır⁷⁷. Cinayet fiilinde ödeme olarak tanımlanan birinci nitelikli ceza olan kıyas; öldürme, yaralama veya herhangi bir uzvun yok edilmesi, uzvun kullanılamayacak hâle sokulması suçlarında, bu suçları işleyen faillerin,

71 Gerekeşi şu ayettir: “Eğer müminlerden iki grup birbiriyle kavgaya tutuşursa hemen aralarını düzeltin; ikisinden biri diğerinin hakkına tecavüz etmiş olursa -Allah’ın emrine geri dönünceye kadar- haksızlığa sapanlara karşı savaşın; dönerlerse aralarındaki anlaşmazlığı adaletle çözüme bağlayın ve herkese hakkını verin. Allah hakkı yerine getirenleri sever”. Kur’an-ı Kerim, **Hucurât**, 49/9.

72 Hucurât Suresi 9. ayetteki “bağy” sözcüğüyle haddi aşmanın kastedildiğini ifade etmiş, isyan suçunu tazir suçları içinde değerlendirmiştir. Bkz. **Aydın**, s. 190. Ayrıca bağy suçunun cezası, kısmen had kısmen tazir cezası verilerek suçun hangi aşamada olduğuna göre tespit edilmektedir. Bir grup oluşturmaya bireysel başkaldırmaya karşı had cezası verilmez. Muhalif kişiler, Müslümanların içinde mevcut olan bozuk inanışların propagandasını yaparlar ise bu kişiler uyarılır, İslam’ın gerçekte böyle olmadığı ifade edilir ve kamu yararı için devlet başkanı ya da görevlendireceği kimse, bu kişilere tazir cezası verir. Bağy suçu, bütün şartlarıyla birlikte gerçekleşirse ölüm cezası verilir. Bkz. **Üdeh**, Ceza 2, s. 771 vd.; **Karaman**, s. 207-208.

73 **Karaman**, s. 208.

74 **Karaman**, s. 208.

75 **Karaman**, s. 208; **Ebu Zehra**, İslam Ceza 2, s. 305.

76 Cinayet, cezayı gerektiren herhangi bir suç olarak da tanımlanır. Cinayetler önem derecelerine göre tasnif edilir. Cana karşı cinayet, öldürme fiilidir. Can dışında başka bir şeyle ilgili cinayet ise yaralama fiilleridir. Cana karşı işlenen cinayetler de genellikle kasıt olup olmamasına göre kasten (amden), kasta benzer (şibh-i amden) ve hata yoluyla işlenen öldürme fiilleri olarak sınıflandırılır. Bkz. İbrahim **Halebî**, *Mevkûfât Mültekâ Tercümesi*, Çev. Ahmed Davudoğlu, C. 2, Sağlam Yayınları, İstanbul 1983, s. 439; Vehbe **Zuhayli**, *İslam Ansiklopedisi Fıkıhı VIII*, Çev. Ahmet Efe vd., Risale Yayınları, İstanbul 2012, s. 11-12; **Cin/Akgündüz**, s. 309.

77 **Cin/Akılmaz**, s. 264; **Cin/Akgündüz**, s. 309 vd.

mümkünse işledikleri suçun aynısıyla cezalandırılmalarıdır⁷⁸. Kısas cezasının verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda veya af dolayısıyla bu ceza düştüğünde verilecek ceza ikinci nitelikli bir ceza olan diyettir⁷⁹. Kısas ve diyetten sonra verilebilecek üçüncü nitelikli ceza kefarettir. Kefaretle birlikte mümin bir kölenin azat edilmesi gerekmektedir. Kölesi olmayan veya köleyi azat etmek için yeterli parası olmayan kişinin birbiri ardına iki ay boyunca oruç tutması gerekir⁸⁰. İslam hukukunda kısas cezasını gerektiren suçlar; kasten öldürme ve bir takım kasten yaralama olaylarıdır. Kasta benzer adam öldürme, hataen adam öldürme, hata benzeri ile adam öldürme ve sebep olma yoluyla adam öldürme suçlarında ise kısas cezası verilmez⁸¹.

78 Mağdurun ve mirasçılarının suçluyu affetme yetkileri vardır. Bu kişilerin affi ile faile ceza da verilmez. Affetme, karşılık beklemeden olabileceği gibi diyet karşılığında da olabilir. Kısas cezasının aftan ötürü uygulanmaması, devlet başkanının veya onun yetkili kılacağı kadının vereceği tazir cezasını etkilemez. Bkz. **Üdeh**, Ceza 1, s. 675-677; **Ekinci**, Osmanlı, s. 358 vd.; Mehmet **Köroğlu**, “İslam Ceza Hukukunda Kısasın İnfazı”, Ekev Akademi Dergisi, S. 48, Y. 15, 2011, s. 227, 237. Kısas hususuyla ilgili bazı ayetler şöyledir: “*Tevrat’ta İsrâiloğulları’na, Cana can, göze göz, burna burn, kulağa kulak, dişe diş... Yaralamalarda da kısas vardır. Kim kısası bağışlarsa bu kendisi için bir kefarettir olur. Ve her kim Allah’ın indirdiği ile hükmetmezse işte onlar zalimlerin ta kendileridir, diye yazdık*”. Kur’an-ı Kerim, **Mâide**, 5/45; “*Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size gerekli kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ancak her kime, kardeşi tarafından bir şey bağışlanırsa artık ona hakkaniyetle uymalı ve diyeti ona güzellikle ödemelidir. Bu, rabbinizden bir hafifletme, bir rahmettir. Bundan sonra kim haddi aşarsa ona elem verici bir azap vardır*”. Kur’an-ı Kerim, **Bakara**, 2/178.

79 Diyet; can karşılığı veya bir kısım uzuv kesme, yaralama ve kırmalara karşılık verilen tazminattır. Diyet, maldan belli bir miktar verilmesidir. Bu para hiçbir şekilde devletin hazinesine geçmez, mağdurun malına dâhil olur. Diyetin miktarı ise suçun kasıtlı işlenip işlenmediğine ve somut hâle göre tespit edilir. Bu ceza, bedeli cezalardandır. Bkz. **Üdeh**, Ceza 1, s. 675; İmam **Malik**, s. 474; Hüseyin **Kavukçu**, “İslam Hukukunda Kısas”, Diyanet Dergisi, C. 18, S. 3, 1979, s. 159. Bu hususla ilgili ayetlerden biri şöyledir: “*Yanlışlıkla olması dışında, bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı olamaz. Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir; ancak ölünün ailesi diyeti bağışlarsa o başka. Öldürülen, mümin olmakla birlikte size düşman olan bir topluluktan ise mümin bir köle azat etmek lâzımdır. Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine teslim edilecek bir diyet vermek ve mümin bir köleyi azat etmek gerekir. Bunları bulamayan kimsenin Allah tarafından tövbesinin kabulü için iki ay peş peşe oruç tutması lâzımdır. Allah her şeyi bilmektedir, hikmet sahibidir*”. Kur’an-ı Kerim, **Nisâ**, 4/92.

80 **Üdeh**, Ceza 1, s. 687 vd.

81 **Üdeh**, Ceza 1, s. 675-693; **Karaman**, s. 209 vd.; **Ekinci**, Hukukun Serüveni, s. 341; **Aydın**, s. 193-197; **Cin/Akgündüz**, s. 309-314; **Cin/Akyılmaz**, s. 264-271.

C. Tazir Suç ve Cezaları

Tazir suç ve cezaları, yaygın olarak yapılan had-kıyas-tazir suç ve cezaları ayrımında üçüncü olarak incelenen kısımdır. Tazir suç ve cezaları, bu çalışmanın temelini oluşturduğu için aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

III. OSMANLI KANUNNAMELERİ VE ŞER’İYE SİCİLLERİ İŞİĞİNDA TAZİR CEZALARI

Tazir; Arapçada, menetmek, engellemek, reddetmek anlamlarına gelmektedir⁸². Tazir cezaları, suçluyu tedip etme amacı barındırmaktadır⁸³. Tazir suçları, Şari’in⁸⁴ hakkında, Kur’an-ı Kerim veya hadis-i şeriflerle belirli bir ceza tespit etmediği, fakat toplumda karmaşaya neden olduğu için Şari’ tarafından yasaklanmış olan suçlardır⁸⁵. Kural olarak tazir cezasını uygulama hakkı her Müslüman için söz konusudur. İslam hukukçularına göre “*günaha başlama durumunda bütün Müslümanların tazir etme hakkı mevcuttur. Günaha başladıktan sonra, devlet başkanının ya da onun görevlendireceği hâkimin dışında biri tazir etme hakkını kullanamaz*”⁸⁶.

İslam hukukunun hakkında ceza belirlememiş olduğu suçlara verilen cezalar, tazir cezalarının temelini oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu cezalar şeriatla belirlenmemiştir. Bu cezalar çok çeşitlidir. Suçlunun hapsedilmesi ve darp edilmesi, suçlunun tembih ve takdir edilmesi hatta hükmü verecek olanın suçluya asık suratla bakması şeklinde tezahür edebilmiştir. Tazir cezaları, uyarma gibi hafif bir ceza olabileceği gibi hapis cezası gibi ağır bir ceza da olabilir. Hatta bazı durumlarda bu ceza ölüm olarak takdir edilebilir. Kadı, vereceği cezada takdir yetkisine sahiptir. Somut olaya, suçun işleniş şekline ve diğer durumlara göre cezayı tespit edecektir⁸⁷. Örneğin Osmanlı’da evrak sahteciliği, şantaj, dolandırıcılık,

82 **Karaman**, s. 215.

83 **Zuhayli**, İslam VII, s. 472-473; **Karaman**, s. 215; **Cin/Akgündüz**, s. 315. Ayrıca tazir ile ilgili bkz. Alâüddin Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed **el-Kâsânî**, Bedâ’i’u’ş-şanâ’i’ fi tertîbi’ş-şerâ’i’ VII, Dâru’l-Kütübi’l-İlmîyye, Beyrut 1328, s. 63 vd.

84 Yasa koyucu, şariat koyan kişi manalarında gelir. Sadece Allah (cc)’ı ifade etmekle birlikte mecazen de Peygamber Efendimiz (sav) hüküm koyucudur. Bkz. Mehmet **Kanar**, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 2. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010, s. 723; **Erdoğan**, s. 519.

85 **Ebu Zehra**, İslam Ceza 1, s. 105; **Cin/Akgündüz**, s. 315.

86 Burhanpurlu **Şeyh Nizam vd.**, Fetâvâyi Hindîyye, Çev. Mustafa Efe, C. 4, Akçağ Yayınları, Ankara 1985, s. 75; Esra **Yakut**, Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 25 vd.

87 **Üdeh**, Ceza 1, s. 694; **Şeyh Nizam vd.**, s. 76; **Cin/Akyılmaz**, s. 271.

iftira, yalan yere tanıklık ve daha birçok suç için devlet başkanı ya da onun yetkilendirdiği kişi tarafından tazir cezası verilmiştir. Tazir suçlarının belirli bir sayısı yoktur. İslam dininin yasaklamış olduğu her şey had ve kısas kapsamına girmediği sürece tazir cezasıyla cezalandırılır. Tazir cezalarının nasıl verileceği, bu cezaların üst sınırının nasıl olacağı tartışmalara neden olmuştur. Esasen had ve kısas suçları olmasına rağmen unsurlarındaki noksanlıktan ötürü tazir suçu sayılan suçların cezaları için genellikle öngörülen had ve kısas cezalarından daha hafif bir ceza ile cezalandırma söz konusu olmuştur. Had ve kısas suçları grubunda olmayıp esasen tazir suçu sayılan suçlarda ise devlet başkanının suçu önleyici uygun bir cezayı belirleyebileceği benimsenmiştir. Ebu Hanife bu tür suçlarda tazir cezası olarak idam cezası verilebileceğini, İmam Mâlik de bu tür suçlarda herhangi bir üst sınır olmadığını söylemiştir⁸⁸. Had ve kısas suçlarına girmeyen durumlarda, İslam hukukunun yasaklamış olduğu, günah olan birçok fiil tazir cezasıyla cezalandırılmıştır⁸⁹.

Tazir cezaları üç türlüdür. İlki, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde düzenlenmiş ancak herhangi bir cezai müeyyide konulmamış olanlardır. Örneğin “yalancı şahitlik”⁹⁰, “kalpazanlık”, “rüşvet”⁹¹, “hakaret”, “kara-borsacılık”⁹², “karşı cins kılığında gezmek”, “sihir yapmak”⁹³,

88 Bilhassa taziren dayak cezası verilmesi hâlinde buna belirli bir üst limit konulabileceğini ve bu cezanın had cezalarının altında olması gerektiğini söyleyen hukukçular da mevcuttur. Bkz. **Aydın**, s. 198.

89 **Ebu Zehra**, İslam Ceza 1, s. 105; Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukuki İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1991, s. 24; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 93; **Cin/Akgündüz**, s. 315-317; **Yakut**, Osmanlı, s. 29-31; **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 33; **Aydın**, s. 197-198; Rıfat **Uslu**, “İslam Hukukunda Suç ve Ceza Kavramı”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 37, 2015, s. 1055.

90 “...Öyleyse pislikten yani putlardan uzak durun ve asılsız sözden de kaçının”. Kur'an-ı Kerim, **Hac**, 22/30.

91 “Mallarınızı aramızda haksızlıkla yemeyin. Bile bile, günaha saparak, insanların mallarından bir kısmını yemeniz için onun bir parçasını yetkililere aktarmayın”. Kur'an-ı Kerim, **Bakara**, 2/188.

92 Hadislerde yer alan ihtikâr sözcüğüne Kur'an-ı Kerim de doğrudan rastlanmamaktadır. Fakat haksız yoldan kazanç elde etmeyi yasaklayan ayetlerle (Bakara 2/188, Nisâ 4/161, A'râf 7/85) dinin genel ahlaki prensipleri ihtikâr yasağının da dolaylı atıfları olarak kullanılır. Bkz. Cengiz **Kallek**, “İhtikâr”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 21, İstanbul 2000, s. 560. İlgili bir ayet şöyledir: “Medyen'e kardeşleri Şuayb'ı (gönderdik). Dedi ki: Ey kavmim! Allah'a kulluk edin; sizin O'ndan başka tanrınız yoktur. Size rabbinizden açık bir delil gelmiştir. Artık ölçüyü tartıyı tam yapın, insanların mallarının değerini düşürmeyin, düzene sokulduktan sonra yeryüzünde bozgunculuk yapmayın. Eğer inananlar iseniz bunlar sizin için daha hayırlıdır”. Kur'an-ı Kerim, **A'râf**, 7/85.

93 “...Düğümlere üfürenlerin şerrinden”. Kur'an-ı Kerim, **Felak**, 113/4.

“içki satmak”⁹⁴ ve “Ramazan ayında açıkça oruç tutmamak” bunlardandır⁹⁵. İkincisi, esasen had ve kısas suçuyken unsurlarındaki noksanlık dolayısıyla ya da mağdurun/yakınlarının affıyla had ve kısas cezası verilemeyen suçlardır. Bunların cezasız kalmaması için tazir cezaları verilir. Bunlar için had ve kısas cezası olsaydı verilecek olan cezadan daha hafif bir ceza belirlenmiştir⁹⁶. İlk iki grupta yer alan tazir cezaları İslam hukukunca net bir biçimde yasak (ma'siyet) kabul edilen fiillerdir. Bunlar her durumda tazir kapsamındadır. Üçüncüsü ise toplumsal hayatın gerektirdiği durumlarda; yani dönemin ihtiyaçlarına göre devlet başkanının veya onun görevlendireceği kadılar tarafından İslam hukukuna aykırı olmadan belirlenen tazir cezalarıdır⁹⁷. Hanefilere göre diğer kul haklarında olduğu gibi tazir suçu da ikrar, delil, şahit gibi yollarla ispat edilebilir. Tazir suç ve cezalarında had ve kısastan farklı olarak kadınların şahitliği de kabul edilmektedir⁹⁸.

A. Tazir Cezalarıyla Diğer Cezalar Arasındaki Farklar

Tazir cezalarının had ve kısas cezalarından belli başlı farklılıkları bulunmaktadır. Bu farklardan bazıları aşağıdaki gibidir:

1-Had, kısas ve diyet suçlarıyla ilgili verilecek cezalar ve bu cezaların miktarı, Allah (cc) ve Peygamber Efendimiz (sav) tarafından daha önceden tayin edilmiş olup bunlar bağlayıcı niteliktedir. Devlet başkanının veya onun görevlendireceği kişinin bu cezaları değiştirmeye yetkisi yoktur. Tazir cezalarında ise durum farklıdır. Bu cezaların miktarını devlet başkanı ya da onun görevlendirdiği kadı belirleyebilir. Ayrıca kanunnamelerle de bu tür cezalar yer almıştır⁹⁹.

94 “...Meselâ içki ve domuz eti gibi Yüce Allah'ın haram kıldığı şeyleri alıp satmak bir Müslüman için helâl değildir”. Müslim, Müsâkât, 71. **Özağşar**, Hadislerle İslam, C. 5, s. 28; Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim **el-Kuşeyrî**, el-Câmi'u's-şâhih 3, thk. Muhammed Fuâd 'Abdülbâkî, İsa el-Babî el-Halebî ve Şürekahu, Kahire 1374, s. 1581.

95 **Cin/Akgündüz**, s. 316.

96 **Cin/Akgündüz**, s. 316.

97 Ebü Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî **el-Kurtubî**, el-Muḥallâ XII, thk. Abdul Ghaffar Suleiman Al-Bandari, Darü'l-Fikr, Beyrut 1408, s. 378; Abdülkâdir **Üdeh**, et-Teşri'u'l-Cinâ'iyi'l-İslâmî I, Dârü'l-Kâtibü'l-Arabî, Beyrut 1431, s. 128 vd.; Talip **Türçan ve diğerleri**, İslam Hukuku El Kitabı, 9. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara 2020, s. 529; **Ekinci**, Osmanlı, s. 365; **Cin/Akyılmaz**, s. 272-273; **Cin/Akgündüz**, s. 316.

98 **Zuhaylî**, İslam VII, s. 483.

99 **Üdeh**, Ceza I, s. 695; **Ebu Zehra**, İslam Ceza I, s. 112; Mansur Muhammed Mansur **el-Hafnavî**, eş-Şübuhat ve Eseruha fi'l-Ukubeti'l-Cina'iyye fi'l-Fikhi'l-İslami, Matba'atül-Emane, Kahire 1406, s. 38; **Aydın**, s. 155.

2-İslam hukukunda, had ve kısas cezalarında kadıya takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu suçlarda kadının görevi, ilgili suçun bütün şartlarıyla oluşup oluşmadığını tespit etmektir. Suç, bütün şartları barındırıyorsa bu durumda, kadı önceden belirlenmiş cezayı uygulayacaktır. Tazir cezalarında ise kadıların çok geniş takdir yetkisi vardır. Cezalarda fer-dileştirme denen husus, diğer bir ifadeyle suçlunun şahsiyetine cezanın uydurulması tazir cezalarında vardır. Kadının yapacağı şey kişilerin bu yasak fiili işleyip işlemediklerini tespit etmektir. Yasak fiilin işlendiği kanısına ulaştıklarında ise cezalardan birini, toplumun düzenini sağlamak için o zamanın hâl ve koşullarına göre vereceklerdir¹⁰⁰.

3-Tazir cezaları herhangi bir şüphenin varlığında düşmez. Had cezaları ise şüphenin olduğu durumlarda uygulanmaz. Tazir cezalarında erkeklerle beraber kadınların şahitliği de kabul edilir. Oysa had cezalarında kadınların şahitliği kabul edilmez. Tazir cezaları tedip amaçlı mümeyyiz çocuklara verilebilir. Ancak had cezaları mümeyyiz çocuklara uygulanmaz¹⁰¹.

4-Had cezalarını uygulamak devletin görevidir. Bu konuda af, şefaaf geçerli değildir. Kısas cezalarında ise af yalnızca hak sahibine verilen bir yetkidir. Tazir cezalarında ikili bir tasnife gidilmektedir. Allah (cc) hakkının ihlal edildiği hâllerde tazir cezalarını affetme hususunda devletin yetkisi vardır. Kul hakkının ihlal edildiği hâllerde ise mağdurun affetme yetkisi vardır¹⁰².

5-Zamanaşımının cezayı düşürmedeki tesiri hususunda İslam hukukçuları iki farklı fikir ileri sürmüştür. İmam Mâlik, İmam Şâfiî ile Ahmed b. Hanbel, zamanaşımının had ve kısas cezalarını düşürmeyeceğini fakat tazir cezalarını düşürebileceğini belirtmişlerdir. Hanefiler ise zamanaşımının kısas ve diyet cezalarını düşürmeyeceğini, ancak tazir ve kazf haricindeki had cezalarını düşüreceğini söylemişlerdir. Ayrıca Hanefiler zamanaşımı ile ilgili belirli bir sürenin olmadığını, bununla ilgili takdir hakkının kadıda olduğunu söylemişlerdir¹⁰³.

6-Had ve kısas suçlarında hafifletici sebepler dikkate alınmazken tazir suçlarında hafifletici sebepler dikkate alınır¹⁰⁴.

100 El-Hafnavi, s. 38 vd.; Üdeh, Ceza I, s. 695; Karaman, s. 218.

101 Bilmen, s. 326; Karaman, s. 218.

102 Üdeh, Ceza I, s. 695; Karaman, s. 218; Cin/Akyılmaz, s. 248; Aydın, s. 156.

103 Bilmen, s. 326; Cin/Akyılmaz, s. 248-249; Avcı, Hukuk Tarihi, s. 228.

104 Mehmet Akman, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, Eren Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 25; Aydın, s. 156.

B. Osmanlı Devleti’nde Tazir Cezalarının Düzenlenişi

Osmanlı hukukunda kuruluşundan itibaren yeni bir hukuk sistemine geçilmemiştir. Osmanlı, kendisinden önce kurulan Türk-İslam devletlerinden gelen geleneklerle birlikte bu devletlerden çok fazla hukuki bilgi almıştır. Osmanlılar, bu hukuki bilgileri ilerletmişlerdir. Osmanlı hukuku, dini esaslı olup şeriatı aşan bir hukuk sistemi geliştirilmiştir. Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerle öngörülen had ve kıyas cezaları haricinde devlet başkanına ya da onun görevlendireceği kadıya tazir cezası verme yetkisi verilmiştir. Bu durum da devlet başkanının gücünü çoğaltmıştır. Yani Osmanlı’da şer’î hukuk ile kanun ve örflerle bir örfî hukuk sistemi oluşturulmuştur¹⁰⁵. Osmanlı pratiğinde şer’î hukuk ve örfî hukuk arasında uyum sağlanmaya dikkat edildiği görülmektedir. Hükümdarların şer’î hukukun düzenlemeler yaptığı hususlarda kanun koymama, diğer hususlarda kanun koyarken ise şer’î hukukun genel ilkelerine ters düşmeme konusunda titiz oldukları anlaşılmaktadır. Fakat Osmanlı’da şer’î ve örfî tam olarak uyumlu olduğunu belirtmek güçtür. Teorik olarak şer’î hukuk, örfî hukuka uygun olmak zorunda olsa da kardeş katli uygulaması, örfî intikalde belirli bir dönemden sonra şer’î miras hukuku kurallarından farklı bir biçimde kız ve erkek kardeşlere mirastan eşit pay verilmesi ve unsurları tam olan had suçlarında had cezası uygulanması yerine tazir cezası verilmesi gibi bazı konularda bu durumun tersi örnekler görülebilmektedir¹⁰⁶.

Osmanlı hukukunda, had ve kıyas dışında kalan ve kanunnamelerle düzenlenen belli başlı suçlar olmuştur. Bu suçlardan bazıları: “kalpa-zanlık”, “sahte evrak” özellikle “sahte ferman tanzimi”, “kız kaçırma”, “kadın satma”, “yankesicilik”, “kundakçılık”, “meskene tecavüz”, “görevini kötüye kullanma”dır. Tazir cezası olarak da en genel hâliyle “ölüm”, “hapis cezası (hapis cezasının özel infaz şekilleri olan kürek cezası, prangabentlik cezası ve kalebentlik cezası)”, “para cezası”, “celd (sopa) cezası”, “sürgün cezası”, “yüzü dağlama veya karalama”, “sakalı kesme”, “belli organları kesme cezaları” verilmiştir. Bu cezalar içinde yaygın bir şekilde kullanılan para cezası olmuştur. Para cezalarının miktarları, kimi zaman kanunnamelerde açık bir şekilde belirlenmişken

105 Halil İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş–Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 1958, s. 102; Cin/Akyılmaz, s. 76 vd.; Aydın, s. 65 vd.

106 Cin/Akyılmaz, s. 85-86. Örfî hukukla ilgili genel bir değerlendirme için bkz. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, “Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devletinin Örfî Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2007, s. 75-131.

kimi zaman da kadıya bu miktarı belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır¹⁰⁷.

Osmanlı ceza hukukunun temelini oluşturan hükümler şer'î hükümlerdir. Tazir cezalarının yer aldığı kanunnameler genel olarak İslam hukukuna uygun bir şekilde yapılmıştır¹⁰⁸. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat dönemine kadar tazir cezaları, farklı hükümdarlar devrinde çıkarılan umumi kanunnameler yoluyla düzenlenmiştir. Ayrıca bu kanunnamelerde, had ve kısas cezalarının uygulanamadığı hâllerde (örneğin bu cezalar için gereken ispat şartlarının sağlanamaması) verilen tazir cezaları da düzenlenmiştir. Bu cezalar ise sıklıkla suçlunun maddi koşullarına göre miktarı değişen para cezalarıdır¹⁰⁹. Bu duruma örnek olarak Fatih'in Umumi Osmanlı Kanunnamesinin 18. maddesi, *“Eğer biregunun gözün veya dışın çıkarsa kasd ile, kısas etmeseler, gani olsa cürm iki yüz akçe alına; evsatü'l hal olursa yüz akçe; edna hallü olursa elli ya da kırk akçe, gayet fakir olsa otuz akçe alına”*¹¹⁰ verilebilir. Görüldüğü gibi mağdurun kısastan vazgeçmesi söz konusudur. Bu durumda suçu işleyen kişinin maddi durumuna göre para cezası tespit edilmiştir. Suçu işleyene verilecek olan ceza miktarı için orta hâlli, durumu olmayan ve fakir olması gibi ayrımlar yapılmıştır¹¹¹. Aynı Kanunnamenin 1. maddesinde, *“Eğer bir kişi zina kılrsa, şer'i'at huzurunda sabit olsa, ol zina kılan evlü olsa ve dahi bay olursa ki, bin akçeye dahi ziyadeye gücü yeterse, cürm ikiyüz akçe alına. Ancak aşağı gücü yeterse, cürm yüz akçe alına. Andan dahi aşağı hallü olursa, elli akçe; andan dahi aşağı ki, gayette fakir'ül hal olursa, kırk akçe cürm alına”*¹¹² hükmü getirmiştir. Kanunnamenin bu maddesinin yorumu konusunda tartışmalar mevzubahistir. İslam ceza hukukunda, haddi gerektirmeyen zina suçu için devlet başkanı veya onun görevlendireceği kişiler tarafından tazir cezası verilir. Yukarıdaki kanunnamede, *“şeriat huzurunda sabit olan”* bir fiile tazir cezası olarak para cezası verilmesi

107 Aydın, s. 203.

108 Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri 1, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s. 106; Yunus Koç/Murat Tuğluca, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 2, 2006, s. 24. Kanunnamelerdeki İslam ceza hukukuna aykırı hükümler için bkz. Üçok, İslam Ceza, s. 60 vd.

109 Cin/Akyılmaz, s. 276-277; Aydın, s. 202.

110 Akgündüz, Fatih Devri, s. 350.

111 Bu düzenleme cezaların genelliği ilkesine aykırı ya da istisnai bir düzenlemedir. Ayrıca akile ve kasame için bkz. I-B-2.

112 Akgündüz, Fatih Devri, s. 347.

hükmü tartışmalıdır. Osmanağaoğlu’na göre Osmanlı Devleti kanunnamesi, bu maddeyle geleneksel İslam fıkından ayrılmıştır. Çünkü ihsan sıfatını taşıyan evli kişinin zinası, muhsanın zinası suçuna girmektedir ki burada uygulanması gereken ceza recmdir¹¹³. Üçok’a göre kanunnamenin söz konusu hükmü ile İslam ceza hukuku gereği zina suçunun faili için öngörülmüş olan recm ve sopa cezalarının kaldırılmış olup olmadığının anlaşılamadığını; fakat suçun ispatı hususunda, İslam ceza hukukuna sadık kalındığının açıkça görüldüğünü ifade etmektedir¹¹⁴. Acar ise muhsan olanlar için öngörülen recm cezasının Osmanlı’nın ilk kanunname derlemelerinde hiç anılmamasını, kanunnamelerde yer alan cezaların Osmanlı Devleti tarafından recm cezasının yerine ikame edilmesine bağlamıştır¹¹⁵. Yukarıda yer alan kanunname maddesi Osmanağaoğlu’nun görüşünü destekler nitelikte durmaktadır.

Tanzimat Fermanı’ndan önce II. Mahmut memur ve ulema için ayrı ayrı ceza kanunnameleri çıkartmıştır. Mayıs-Haziran 1838’de memurlar ile yargı mensupları için iki ayrı ceza kanunnamesi (Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunname-i Hümayûnu/Memurine Mahsus Ceza Kanunname-i Hümayûnu) çıkarılmıştır. 1838 yılında çıkarılan bu ceza kanunnameleri, Osmanlı için önemli kanunnameler arasında yer almıştır. Bu kanunnamelerle birlikte belirli bir sınıfa mensup kişiler, kanunname metninde yazılı suçlardan başka bir suçla itham edilmeyecek, kanunnamelerde tayin edilenler haricinde başka bir cezaya çarptırılmayacak ve had cezası olarak da ölüm cezası dışında başka bir cezayla cezalandırılmayacaktır. Ayrıca bu kanunnamelerle birlikte müsadere ve siyaseten katl cezaları kaldırılmıştır¹¹⁶.

Tanzimat döneminde, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi (1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayûnu), 1851 tarihli Ceza Kanunnamesi (1851 tarihli Kanun-ı Cedid) ve 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi (1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayûnu) çıkarılmıştır. 1840 tarihli Ceza Kanunnamesinde had ve kısas suçlarının düzenlenmesine girilmemiş, tazir suç ve cezalarıyla ilgili hususlar kanunnamede yer almıştır¹¹⁷. 1840 tarihli

113 Cihan **Osmanağaoğlu**, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, İÜHF, C. 66, S. 1, 2008, s. 128.

114 **Üçok**, İslam Ceza, s. 135; **Osmanağaoğlu**, “Zina Suçu”, s. 129.

115 **Osmanağaoğlu**, “Zina Suçu”, s. 129.

116 Ahmet **Mumcu**, Osmanlı Devleti’nde Rüşvet, AÜHF Yayınları, Ankara 1969, s. 276.

117 **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 317; **Cin/Akyılmaz**, s. 278.

kanunun uygulamadaki noksanlıklarından dolayı 1851 tarihli Ceza kanunnamesi hazırlanmıştır¹¹⁸. 1851 tarihli Ceza Kanunnamesinde, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesinden farklı bir biçimde “zabıtaya karşı gelmek”, “sarhoşluk”, “kumarbazlık”, “kız kaçırma”, “sahtekarlık”, “kalpazanlık” vb. yeni suçlar eklenmiştir¹¹⁹. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde ise İslam ceza hukukundan ve Osmanlı geleneğinden farklılaşma yoluna gidildiği görülmektedir¹²⁰.

Tazir cezaları, hafifinden şiddetlisine çok geniş bir yelpaze oluşturur. İslam hukukunda çok sayıda tazir cezası mevcuttur¹²¹. Aşağıda Osmanlı hukukunda belli başlı uygulanmış olan belli başlı tazir cezaları, Osmanlı kanunnameleri ve şer’iye sicilleri baz alınarak şiddetliden hafife doğru bir sıralama yapılması suretiyle açıklanacaktır.

C. Osmanlı Kanunnameleri ve Şer’iye Sicillerindeki Görünümüyle Tazir Cezaları

İslam ceza hukukunda her tazir suçu ayrı ayrı tespit edilmemiştir. Bu tespitler, zamanın yasama organına bırakılmıştır. Zamanın yasama organı, devlet başkanı ve onun görevlendirdiği kadılar olmuştur. Dolayısıyla tazir alanı çok geniştir¹²². Tazir cezaları en genel sınıflandırmayla bedenî (ölüm cezası ve celd vb.), hürriyeti kısıtlayıcı (hapis ve sürgün vb.) ve malî cezalar ile kınama ve mahrumiyet cezaları şeklinde ayrılır¹²³. Aşağıdaki başlıklarda sicillerde çok sık karşılaşılan belli başlı tazir cezalarına yer verilecektir.

118 Bu kanunnameyle kamu davası kavramı Türk hukukunda yer almıştır. Ayrıca tekerrür ve iştirak kavramları da ilk kez işlenmiştir. Bu kanunnameyle kısasın gerektiği durumlarda mirasçıların suçluyu affetmeleri devleti bağlamayacak ve suçlu cezalandırılacaktır. Bkz. **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 318; **Cin/Akyılmaz**, s. 278.

119 **Cin/Akyılmaz**, s. 279.

120 **Cin/Akgündüz**, s. 317; **Cin/Akyılmaz**, s. 280.

121 **Cin/Akyılmaz**, s. 274-276.

122 Ebü’l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Mısırî **el-Karâfi**, ez-Zahîre, thk. Muhammed Bou Khabza, Darü’l-Garbi’l-İslâmî, Beyrut 1994, s. 118; **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 535; Ahmet **Akgündüz**, “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili”, İslami Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 1, 1999, s. 9; **Ebu Zehra**, İslam Ceza 1, s. 107; İbrahim **Çalışkan**, “İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, AÜİF Dergisi, S. 31, Ankara 1989, s. 375.

123 **Üdeh**, İslam Ceza 1, s. 696 vd.; **Baçoğlu**, “Ta’zîr”, s. 201; **Cin/Akyılmaz**, s. 274-276; **Cin/Akgündüz**, s. 317-319.

1. Taziren (Siyaseten) Katl Cezası

Esasen tazir cezasının otuz dokuz sopayı geçmemesi ve öldürücü olmaması gerekse de çoğu İslam hukukçusu, tazir cezası olarak ölüm cezasının verilebileceğini benimsemiştir¹²⁴. Taziren (Siyaseten) katl, suç işlemeyi alışkanlık hâline getirmiş olan kimseyi, başka bir yolla suç işlemekten vazgeçirememekten ötürü ölüm cezasıyla cezalandırmaktır¹²⁵. İslam Hukukunda kural olarak ölüm cezası, tazir cezası olarak verilmez. Fakat toplumun zarardan korunması için ölüm cezasının verilmesi gerekiyorsa ve fiili işleyen kimsenin yaptığı eylem ölümle telafi edilebiliyorsa bu hâlde, taziren ölüm cezası verilmesine izin verilmiştir. Ölüm cezasının tazir cezası olarak verilmesi istisnai bir durumdur. Zira tazir cezalarında kadıya geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Kadı, somut olaya göre cezayı takdir etmekle birlikte ölüm cezasında geniş bir takdir yetkisi yoktur. Çünkü ölüm cezasında kadınların vereceği hüküm bellidir. Hanefîlerin tamamı taziren ölüm cezasını kabul edip bu cezaya, “siyaseten katl” derler. Şâfiîler ve Mâlikîlerin çoğunluğu ise taziren ölüm cezasını kabul etmezler. Bu mezheplerde, suçlunun tedip edilmesi amacıyla suçluya ölüm cezası vermek yerine süresiz olarak hapsedmek görüşü esastır. Bazı Hanbelîler de aynı görüştedir¹²⁶. Fakat Hanefîlerin taziren veya siyaseten ölüm cezası olarak kabul ettikleri suçların pek çoğunu, diğer mezhepler had veya kısas cezası içinde değerlendirmiştir. Hanefîler tekrar suç işleme veya suç işlemeyi alışkanlık hâline getirme, ağır bir madde ile vurarak öldürme gibi hâllerde taziren ölüm cezasını uygun görmüşlerdir. Peygamber Efendimiz (sav)’e dil uzatan ve sövüp sayan kişilerin Müslüman olsalar dahi öldürüleceklerine dair Hanefî hukukçular tarafından fetva vardır¹²⁷. İslam hukukçuları, bu ceza için “*Allah’ı ve resulünü incitenleri Allah, dünyada ve âhirette lânetlemiş ve onlar için alçaltıcı bir ceza hazırlamıştır*”¹²⁸ ayetini esas almaktadırlar. Yine İslam hukukçuları, devlet başkanının veya onun görevlendireceği kadının, toplumda fesat çıkarmaya çalışanları, suç işlemeyi alışkanlık hâline getirmiş olanları, İslam devletinin güvenliği aleyhinde çalışanları öldürtme hakkının bulunduğunu kabul etmektedirler¹²⁹. İslam hukukçuları, toplumda fesat

124 Karaman, s. 220; Cin/Akgündüz, s. 317.

125 Bilmen, s. 309; Ebu Zehra, İslam Ceza 1, s. 696; Ahmet Mumcu, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, 5. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara 2022, s. 39 vd.; Yakut, Osmanlı, s. 33.

126 Üdeh, İslam Ceza 1, s. 696-697.

127 Zuhayli, İslam VII, s. 475.

128 Kur’an-ı Kerim, Ahzâb, 33/57.

129 Zuhayli, İslam VII, s. 475-476; Üçok, İslam Ceza, s. 126.

çıkaran kişilerin öldürülmesi gerektiğini şu ayetle savunmaktadır¹³⁰: “*İşte bundan dolayı İsrâiloğulları’na şöyle yazmıştık: Bir cana kıymaya veya yeryüzünde fesat çıkarmaya karşılık olması dışında, kim bir kimseyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir can kurtarırsa bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur. Şüphesiz peygamberlerimiz onlara apaçık deliller getirdiler. Ama bundan sonra da onların çoğu yeryüzünde taşkınlık göstermektedirler*”¹³¹.

İslam hukukunda ölüm cezalarının sayısı fazla değildir. Had cezası olarak verilen ölüm cezaları; zina, yol kesme, dinden çıkma ve isyan suçlarında uygulanır. Kısas suçlarında ise kasten öldürme suçunda ölüm cezası verilir. Taziren öldürme cezası da yukarıda sayılan durumlarda söz konusudur. İslam’da esas olan suçlunun tedip ve terbiye edilmesidir. Suçlu ölümden başka bir yolla tedip edilmeyecekse bu durumda ölüm cezasıyla cezalandırılır¹³².

Osmanlı Devleti’nde, devlet başkanı mutlak otoritesini sınırlamak istememesinden dolayı otoritesine yönelen saldırılarda siyaseten katl cezasını uygulamayı tercih etmiştir. Ayrıca “devlet başkanının hayatına kastedilmesi”, “devlet başkanının otoritesini sarsmaya yönelik hakkında ileri geri konuşulması” ve “tahkir edilmesi” siyaseten katl nedenleri olmuştur¹³³. Bu kişilerin kimlikleri, bulundukları makam ve mevki, cezanın uygulanması için önemli olmamıştır. Bilhassa Fatih’in otoritesini sarsmaya yönelik hareketlerde bulunan Çandarlı Halil Paşa’yı siyaseten katlettirmesi bu cezanın en belirgin örneğidir. Başka bir örnek, I. Selim’in Şehzade Ahmed ile gizli anlaşması olan vezir-i azam Koca Mustafa Paşa’yı öldürtmesidir. Devlete karşı isyan suçu aslında had suçlarının içerisinde yer almaktadır. Ancak şüphe hâlinde had cezası uygulanmaz. Şüphe durumunda, devlet başkanı somut duruma göre siyaseten katl cezası verebilir. I. Selim’in Çaldıran seferi dönüşünde, askerleri ayaklandırıp isyan çıkartmalarından şüphelendiği Cafer Çelebi ve İskender Çelebiyi öldürtmesi bu ceza örnekleridir¹³⁴.

Kanuni’nin Umumi Kanunnamesinde, siyaseten katl cezasına ilişkin bir hüküm mevcuttur. Kanunnamenin 28. maddesi şöyledir: “*Ve esir*

130 Zuhayli, İslam VII, s. 475.

131 Kur’an-ı Kerim, Mâide, 5/32.

132 Üdeh, İslam Ceza 1, s. 697; Cin/Akgündüz, s. 302-319.

133 Mumcu, Siyaseten Katl, s. 74 vd.

134 Mumcu, Siyaseten Katl, s. 74 vd.; Yılmaz Yurtseven, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2001, s. 69-71.

uğurlayanı ve esir ayardanı ve dükkân açanı ve birkaç kere hırsızlığa zahir olmuş kimesneyi asalar”¹³⁵. Aynı hüküm, II. Beyazıd’ın Umumi Osmanlı Kanunnamesinde de yer alır. Bu maddede kamu düzenini ihlal etmeye yönelik davranışlar siyaseten katl cezasıyla cezalandırılmıştır¹³⁶. Siyaseten katl cezasının yer aldığı bir başka kanunname de Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesidir. Kanunnamenin 86. maddesinde, “*Eğer bir kişi bir kimesnenin evin ya dükkânın oda yaksa, salb edeler*” hükmü yer almıştır. Bu hükümle birlikte yangın çıkaran kişinin cezası salb olmuştur. Toplum düzenine aykırılık teşkil eden bu durum siyaseten katl cezasıyla cezalandırılmıştır¹³⁷. 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi, ölüm cezasının verilmesi gereken suçları sınırlandırmış ve uygulanmasını devlet başkanının onayına bırakmıştır. Bu kanunnamede, kadıya takdir yetkisi bırakılmamıştır. Ayrıca devlet başkanının örfi hukuk yetkisine dayanarak verdiği ölüm cezaları kaldırılmıştır¹³⁸.

Bir sicil örneğinde, bulunduğu mahallede huzursuzluk çıkaran, evine eşkıyaları ve kötü kadınları alan ve bunlara içki veren, mahallede yangın çıkarmaya çalışan ve çeşitli toplum düzenine aykırı eylemde bulunan, tazir cezalarına çarptırılan fakat eylemlerine devam eden Safiye’nin en son çıkardığı olaylar nedeniyle salb cezası aldığı yer almaktadır¹³⁹.

2. Hapis Cezası

Hapis cezaları, sınırlı süreli (muvaakkat) ve müebbet olmak üzere iki türdür. Muvaakkat hapis, suçlunun ders alması, işlediği fiilin suç olduğunun farkına varması ve ıslah edilmesi için belirli bir süre hapsedilmesidir. Bu sürenin alt sınırı bir gündür. Üst sınırı ise devlet başkanı somut olaya göre takdir etmektedir. Müebbet hapis ise suçlunun topluma zarar vermesini engellemek için ölünceye kadar hapsedilmesidir. Örneğin hırsızlık ve kalpazanlık gibi suçları işlemeyi adet hâline getirenler için bu tür ceza verildiği görülmüştür. Sirkat, had suçu olmasına rağmen unsurlarını tam olarak taşımadığı hâllerde, diğer bir ifadeyle had cezası

135 Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Kanuni Devri Kanunnameleri Merkezi ve Umumi Kanunnameler 4, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s. 369.

136 Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri II. Beyazıd Devri Kanunnameleri 2, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s. 43.

137 Ahmed **Akgündüz**, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnameleri 3, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s. 93.

138 **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 343.

139 İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, 9 Şevvâl H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 501, hüküm no: 632, orijinal metin no: 263-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 2.09.2024.

verilemediği durumlarda¹⁴⁰, bu had cezası yerine tazir cezası verilebilmiştir. Bu suçları işleyen kişiler tövbe edinceye kadar hapsedilmiştir¹⁴¹. Osmanlı uygulamasında hapis cezaları çok yaygın olarak verilen tazir cezalarındandır. Bu tür cezalar “hakaret”, “kız kaçırma”, “sövmе”, “meskene tecavüz”, “taciz”, “ticarete hile karıştırmak” ve “gasp” gibi eylemlerin karşılığı olarak verilmiştir¹⁴².

Osmanlı’da çeşitli kanunnamelerde bu ve bu tür eylemlerin hapis cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesinin 4. maddesinin 4. fıkrasında, “*Eğer bir kimesnenin oğlun öpse veya yoluna varub söylese, muhkem tazir edüb ağaç başına bir akçe alına. Kadı maslahat gördüğü yerde hapis dahi ede*”¹⁴³ hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi taciz durumlarında para cezası verilmekte, kadının fayda gördüğü durumlarda hapis cezası da verilmektedir. Aynı kanunnamenin 8. maddesinde “*Bir kişi avretin yoluna varıp yahut evine girib saçın çekse veya donun veya destarin alsa ba’de’s-sübut muhkem tazir edüb dahi habs edüb Dergâh-ı Muallâ’ya arz edeler*”¹⁴⁴ hükmüyle sayılan durumları gerçekleştiren kişinin bu fiilleri işlediği kesinleştikten sonra hapis cezasıyla cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Yine aynı kanunnamenin 23. maddesinin 2. cümlesinde, ana ve babasını darp eden kişinin hapis cezası ve para cezasıyla cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. İlgili kanunnamenin 23. maddesinin 2. cümlesi şöyledir: “*eğer balığ olan atasın ya anasın darp etse ba’de’t-tazir hapsedip yüz akçe cürm alına*”¹⁴⁵.

140 Örneğin hırsızlık suçunda değeri nisap miktarına ulaşmayan (bu miktar Hanefilere göre on; Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise üç dirhem gümüşdür) malın çalınması ya da hırsızlığın yankesicilik yapılarak gerçekleşmesi durumunda suçlunun eli kesilmez. Taziren hapis cezası verilir. Bkz. Mustafa **Avcı**, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2014, s. 182; **Aydın**, s. 180; **Akgündüz**, *Ceza*, s. 10. Ayrıca Osmanlı Klasik döneminde hırsızlık suçu için bkz. Cihan **Osmanağaoğlu Karahasanoğlu**, *Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 86 vd.; **Üdeh**, *İslam Ceza* 1, s. 701 vd.; **Yakut**, *Osmanlı*, s. 118.

141 **Bilmen**, s. 306; **Üdeh**, *İslam Ceza* 1, s. 701-705; **Cin/Akyılmaz**, s. 275; **Avcı**, *Tarihimizde Hapis*, s. 176 vd.; Mehmet **Günay**, “İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2000, s. 4.

142 **Osmanağaoğlu Karahasanoğlu**, *Hırsızlık Suçu*, s. 114 vd.; **Avcı**, *Tarihimizde Hapis*, s. 96-100, 199-205; Yılmaz **Yurtseven**, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 282.

143 **Akgündüz**, *Yavuz Devri*, s. 89.

144 **Akgündüz**, *Yavuz Devri*, s. 89-90.

145 **Akgündüz**, *Yavuz Devri*, s. 91.

Hapis cezasına ilişkin düzenlemenin yer aldığı bir başka hukuki metin ise Bosna Sancağı Kanunnamesinde yer alan Serebrinic Ma’den Yasaknamesidir. Kanunnameye göre kalpazanlık suçunu işleyen kişiye verilen ceza hapis cezasıdır¹⁴⁶.

Kanuni’nin Umumi Kanunnamesinin 15. faslında, suçlunun büyük bir suç işlemediği ve kaçma şüphesinin olmadığı durumlarda kefaretle salıverilmesi hükmü getirilmiştir¹⁴⁷. Bu hüküm kanunnamenin 14. faslının 187. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Ve dahi habs edecek yerlerde kefil bulunur iken habs etmiyeler, yazub Dergah’ı mu’allaya arz edeler. Meğerki şena’at-i azime ola ve dahi firar ihtimali olub kefil dahi bulunmaya, ol vakit habs edeler*”¹⁴⁸. Hükümde de belirtildiği gibi kefil olduğu durumlarda hapis cezası uygulanmamakta, eğer suçlu büyük bir hata yapmamışsa ve suçlunun kaçma ihtimali varsa ve kefil yoksa suçluya hapis cezasının verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Osmanlı uygulamasında çeşitli suçlarda, esnaf ve sanatkârların umumi kanunnamelere aykırı davranışlarında; örneğin et stoklayan kasaplar, eksik gram ile ekmek üreten fırıncılar, tartıda hileli hareket yapan esnaflar, para cezaları yanında hapis cezalarıyla da cezalandırılmıştır¹⁴⁹.

Tanzimattan sonra çıkarılan ceza kanunlarında, hapis cezaları süreli hâle getirilmiştir. Bu cezalar asli ceza olarak uygulanmıştır¹⁵⁰. Süreli hapis cezasına verilecek örneklerden biri, 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Humayununun üçüncü fasıl 5. maddesidir. Bu madde “*Kezalik hangi sınıftan olur ise olsun, bir kimse diğer bir kimseye el kaldırıp dövecek veyahut bir alet ile darbedecek (vuracak) olur ise, ber-minval-i muharrer (yukarıda yazıldığı şekilde) iktiza eden mahalde da’vası görüldükten sonra kabahatlerinin derecesine göre 15 günden üç aya kadar hapsoluna. Ve bu maddelere (olaylara) kuru iftira ile hükmolunmayıp tahkik ve tetkike müfterinin iftirası tebeyyün ettikte (ortaya çıktıkta) müfteri bulunan şahıs dahi tediben beş günden 45 güne mahpus ola*”¹⁵¹ şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi kabahatin derecesine göre 15 günden üç aya ve beş günden 45 güne kadar hapis cezası getirilmiştir.

146 **Akgündüz**, Fatih Devri, s. 480.

147 Esra **Yakut**, “Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukuku’nda Ta’ziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 2, Güz 2006, s. 37.

148 **Akgündüz**, Kanuni Devri, s. 318.

149 Mustafa **Avcı**, “Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek, Prangabentlik”, *Yeni Türkiye*, S. 45, 2002, s. 128 vd.

150 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 535.

151 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 607.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin ikinci babının dördüncü faslının 203. maddesinde hapis cezası yer almaktadır. Bu maddeye göre “*Her kim olursa olsun memurin-i hükümetin emri olmaksızın ashab-ı töhmetin tevkifi hakkında kavanin ve nizamatin tayin etmiş olduğu usulüne haricinde olarak bir şahsı hapis ve tevkif eyler veya rehin suretiyle saklar ise altı mahdan üç seneye hapis ile mücazat olunur*”¹⁵². Yani görevli memurların emri olmadan konulmuş kurallar ve usuller dışında bir kişiyi hapseden veya rehin tutan kimsenin 6 aydan 3 yıla kadar hapsedileceği hükmü getirilmiştir.

Osmanlı şer’iye sicillerinde hırsızlık yapan Halil’in tazir-i şedid ve ıslah oluncaya dek hapis cezası ile cezalandırılması yer alır¹⁵³. Bir diğer kayıt da kadın kaçırma suçuyla ilgili olup eylemi gerçekleştirenin tazir ve hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkindir¹⁵⁴. Başka bir örnekte de eşi Hatice’yi bıçakla yaralayan Ahmed’in hapsedilmesine dair bir olay kayıtlara geçmiştir¹⁵⁵. Haffaf esnafının, Hacı Mehmed’in kendilerine küfür ve hakaret etmeyi adet hâline getirdiğinden dükkânından çıkartılıp hapsedilmesiyle alakalı talepleriyle ilgili bir başka kayıt sicillerde bulunur¹⁵⁶. Diğer bir örnekte, tüccar İbrahim’in sermayesini alıp ortadan kaybolan Mehmed’in muvakkat hapis cezası biçiminde olan uzun süreli hapis cezası ile cezalandırıldığı görülmektedir¹⁵⁷. Bu ceza muvakkat hapis cezasıdır. Bir diğer sicilden, Hasan Efendi’nin evini basıp mallarını yağmalayan Osman, İvaz ve Hüseyin adlı yeniçeri ve cebecilerin tazir ve hapisle cezalandırıldığı anlaşılmaktadır¹⁵⁸.

152 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 647.

153 Bab Mahkemesi, 150 Numaralı Sicil, 7 Şa’bân H. 1143/M. 1730, cilt: 65, sayfa: 549, hüküm no: 709, orijinal metin no: 132b-2, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 12.09.2024.

154 Bab Mahkemesi, 151 Numaralı Sicil, 5 Zilhicce H. 1143/M. 1731, cilt: 66, sayfa: 296, hüküm no: 324, orijinal metin no: 74a-3, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 14.09.2024.

155 Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 7 Rebi’ülevvel H. 1153/M. 1740, cilt: 69, sayfa: 525, hüküm no: 705, orijinal metin no: 81a-4, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 14.09.2024.

156 Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 3 Cumâdelûlâ H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 161, hüküm no: 111, orijinal metin no: 16a-3, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 16.09.2024.

157 İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 208, hüküm no: 187, orijinal metin no: 88-1, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 17.09.2024.

158 Rumeli Sadâreti Mahkemesi, 127 Numaralı Sicil, H. 1091/M. 1680, cilt: 55, sayfa: 215, hüküm no: 189, orijinal metin no: 47b-2, <http://www.kadısicilleri.org>, E.T. 18.09.2024.

Osmanlı uygulamasında kürek, prangabentlik, kalebentlik gibi ağırlaştırılmış hapis cezalarının yaygın bir uygulama alanı olmuştur. Tanzimat döneminde çıkarılan kanunnamelerde de bu cezalar yer almıştır¹⁵⁹. Kürek, prangabentlik ve kalebentlik cezaları, hapis cezalarının infazında özellik gösteren yani farklı usullerle infaz edilen ceza türleri olmuştur.

a) Kürek Cezası

Kürek cezası, Klasik dönem Osmanlı kanunnamelerinde ve şer’i hukukta yer almayan, fetva kitaplarında rastlanmayan hapis cezasına göre daha ağır bir ceza olarak kabul edilen cezadır. Osmanlı hukukunda kürek, hapis cezasının daha ağır bir tarzda infaz edilmesidir¹⁶⁰. Kürek cezası, hapis cezasının Osmanlı donanmasında kürek kullanılarak gerçekleştirilmesidir. Tanzimat sonrasında mahkûmun ayağına zincir vurularak bu ceza çektirilmiştir. Kürek cezası, 1851 ve 1858 tarihli Ceza Kanunnamelerinin çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir¹⁶¹.

1851 tarihli Ceza Kanunnamesinin 63. maddesinin ek fıkrasına göre “*Kutta-ı tarike hal ve sıfatları bilerek yataklık edenler keزالık, muvakkaten küreğe konulur*”. Maddede görüldüğü gibi yol kesme eylemine, bilek yardım edenlerin süreli olarak kürek cezasına mahkûm edildiği görülmektedir¹⁶².

1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin 19. maddesine göre “*Kürek, ayaklarında demir olduğu halde hidemat-ı şakkada kullanılmaktadır. Küre-mahkûmsına müstahak olan şahıs hakkında teşhir usulü dahi icra olunur. Şöyle ki: Cezaya hükmeden divan mazbatasının bir hülasası gayet kalın hurûf ile yazılıp mücazaat olunacak şahıs, bulunduğu şehirde bir meydana veya memerr-i nas olan bir mahalle götürülüp işbu hülasa göğsüne konularak iki saat orada tevkif ve halka irae olunduktan sonra ayaklarına demir konularak mahall-i mücazatına gönderilir. Onsekiz yaştan aşağı olan ve yetmiş yaşından ziyade bulunan ashab-ı cinayet işbu teşhir kaidesinden*

159 Cin/Akyılmaz, s. 275; Akgündüz, Şer’i Tahlil, s. 11.

160 Akgündüz, Şer’i Tahlil, s. 11; Ahmet Kılınç, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili”, Belleten Türk Tarih Kurumu, C. 79, S. 285, 2015, s. 531 vd.

161 Akgündüz, Fatih Devri, s. 126; Cin/Akyılmaz, s. 275; H. Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Yayınları, İstanbul 2000, s. 476; Yurtseven, Tez, s. 51.

162 Kutta-ı tarik, yol kesenler (eşkıyalar) anlamına gelmektedir. Yol kesicilik, dar-ı İslam’da Müslümanların veya zımmîlerin mallarını ellerinden almak, canlarına kastetmek, halkı korkuya düşürmek için bazı kişilerin özellikle kuvvet sahibi kişilerin yolları tutmasına denir. Bkz. Bilmen, s. 288.

muaf tutulur”¹⁶³. Maddeye göre kürek cezasına çarptırılan suçlu aynı zamanda, meydana veya insanların geçtiği bir yere götürülüp teşhir edilmektedir¹⁶⁴. İki saat teşhir edildikten sonra cezayı çekeceği yere götürülmektedir. 18 yaşından küçükler ve yetmiş yaşından büyük suçlulara ise teşhir cezası uygulanmamaktadır. Osmanlı Devleti’nin güvenliğine karşı işlenen suçlarda, bu fiili işleyen kişi idam edilmiştir. Fiilin işlenmesinde yardımcı olan diğer kişilere, işlediği fiilin derecesine göre müebbet veya geçici süreli kürek cezası verilmiştir.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin ikinci faslının 57. maddesinin son satırlarında bu ceza yer almaktadır¹⁶⁵. Osmanlı uygulamasında genellikle kürek cezası; “adam öldürme”, “eşkıyalık”, “hırsızlık”, “fuhuş”, “sahtekarlık”, “kalpazanlık”, “fermanlara itaatsizlik”, “kumarbazlık”, “ticari işlerde sahtekarlık” gibi suçların işlenmesiyle verilmiştir. Ayrıca bu ceza, İstanbul’da başıboş dolaşanlara, İstanbul’a gelip kötü işler yapanlara ve görevini kötüye kullanan memurlara verilmiştir¹⁶⁶. Osmanlı şer’iye sicillerinde kürek cezasına çarptırılanlarla ilgili kayıtlar mevcuttur¹⁶⁷.

b) Prangabentlik ve Kalebentlik Cezası

Prangabentlik cezası, suçu işleyen kişinin ayağına pranga denilen ağır zincirlerin bağlanmasıyla hapsedilmesidir¹⁶⁸. 1851 tarihli Ceza Kanunnamesinin 11. maddesinde prangabentlik cezası şöyle belirtilmiştir: “*Mucibi kısas olup sonradan veresinin affı veyahut sulh ile diyet... şerisi icra olunduktan sonra, şahsın katil derecesine göre bir seneden beş seneye kadar küreğe ve taşrada ise bulunduğu mahallin şehir-i muazzamı neresi ise onda prangaya konularak süfli hizmetlerde kullanıla*”¹⁶⁹. Görüldüğü gibi kısas cezasından sonra devlet, tazir cezası olarak duruma göre kürek cezası veya pranga cezası vermektedir.

163 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 625.

164 Osmanlı’da teşhir yaptırımının farklı uygulanış şekilleri için bkz. Ahmet **Kılınç**, Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 209-257.

165 “... sairlerin dahi mevki-i cinayette ahz ve grift olanlar, madde-i fesadda tebeyyîn edecek cinayet ve medhallerinin derecatına göre müebbeden yahut muvakkaten küreğe vaz’ olunur”. **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 629.

166 **Yakut**, Tanzimat, s. 36; **Yurtseven**, Osmanlı Ceza, s. 286.

167 Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 29 Rebî’ülevvel H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 118, hüküm no: 48, orijinal metin no: 7b-3, <http://www.kadiscilleri.org>, E.T. 21.09.2024; Bab Mahkemesi, 46 Numaralı Sicil, H. 1096/M. 1685, cilt: 19, sayfa: 66, hüküm no: 6, orijinal metin no: 1a-1, <http://www.kadiscilleri.org>, E.T. 22.09.2024.

168 **Yurtseven**, Tez, s. 52; **Akgündüz**, Şer’i Tahlil, s. 11.

169 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 615.

Kalebentlik cezası ise hapis ve sürgün cezalarının harmanlanmasıdır. Bu cezada, suçlu verilen hapis cezasını, devlet tarafından takdir edilen kalelerde çeker. Bu ceza türü, Tanzimattan sonra çıkarılan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde yer almıştır¹⁷⁰. Kalebentlik cezası, bazı durumlarda idama mahkûm olanların cezasının hafifletilmesi ve kalebentliğe çevrilmesi şeklinde görülmektedir. 1785 tarihli bir emirnamede sürekli hırsızlık yapan Arap Beşir adında bir şahsı katletmek yerine Magosa kalesinde kalebent edilmesi emredilmiştir¹⁷¹. Gıda maddelerinin özünü bozan ve noksan gramajlı gıda ürünü imalatı yapan Müslüman faile kalebentlik cezası verilmiştir¹⁷². İstanbul’a gelen koyunlardan, bütün kasapların satın almaları, bütün hayvanları bir kişinin alarak diğerini mahrum bırakmamasına dair düzeni bozan kasaba kalebentlik cezası verilmiştir¹⁷³. Nitelikli zimmet, miri malı çalmak ve rüşvet suçları kalebentlik cezası ile cezalandırılmıştır¹⁷⁴. Kalebentlik cezası, Tanzimat döneminde sadece 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde yer almıştır¹⁷⁵. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin çeşitli maddelerinde bu ceza anlatılmıştır. Ayrıca hangi fiillerden dolayı kalebentlik cezasının verildiği de belirtilmiştir. Kanunnamenin 25. maddesi, “*kalebentlik hapis ile nefy cezalarını cami bir ceza olup...*”¹⁷⁶ şeklinde tanımlamıştır. Görüldüğü gibi kalebentlik, hapis ve sürgün cezalarının birleşmesi şeklinde bir cezadır. İlgili kanunnamenin 23. ve 24. maddeleri sırasıyla şöyledir: “*Müebbed kal’a-bendlik devletçe tayin olunan kal’aların birinde mücrimin ila vefatıhi mahbusen tevkif olunmasıdır*”, “*Muvakkaten kal’a-bendlik, keزالik devletçe tayin olunan kal’aların birinde üç seneden on beş seneye kadar mahbusen tevkif olunmaktadır*”¹⁷⁷. Müebbet olarak kalebentlik cezası verilen suçlu, bu cezayı suçlu ölene kadar devletin belirlediği bir kalede çekecektir. Süreli kalebentlik cezasında suçlu, devletin belirlediği bir kalede 3 ile 15 yıl arası hapsedilmektedir. “1858 tarihli Ceza Kanunnamesi”nde rüşvet, işkence, kasten yangın çıkarmak gibi suçlar için kalebentlik cezası verilmiştir¹⁷⁸. Kanunnamenin 68. maddesi, “*... rüşvet... bu cünhayı eğer ilk defa olarak işlemiş ise, muvakkaten kal’a-bend kılınır ve altı sene müddetle tard*

170 Akgündüz, Fatih Devri, s. 126; Cin/Akyılmaz, s. 275; Yurtseven, Tez, s. 52.

171 Avcı, Hapis Türleri, s. 128 vd.

172 Avcı, Hapis Türleri, s. 128 vd.

173 Avcı, Hapis Türleri, s. 128 vd.

174 Avcı, Hapis Türleri, s. 128 vd.

175 Avcı, Hapis Türleri, s. 128 vd.

176 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 625; Yakut, Tanzimat, s. 35-36.

177 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 625.

178 Avcı, Hapis Türleri, s. 128 vd.

cezasına müstehak olur” şeklindedir. Görüldüğü gibi rüşvet suçunu ilk defa işleyenler için kalebentlik cezası verilmiştir. Kanunnamenin 103. maddesine göre “*Mehakim ve Mecalis erbabından ve sair memurin-i devletten biri, müttehem olan eşhasa cürümleri söyletmek için eziyet ve işkence etmeyi hüküm veyahut icra eder ise, muvakkatan kal’a-bentlik ve müebbeden rütbe-i memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mücazat olunur*”¹⁷⁹. Bu maddeye göre mahkemeler, meclis üyeleri veya çeşitli devlet memurlarından biri, suç şüphesi altındaki kişiyi konuşturmak için eziyet ve işkence fiillerini işlerse, süreli kalebentlik cezası ve süresiz olarak memuriyetten ihraç cezası alır. Yine ilgili kanunnamenin 165. maddesine göre “*Kesilmiş odun ve kereste ve biçilmiş mahsulata kendi malı olmadığı halde amden ateş veren şahıs, muvakkaten küreğe konulur. Ve kendi malı olup da böyle bila-ihhtiyar ihrakıyla ahara mazarratı dokunduğu halde muvakkaten kal’a-bend kılınır*”¹⁸⁰. Kendi malı olmadığı hâlde odun, kereste gibi ürünleri kasten ateşe veren kişi süreli olarak hapis cezası alır. Kendi malını elinde olmadan ateşe veren kişi, bu fiili sonucu diğer kişilerin zarara uğramasına neden oluyorsa süreli kalebentlik cezasına çarptırılır.

Osmanlı sicil örneklerinden birinde, ekmekçi olan Bekir’in ekmekleri eksik ürettiğinden kalebentlik cezasına çarptırılmasına ilişkin bir olay yer almıştır¹⁸¹.

Diğer bir sicilde, çörekçi ve simitçi esnafının, taahhütlerine uymamaları hâlinde kalebentlik cezalarına çarptırılacaklarına dair örnek vardır¹⁸². Namahrem bir kadını alıkoyan Mehmed’in kalebentlik cezası almasına dair bir olay bir diğer sicil örneğinde mevcuttur¹⁸³. Bir diğer sicilde, kes-tiği koyunların paça ve başlarını, paçacılar vermeyen Kasap Hüseyin’in

179 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 635.

180 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 642.

181 İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 172, hüküm no: 138, orijinal metin no: 66-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 19.09.2024. Benzer sicil örneği için bkz. İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 438, hüküm no: 536, orijinal metin no: 226-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 29.09.2024.

182 İstanbul Mahkemesi, 78 Numaralı Sicil, H. 1217/M. 1803, cilt: 82, sayfa: 342, hüküm no: 389, orijinal metin no: 55b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 23.09.2024.

183 Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 29 Rebî’ülevvel H. 1155/M. 1742, cilt: 70, sayfa: 182, hüküm no: 296, orijinal metin no: 50a-4, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 22.09.2024.

cezalandırılmasına dair olay yer almıştır¹⁸⁴. Irza saldıran Ahmet ve Ali’nin kalebentlik ile cezalandırılması bir başka sicilde yer almıştır¹⁸⁵. İbrahim’in Mustafa Çelebi’yi haksız yere dövmesi nedeniyle görevinden azli ve Boğazkesen kalesinde hapsolunmasının talep edildiğine dair bir örnek de kayıtlarda yer almıştır¹⁸⁶.

3. Para Cezası

Suçludan bir miktar para alma şeklinde verilen ceza (ceza-i nakdi) dir. Bu para hemen harcanmaz. Suçlu ıslah olmuşsa ona geri verilir. Suçlu ıslah olmazsa alınan para kamu yararı için kullanılır. Para almak yoluyla tazir cezası verilmesinin genel bir ceza olarak görülmesi, İslam hukukçuları arasında ihtilafli bir konu olmuştur. Osmanlı uygulamasında da birçok fakih bu cezayla ilgili görüşlerini belirtmiştir¹⁸⁷. Para cezası verilmesine karşı çıkanların savunması, bu cezanın Peygamber Efendimiz (sav) zamanında verildiği ve kaldırıldığıdır. Bunlar, para cezasının caydırıcı özelliğinin olmadığını ve suçluyu cezalandırmak için yeterli olmadığını söylerler. Ayrıca hükmü veren kadının, bu parayı kullanma gibi bir durumu olabilir. Böyle bir durumda para cezası mübah olmayacaktır¹⁸⁸. Ebu Hanife, İmam Muhammed başta olmak üzere Hanefilerin çoğu ve diğer üç mezhep imamı para cezasını kabul etmez¹⁸⁹. Para cezası verilmesine karşı olmayanlar bu cezanın hapsin olumsuz tesirlerini barındırmadığını, suçluyu toplumdan ve özellikle ailesinden uzaklaştırmadığını, suçlunun ekonomik durumuna uydurulmasının uygun olduğunu ve infazının devlete külfet olmadığını ileri sürmüşlerdir¹⁹⁰. İbn Teymiye ve İbn Kayyim para cezalarının uygulanmasını caiz görmüştür¹⁹¹.

184 Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 24 Şa’bân H. 1154/M. 1740, cilt: 70, sayfa: 115, hüküm no: 148, orijinal metin no: 25a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.09.2024.

185 Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 20 Rebî’ülevvel H. 1155/M. 1742, cilt: 70, sayfa: 180, hüküm no: 290, orijinal metin no: 49b-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.09.2024.

186 İstanbul Mahkemesi, 56 Numaralı Sicil, 5 Zilka’de H. 1202/M. 1787, cilt: 80, sayfa: 196, hüküm no: 206, orijinal metin no: 54a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 27.09.2024.

187 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 348-351.

188 **Üdeh**, İslam Ceza I, s. 711; **Bilmen**, s. 309.

189 Bezzaziye ise Ebu Yusuf’un suçludan alınan paranın bir yerde saklanması, fail durumunu düzeltirse kendisine iade edilmesi, durumunu düzeltmezse kamu yararına harcanması gerektiğine ilişkin görüşü nakleder. Bkz. **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 346.

190 **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 364.

191 Taner, Şensoy ve Dönmezer-Erman gibi yazarlar para cezası verilmesine karşı değildir. **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 347.

Osmanlı uygulamasında ise para cezası en çok verilen cezalardandır. Fıkıh kitaplarında “garame”, Osmanlı uygulamasında “cürm ü cinayet” cezası olarak adlandırılan para cezası, Fatih Sultan Mehmed dönemindeki kanunnamelerle (Fatih’in Umumi Kanunnamesi ve Fatih Sultan Mehmed’in Teşkilat Kanunnamesi gibi) Osmanlı hukukunda ciddi bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır. Osmanlı hukukunda çıkarılan kanunnamelerde para cezasıyla ilgili birçok hüküm yer almaktadır. Verilecek para cezası sabit olmamakta, suçlunun malî durumuna göre değişmektedir. Had ve kısas cezalarının uygulanmadığı durumlarda bazen başka cezalarla beraber bazen de yalnızca para cezasının verildiği görülmektedir¹⁹².

Para cezalarıyla ilgili kanunnamelerde birçok örnek mevcuttur. Bunlardan bazıları şöyledir: Fatih’in Umumi Kanunnamesinin 4. maddesine göre “*Eğer avret pezevenklik eylese, kadı tazir ura, ne kadar ma-yerah. Ağaç başına bir akçe cürm alına*”¹⁹³. Fuhşa aracılık eden kadına dayak cezası verilmişse ağaç (sopa sayısı) başına para cezasına çevrilmiştir¹⁹⁴. Kanunnamenin 15. maddesine göre “*Eğer biregü hamr içse, Türk veya şehirlü olsa, kadı tazir ura. İki ağaca bir akçe cürm alına*”¹⁹⁵. İçki içen kişinin köylü ya da şehirli olması durumunda taziren para cezası verilmektedir. Kanunnamenin 17. maddesine göre “*Oğul atasından ve ata oğlundan, kardaş kardaşından ya er avretinden ya avret erinden uğurlasa, kadi tazir ura. Ağaç başına bir akçe cürm alına*”¹⁹⁶. Bu maddeye göre aile içi hırsızlıktan dolayı taziren para cezası verildiği görülmektedir.

Fatih Sultan Mehmed’in Teşkilat Kanunnamesinin 40. maddesine göre “*Evvla cerime kanda, gerek miri subaşılarına ve gerek ehl-i tımar subaşılarına üç bin akçe ola. Ve göz çıkmğa bin beş yüz akçe ola. Ve kol kırılmağa bin akçe ola. Ve baş yaruğuna elli akçe ola*”¹⁹⁷. Bu kanunnamede, devlet görevlilerine verilen para cezaları halktan kişilere verilecek para cezalarına göre oldukça yüksek tutulmuştur¹⁹⁸.

Yavuz Sultan Selim Han’ın Kanunnamesinin 1. maddesine göre “*Eğer bir kimesne zina eylese, şer’ ile sabit olsa, zina eden kişi evlü ve*

192 Akgündüz, Fatih Devri, s. 126; Cin/Akyılmaz, s. 275-276; Avcı, Osmanlı Ceza 1, s. 341 vd.; Avcı, Hukuk Tarihi, s. 275-277; Yurtseven, Osmanlı Ceza, s. 284.

193 Akgündüz, Fatih Devri, s. 348.

194 Mustafa Avcı, “Para Cezalarının Dünü-Bugünü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 400.

195 Akgündüz, Fatih Devri, s. 349.

196 Akgündüz, Fatih Devri, s. 349-350.

197 Akgündüz, Fatih Devri, s. 328.

198 Avcı, Para Cezaları, s. 399.

gani (zengin) olsa ki, bin akçeye kâdir (gücü yetse) olsa veya dahi ziyadeye kâdir olsa, siyaset olunmadığı takdirde dört yüz akçe cürm alına. Vasat’ulhal (orta halli) olsa, iki yüz akçe cürm alına. Andan aşağı ki, gayet fakir ola, kırk akçe cürm alına. Eğer fakir-ül hal olsa, otuz akçe cürm alına”¹⁹⁹. Bu suçu işleyene maddi durumuna göre para cezası verilmiştir.

Kanuni’nin Umumi Kanunnamesi’nde, Fatih Devri’nde yer alan hükümlerin çoğu aynen mevcuttur. Fatih dönemindeki kanunnamelerde olmayan Kanuni’nin Umumi Kanunnamesinde yer alan birkaç hüküm ise şöyledir: Kanunnamenin 54. maddesine göre “*Ve dahi namaz kılmayanları mahalle be mahalle köy be köy teftiş edüb muhkem tazir edüb iki ağaç başına bir cürm alına*”²⁰⁰. Görüldüğü gibi namaz kılmayanlara para cezası verilmiştir. Yine Kanunnamenin 59. maddesine göre “*Eğer bir kimesnenin öküzi veya atı ve davarı ekine girse, davar başına beş akçe cürm alına. Eğer inek girse, dört ağaç urulub dört akçe cürm alına. Eğer buzağı girse, davar başına bir akçe cürm alına*”²⁰¹. Başkasının arazisine hayvan sokanlar para cezasıyla cezalandırılmıştır.

1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunnamelerinde, diyet dışında para cezası yer almamıştır. Ayrıca 1851 tarihli Ceza Kanunnamesinde para cezası verme yasaklanmış ve para cezası verenlerin rüşvet suçunu işlediği açıklanmıştır²⁰². 1851 tarihli Kanunnamenin 3. faslının 10. maddesinde bu hüküm yer almaktadır. Kanunnamenin 10. maddesine göre “*Cerime maddesi külliye memnu olduğundan buna cesaret eden eşhas hakkında dahi mürteşi hakkında mukarrer olan ceza kamilen icra kılın*”²⁰³. Cerime, yani suçludan alınan para cezası tamamen yasaklanmış ve bu parayı alanın rüşvet suçunu işlediği belirtilmiştir. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin 37. maddesinde ise mücazaat-ı nakdiye yani para cezasının açıklaması yapılmıştır. Bu maddeye göre “*Mücazaat-ı nakdiye, bir şahıstan kanunun tayin ettiği üzere akçe alınmasıdır*”²⁰⁴.

4. Celd (Sopa) Cezası

İslam hukukundaki asli cezalardan biri, sopa cezasıdır. Sopa cezası hadler için kullanılmış cezalardan biridir. Ayrıca bu ceza tazir suçları sonucu da verilmiştir. Suç işlemeyi alışkanlık hâline getiren kişileri

199 Akgündüz, Yavuz Devri, s. 88-89.

200 Akgündüz, Kanuni Devri, s. 303.

201 Akgündüz, Kanuni Devri, s. 304.

202 Avcı, Para Cezaları, s. 402.

203 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 618.

204 Akgündüz, Kamu Hukuku, s. 627.

caydırma konusunda iyi bir ceza olduğu için yaygın bir şekilde kullanılmıştır. Suçlunun kişiliğine, işlediği suçun yapısına ve büyüklüğüne göre bu cezanın sınırı değişmektedir. İlgili cezasının uygulanması devlet memurları için bir zorluk teşkil etmediğinden ve mağdurun ailesinin geçimini sağlaması konusunda bir sıkıntı oluşturmadiğinden dolayı bu ceza çok fazla tatbik edilmiştir²⁰⁵.

Sopa cezasının üst sınırı konusunda ihtilaf söz konusudur. Ebu Hanife'ye göre bu cezanın alt sınırı üç, üst sınırı otuz dokuzdur. İmam Yusuf'a göre üçten doksan dokuza kadardır. İmam Şâfi'ye göre 40 değnekten az olmalıdır. İmam Mâlik'in meşhur görüşüne göre üst sınırı belirleme yetkisi devlet başkanına aittir. Tazirin amacı kamu düzenini sağlamak ve kamu yararını gözetmektir. Bu yüzden üst sınırın devlet başkanının takdirinde olması gerektiğini savunmuştur. İmam Mâlik'e göre yüz değnekten fazlası vurulamaz. Ancak bir yarar getirecekse yüz değnekten fazlası da olabilir. Hanefilerin çoğuna göre bu cezanın alt sınırını devlet başkanı belirler. Alt sınır, bir veya iki darbeden ibaret olabilir²⁰⁶.

Sopa cezası, insanın onur ve haysiyetini zedeleyici bir ceza gibi görünmektedir. İslam dininde temel esaslardan biri insanın onur ve haysiyetini incitmemektir. Ancak toplumun yapısını bozan, topluma kötü örnek olan kişilerin cezalandırılması gerekir. Kişinin tedip edilmesi için en uygun ceza, sopa cezası olacaksa başka bir ceza verilmeyecektir. Suç, had cezasını gerektiren bir suç olduğu hâlde, had cezasının uygulanması için şartlar yetersizse örneğin şüphe durumunda, taziren sopa cezası uygulanabilir²⁰⁷. Osmanlı uygulamasında ise kanunnamelerde sopa cezası "hakkından gelmek" ifadesiyle düzenlenmiştir. Bu ceza, sadece tazir cezası için kullanılmamış, kimi had cezalarının tatbiki için de kullanılmıştır. Yavuz Sultan Selim Han'ın Umumi Kanunnamesinin 38. maddesinde yalan yere şahitlik yapanlar ve sahte belge düzenleyen kişiler bu ceza ile cezalandırılmıştır²⁰⁸. Kanunnamenin 38. maddesine göre "*Ve yalan yere şahadet edenin ve tezvir hüccet yazanın ve anun ile amel edenin muhkem hakkından geleler. Telbisi ve tezviri zahir olanın muhkem hakkından gelüb alnına tamga edeler. Ve tezvir hüküm ve hüccet yazanın âdeti ise, elin keseler ve illa muhkem hakkından geleler*"²⁰⁹. Yalan yere şahitlik yapan ve

205 Üdeh, İslam Ceza 1, s. 698; Cin/Akyılmaz, s. 275-276.

206 Bilmen, s. 308; Üdeh, İslam Ceza 1, s. 698.

207 Bilmen, s. 308; Yakut, Tanzimat, s. 28.

208 Yurtseven, Osmanlı Ceza, s. 283.

209 Akgündüz, Selim Devri, s. 93.

sahte belge hazırlayanlar için haktan gelmek cezası, yani sopa cezası verilmiştir.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde tazir türü sopa cezası yer almamıştır²¹⁰. 1851 tarihli Ceza Kanunnamesinde ise hakaret suçunu işleyenlere, kumarbazlara, narhtan fazlaya mal satanlara ve dirhemi eksik tutan esnaflara, taziren sopa cezası verilmiştir. Kanunnamenin ikinci faslının 2. maddesinde hakaret suçunu işleyen kişinin evsat-ı nasdan, yani vasat hâlli insanlardan olması durumunda 3-79 arası değnek darbi verilmesi ve sürgün cezasına çarptırılması öngörülmüştür. Kanunnamenin ikinci faslının 2. maddesinin ilgili kısmı ise şöyledir: “*Ve evsat-ı nas üçden nihayet yetmiş dokuz adede kadar değnek darbıyla te’dib kılın...*”²¹¹. Kanunnamenin ikinci faslının 5. maddesine göre “*Bazı esvak (sokaklar) ve mahall-i sairede şuna buna sarkıntılık eden sekranın (sarhoşların) ber nehc-i şer’î lede’s-sübut (şer’î usule göre bu suçları sabit olduğunda) hadd-i şer’îsi icra olunup fakat na’razen olan (bağırان çağırان) edepsizlere ve alame tiyle tutulan kumarbazlara dahi cünhalarına göre, mesağ-ı şer’î olduğu vechile öldüresiye olmayarak kaimen üçten nihayetün nihaye yetmiş dokuz adede kadar değnek darbıyla tazir kılın*”. Sarkıntılık yapan sarhoşların, bağırıp çağırان kişilerin ve kumarbazların, somut olaya göre 3 ile 79 değnek arası taziren sopa cezasına çarptırılmaları gerektiği belirtilmiştir. Kanunnamenin üçüncü faslının 19. maddesine göre ise “*Bakkal ve kasap ve habbaz (ekmekçi) ve sair bu misillü esnafdan dirhemi noksan olanlar veyahut narhtan ziyade fûruht edenlerin (satanların) hapisle tedibinden, dükkânları kapanıp bir nevi ahz ve itasının tatilini müstelzim olacağından bunlar hakkında suret-i şer’îyesi üzere derece-i cünhasına göre kaimen üçden yetmiş dokuz adede kadar hapis hane önünde değnek darbıyla icray-ı te’dib kılın*”²¹². Eksik dirhemle ve narhla satış yapan esnafa hapis hane cezası yerine işledikleri fiilin ağırlığına göre hapis hane önünde sopa cezası verilmiştir.

Osmanlı şer’iye sicillerinden birinde, Allah’a ve Peygambere küfreden ve halkı tehdit eden Hüseyin’in “haktan gelmek” ifadesiyle diğer bir deyişle sopa cezası şeklinde tazir cezası ile cezalandırılması yer almıştır²¹³.

210 **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 328.

211 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 616.

212 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 620.

213 İstanbul Mahkemesi, 20 Numaralı Sicil, 11 Saferi’l-hayr H. 1100/M. 1689, cilt: 56, sayfa: 192, hüküm no: 216, orijinal metin no: 45a-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.09.2024.

5. Sürgün (Nefy) Cezası

Sürgün, bir suçlunun bulunduğu yerden başka bir yere uzaklaştırılmasıdır. Suçlunun fiillerinin başkalarını da aynı fiili işlemeye itecek hâle gelmesi ya da bu kişileri özendirmesi olasılığı varsa kişi sürgün edilir. Sürgün süresinin ne kadar olacağını belirleme yetkisi, kadının takdirindedir. Peygamber Efendimiz (sav) suçluları sürgüne göndermiş, iffetsiz kişilerin Medine’den çıkarılmalarını istemiştir²¹⁴. Peygamber Efendimiz (sav) döneminden sonra sahabe de aynı şekilde hareket etmiştir. Hz. Ömer, Dabi adlı kişiyi sopa cezası ile cezalandırmış ve Basra’ya sürgüne göndermiştir. Yine Hz. Ömer bazı kadınları fitneye düşürme ihtimali olan Nasr b. Haccac adındaki bir genci Medine’den nefyetmiştir²¹⁵.

Zina cezasında verilen sürgün cezasını Ebu Hanife, tazir türünden bir ceza olarak kabul eder. Ancak Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular bu cezanın had cezası olduğunu söylerler²¹⁶. Zina suçundan başka suçlarda verilen sürgün cezasını ise bütün fıkıhçılar tazir türünden bir ceza olarak kabul ederler. İmam Şâfiî’ye göre sürgünün süresi bir yıla ulaşmamalıdır. Eğer bir yıla ulaşırsa had cezası olan sürgünle aynı ceza verilmiş olur. Ancak Ebu Hanife, sürgün süresinin bir yıldan fazla olabileceğini belirtmiştir. Çünkü Ebu Hanife’ye göre sürgün cezası sadece tazir türünden bir cezadır. Sürgüne gönderilen biri belirli bir yerde hapsedilmez. Ancak bu kişi kontrole tabi olabilir²¹⁷.

Sürgün cezası, Osmanlı kanunnamelerinde sıkça yer almış bir cezadır. Birçok suç için bu ceza verilmiştir. Pek çok devlet adamı görevden uzaklaştırıldıklarında sürgün cezasıyla cezalandırılmıştır²¹⁸. Fetvaları müzayedeye koyan İstanbul müftüsü Debbagzade Bekir Efendi’nin ve eşkıyaya yardım eden Şam kadısının sürgünleri bu hususa örnek verilebilir²¹⁹. Bilhassa ırza karşı işlenen suçlarda bu ceza uygulanmaktadır. Tanzimattan sonra çıkarılan ceza kanunlarında bu ceza, birçok hükümde

214 Peygamber Efendimiz (sav); hareketlerini alaya alıp taklit eden, evini dinleyen ve bazı bilgileri yayan Hakem b. Ebu’l-Âs’ı Taif’e sürmüştür. Bkz. Ebü’l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed **el-Askalânî**, *el-İşâbe fî temyîzi’ş-şahâbe II*, thk. Adel Ahmed Abdel Mawjoud ve Ali Muhammad Moawad, Dâru’l-Kütübi’l-İlmîyye, Beyrut 1415, s. 91.

215 **Üdeh**, *İslam Ceza I*, s. 705-706; **Bilmen**, s. 307; **Avcı**, *Osmanlı Ceza I*, s. 339; **Avcı**, *Hukuk Tarihi*, s. 275; **Cin/Akılmaz**, s. 275.

216 **Aydın**, s. 186; **Cin/Akılmaz**, s. 251.

217 **Üdeh**, *İslam Ceza I*, s. 705; **Avcı**, *Osmanlı Ceza I*, s. 339; Rıfat **Uslu**, “İslam Hukukunda Sürgün Cezası”, *Yeni Fikir Dergisi*, S. 14, 2015, s. 120.

218 **Cin/Akılmaz**, s. 275; **Avcı**, *Osmanlı Ceza I*, s. 340.

219 **Avcı**, *Osmanlı Ceza I*, s. 340.

düzenleme alanı bulmuştur. Kural olarak sürgün cezası verilen suçlu, sürgün edildiği yerde rahat bir şekilde hareket edebilme, oranın sakini gibi yaşayabilme hakkına sahiptir. Ancak sürgün cezası verilen suçluların hürriyetleri birtakım şeylerle de sınırlanabilir. Osmanlı uygulamasında kürek ve kalebentlik cezası böyledir. Suçluların kaçma riskini azaltmak ve suçluları kontrol altında tutabilmek için çoğunlukla Bozcaada, Midilli, Sakız, Girit, Rodos ve Kıbrıs gibi Akdeniz adaları ile Trabzon, Sinop benzeri bazı sahil kaleleri bu cezaların uygulandığı yerler olarak seçilmiştir. Bazen merkeze çok uzak olan Kuzey Afrika ve Arap coğrafyasından farklı yerleşim yerleri de sürgün mahalli olarak belirlenebilmiştir²²⁰.

Osmanlı uygulamasında rüşvet, iltimas, irtikap ve benzeri görev suçu işleyen devlet memurlarına gerek görevden alma ile gerek bağımsız olarak sürgün cezaları verilmiştir²²¹. II. Bayezid’in Umumi Osmanlı Kanunnamesinin dördüncü faslının 36. maddesinde sürgünle ilgili hüküm yer almaktadır. Bu madde şöyledir: “*ve yeni giyenleri yasak edüb ilden süreler*”²²². Yavuz Sultan Selim Han’ın Umumi Kanunnamesinin 121. maddesine göre “*Ve dahi bir kimesneyi mahallesı ve karyesi cema’ati hırsuzdur ve kahbedir deyü şikâyet edüb bize gerekmez deyü reddetseler, vakı’a müttehem ise, dahi beyn’en-nas malum ola, mahallesinden ve karyesinden nefy edeler. Eğer mahalle kabul etmezse, şehrinden süreler, şöyle bileler*”²²³. Hırsızlık ve ahlaksızlık şüphesi bulunan kişi, şikâyet üzerine sürgün edilebilmektedir.

1840 tarihli Ceza Kanunnamesinin dördüncü faslının ikinci maddesine göre “*Ba’de ezin (bundan sonra) bu misillü madde-i memnu’a ve mekruhaya (bu gibi yasak ve hoş olmayan işlere) cesaret eden olur ise, faraza birinin mal ve emlakına tasallutu (tecavüzü) vukuunda men’u def olunur. Şayet bir takrib ile (bir yol bularak) zabtetmiş bulunur ise mazbut olan (zabtedilen) mal ve emlak mevcut ise aynen, değil ise semenen sahib-i evveline (ilk sahibine) reddettirildikten başka ol şahsın hilaf-ı kanun hareketine ve cesaretine binaen erbab-ı menasib ve memurundan ise (makam sahibi ve devlet memuru ise) hizmetinden terd ve ihraç olunup memleketten ahar(başka) mahalle bir sene durmak üzere nefy ve tağrib (sürgün) kılina*”²²⁴. Bu maddeye göre gasp suçunu kamu görevlisi işlerse kamu

220 **Akgündüz**, Fatih Devri, s. 125; Osman **Köksal**, “Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hatt-ı Hümayları”, OTAM, C. 19, S. 19, 2006, s. 288.

221 **Mumcu**, Rüşvet, s. 226; **Yurtseven**, Osmanlı Ceza, s. 283.

222 **Akgündüz**, Bayezid Devri, s. 44.

223 **Akgündüz**, Yavuz Devri, s. 106.

224 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 607.

görevinden ihraç edilecek ve bir sene sürgün cezası alacaktır. 1851 tarihli Ceza Kanunnamesinin ikinci faslının ikinci maddesine göre hakaret suçunda failin “*evsat-ı nasdan olması*” hâlinde bu kişiye hapis ve sürgün cezası verileceği yer almıştır²²⁵. Bu maddeye göre “... ve *evsat-ı nas ve ehl-i suk ve burada da olanlar iktizasına göre ihzar ve haps ve nefy oluna*”²²⁶. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin 35. maddesine göre “*Nefy-i muvakkat mücazâtı, bulunduğu yerden başka bir mahalle gönderilip üç aydan üç seneye dek tağrib olunmaktadır*”²²⁷. Süreli sürgün cezasının üç aydan üç yıla kadar olduğuna dair hüküm getirilmiştir.

Osmanlı şer’iye sicillerinde, sürgün cezasının tazir cezalarından biri olarak verildiğine ilişkin örnekler mevcuttur. Bu örneklerde genelde yanlış eylemlerde bulunanlar “mahalleden ihraç” edilmiştir. Bir sicilde, Ali Beşe, karısı Fâtıma ve oğlu Mehmed Emin’in uygunsuz hareketlerinden ötürü bulundukları Yolcuzâde Mahallesi’nden sürüldüklerine dair örnek yer alır²²⁸. Benzer bir şekilde, Zeyrek mahallesi ahalisinin Osman ile hanımı Ümmühani’nin uygunsuz davranışları olduğundan mahallelerinden bunların mahalleden ihraç edilmelerini istemelerine dair bir olay sicillerde mevcuttur²²⁹. Çeşitli yollarla uygunsuz davranışta bulunanların sürgün edildiğine dair çok sayıda örnek şer’iye sicillerinde yer almıştır²³⁰. Eşinin

225 **Avcı**, Osmanlı Ceza I, s. 340.

226 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 616.

227 **Akgündüz**, Kamu Hukuku, s. 627.

228 Galata Mahkemesi, 580 Numaralı Sicil, H. 1221/M. 1806, cilt: 84, sayfa: 101, hüküm no: 50, orijinal metin no: 5a-2, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 29.09.2024.

229 Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 182, hüküm no: 142, orijinal metin no: 21a-1, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 30.09.2024. Başka bir örnek için bkz. Ali **Turan**, “1815 Numaralı Trabzon Şer’iye Siciline Göre Hukuki Hayatta Kadın (1554-1558)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 3, 2015, s. 392.

230 İlgili sicil örnekleri için bkz. Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 210, hüküm no: 192, orijinal metin no: 26b-2, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 30.09.2024; Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 314, hüküm no: 368, orijinal metin no: 47b-3, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 2.10.2024; Bab Mahkemesi, 397 Numaralı Sicil, 15 Zilka’de H. 1255/ M. 1839, cilt: 95, sayfa: 215, hüküm no: 286, orijinal metin no: 38a-1, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 2.10.2024; Galata Mahkemesi, 580 Numaralı Sicil, H. 1222/ M. 1808, cilt: 84, sayfa: 368, hüküm no: 586, orijinal metin no: 58a-4, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 3.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 27 Rebi’ülâhîr H. 1155/ M. 1742, cilt: 70, sayfa: 196, hüküm no: 329, orijinal metin no: 55a-1, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 5.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 15 Recebi’l-ferd H. 1155/ M. 1742, cilt: 70, sayfa: 237, hüküm no: 417, orijinal metin no: 67b-2, <http://www.kadiscicilleri.org>, E.T. 6.10.2024;

vefatından sonra eve başka kadınlar getiren Ahmed’in mahalleden sürgün edilmesine ilişkin kayıtlarda örnek vardır²³¹. Komşularını rahatsız eden Ali ve karısının bulundukları mahalleden sürgün edilmesine ilişkin olay kayıtlardan birinde mevcuttur²³².

6. Teşhir Cezası

Teşhir, suçlunun bir ilanla halka duyurulmasıdır. Genellikle insanlar tarafından güvenilen kimselerin işlediği suçlarda teşhir cezası verilmektedir. Suçlunun yüzünün karalanması, eşeğe ters bindirilerek şehrin içinde dolaştırılması yöntemiyle de bu ceza uygulanabilmektedir. “Pezevenklik yapanlar”, “hileli mal satanlar”, “yalan konuşanlar”, “dini vecibelerin yerine getirilmeyenler”, “çevreyi kirletenler” için bu cezanın verildiği görülmektedir²³³. Osmanlı kanunnamelerinde teşhir cezasına geniş yer verilmiştir. Bu cezalar bazen tek başına verildiği gibi bazen de başka bir ceza ile birlikte somut olaya göre ek ceza olarak verilmiştir²³⁴.

II. Bayezid döneminde çıkarılan Aydın-Eli Siyasetnamesinde, pezevenklik suçunun tekrar etmesi durumunda bedenî bir ceza verilmiş ve “illa” sözcüğüyle bu cezaya ek olarak suçluyu eşeğe ters bindirip teşhir etme

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1204/M. 1790, cilt: 81, sayfa: 233, hüküm no: 213, orijinal metin no: 19a-7, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 30.09.2024; Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1206/M. 1792, cilt: 81, sayfa: 735, hüküm no: 1212, orijinal metin no: 99b-3, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 7.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, 10 Şevvâl H. 1206/M. 1792, cilt: 81, sayfa: 751, hüküm no: 1243, orijinal metin no: 102a-4, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 8.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1207/M. 1793, cilt: 81, sayfa: 878, hüküm no: 1488, orijinal metin no: 124b-3, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 9.10.2024; Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 15 Şa’bân H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 295, hüküm no: 337, orijinal metin no: 43b-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 9.10.2024; Bab Mahkemesi, 397 Numaralı Sicil, 25 Receb H. 1255/M. 1839, cilt: 95, sayfa: 113, hüküm no: 109, orijinal metin no: 12b-3, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 10.10.2024; Bab Mahkemesi, 150 Numaralı Sicil, 22 Safer H. 1143/M. 1730, cilt: 65, sayfa: 429, hüküm no: 444, orijinal metin no: 103a-2, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 11.10.2024; Üsküdar Mahallesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1206/M. 1792, cilt: 81, sayfa: 810, hüküm no: 1353, orijinal metin no: 112b-4, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 12.10.2024.

231 İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, 28 Şevvâl H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 419, hüküm no: 509, orijinal metin no: 215-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 3.10.2024.

232 İstanbul Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, H. 1258/M. 1842, cilt: 96, sayfa: 313, hüküm no: 266, orijinal metin no: 99-3, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 11.10.2024.

233 **Bilmen**, s. 307; **Cin/Akılmaz**, s. 276; **Ahmet Kılınç**, “Klasik Dönem Osmanlı Devletinde Teşhir Cezası”, *International Journal of Sport Culture and Science*, C. 3, S. 2, 2015, s. 447; **Kılınç**, *Klasik Dönem Teşhir*, s. 272 vd.; **Yakut**, *Osmanlı*, s. 49.

234 **Kılınç**, “Teşhir Cezası”, s. 449.

cezası getirilmiştir²³⁵. Aydın-Eli Siyasetnamesinin 5. maddesindeki hüküm şöyledir: “*Ve pezevenklik daima âdeti ve sanatı ola, burnu kesile ve illa eşeğe bindürüb teşhir oluna*”²³⁶.

III. Murat Devri eyalet kanunnamelerinden olan Vulçitrın Sancağı Kanunnamesinin 36. maddesi şöyledir: “*Ve terazide hilaf edüb eksik satanlardan kanun üzere cerime alub lazım gelürse siyaseten boynuna tahta gülle geçürüb gezdüreler*”²³⁷. Bu maddeyle terazide hile yapan, eksik tartan kişiler para cezası ile cezalandırılır hükmü getirilmiştir. Ayrıca ihtiyaç olması hâlinde, kanunnamedeki ibareyle “lazım gelürse” bu suçu işleyen kişinin boynuna tahta gülle geçirilip teşhir cezası verilmiştir.

Yavuz Sultan Selim Han’ın Umumi Kanunnamesinin 38. maddesinde yalan konuşanlar için darb cezası ve bununla birlikte “alnına damga vurma”, diğer bir ifadeyle teşhir cezası verilmiştir. Bu maddenin ilgili kısmı ise şöyledir: “...*Telbisi ve tezviri zahir olanın muhkem hakkından gelüb alnına tamga edeler*...”²³⁸.

II. Bayezid döneminde çıkarılan İstanbul İhtisab Kanunnamesinde, dini yükümlülüklerini yerine getirmeyenler için teşhir cezası verilmiştir. Kanunnamenin 65. maddesine göre “*Ve Ramazan ayında oruç dutmaya-nun gereği gibi hakkından gelüb teşhir edeler*”. Ramazan ayında oruç tutmayanların teşhir edileceği hüküm altına alınmıştır.

Osmanlı hukukunda çevre temizliğine çok önemli bir mesele olmuştur. Çevreye zarar verenler ve çevreyi kirletenler için çeşitli cezalar getirilmiştir. Kanuni Devri’nde eyalet kanunnamelerinden olan Edirne Kanunnamesinin Edirne Çevre Temizliği Yasaknamesinin 12. maddesinde teşhir cezasının örneği mevcuttur²³⁹. Yasaknamenin 12. maddesine göre “*Dahi onat vechile görüb güzedüb cifeden ve sair mezbeleden pak etdüre. Ve at ölüsin ve sair davar cifesin halk incidiği yerde kodurtmaya. Gereği gibi yasak edüb men’ eyleye. Hem kim ki, eslemeyüb temerrüd ederlerse, ol cifenin başın kesüb bırakan kimesnenin boynuna takub şehri teşhir edüb men’ edeler. Eslemeyeni yazub bildüre*”²⁴⁰. Çevreye zarar verenlerin şehirlerde teşhir edildiği görülmektedir.

235 Kılınç, “Teşhir Cezası”, s. 449.

236 Akgündüz, Bayezid Devri, s. 169.

237 Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri III. Murad Devri Kanunnameleri ve III. Mehmed Devri Kanunnameleri 8, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s. 106.

238 Akgündüz, Yavuz Devri, s. 93.

239 Kılınç, “Teşhir Cezası”, s. 454.

240 Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Kanuni Devri Kanunnameleri Eyalet Kanunnameleri 5, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s. 542.

Osmanlı şer’iye sicillerinden birinde, Seyfeddin’i döven Üveys’e teşhir cezası verildiği görülmektedir²⁴¹. Diğer bir sicil örneğinden, Dimitri isimli gayrimüslimle birlikte bulunan Zeyneb’e teşhir cezası verildiği anlaşılmaktadır²⁴². Ayrıca sicillerde yalan beyanda bulunanların teşhir edildiğine ilişkin kayıtlar mevcuttur²⁴³. Ahmed Beşe, Hüseyin Beşe ve Hancı Mustafa aleyhine yalan yere dava açan Hüseyin ile eşi Fâtıma’nın kasaba çarşısında ve insanların toplu olduğu yerlerde teşhir olmaları şeklinde cezalandırılmalarına ilişkin bir kayıt bir sicilde yer almaktadır²⁴⁴.

7. Diğer Tazir Cezaları

Yukarıda bahsedilen sıklıkla rastlanılan ve literatürde ayrımı yapılan tazir cezaları dışında Osmanlı şer’iye sicillerinden de anlaşılabilecek üzere dinen meşru görülmeyen eylemleri gerçekleştiren kişilere çeşitli tazir cezaları verilmiştir. Sicillerde sıklıkla yer alan bazı tazir cezaları sicillerden anlaşılabilecek üzere şöyledir: Sicil örneklerinden birinde, İmam Hâfız Mehmed Efendi’nin mahalleden Emetullah ve Zeyneb Hatun’u odun ile dövüp küfretmesinden ötürü tazir cezası olarak imamlık görevinden alınmasının talep edilmesi yer almaktadır²⁴⁵. Bir başka sicil örneğinden, Dikici esnafından Ahmed Beşe’nin esnafıktan uzaklaştırıldığı hâlde tekrar dikicilik yapmaya başlayıp huzursuzluk çıkardığından ötürü tedip oluncaya dek kendisine dikicilik yaptırılmamasına dair tazir cezası verildiği anlaşılmaktadır²⁴⁶. Kafesci esnafının talepleriyle esnafın kurallarına uymayan Hüseyin’in esnafıktan menedilmesine ilişkin bir olay kayıtlarda

241 Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 919/M. 1513, cilt: 1, sayfa: 328, hüküm no: 569, orijinal metin no: 91b-5, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 14.10.2024.

242 Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 919/M. 1513, cilt: 1, sayfa: 342, hüküm no: 609, orijinal metin no: 95b-5, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 17.10.2024.

243 İstanbul Mahkemesi, 94 Numaralı Sicil, H. 1223/M. 1809, cilt: 85, sayfa: 72, hüküm no: 7, orijinal metin no: 1a-7, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 16.10.2024; Bab Mahkemesi, 150 Numaralı Sicil, H. 1143/M. 1730, cilt: 65, sayfa: 73, hüküm no: 1, orijinal metin no: 1a-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 16.10.2024; İstanbul Mahkemesi, 94 Numaralı Sicil, H. 1223/M. 1809, cilt: 85, sayfa: 72, hüküm no: 8, orijinal metin no: 1a-8, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 16.10.2024.

244 Rumeli Sadâreti Mahkemesi, 272 Numaralı Sicil, 27 Zilka’de H. 1171/M. 1758, cilt: 74, sayfa: 316, hüküm no: 376, orijinal metin no: 75a-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 11.10.2024.

245 İstanbul Mahkemesi, 56 Numaralı Sicil, 6 Zilka’de H. 1202/M. 1786, cilt: 80, sayfa: 196, hüküm no: 205, orijinal metin no: 53b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 19.10.2024.

246 Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 102, hüküm no: 24, orijinal metin no: 4a-3, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 10.10.2024.

mevcuttur²⁴⁷. Bu şekilde şer'îye sicillerinde yapılan incelemeler neticesinde, esnafılık kurallarına aykırı hareket eden kişilerin sıklıkla tazir cezası olarak mesleklerinden menedildikleri gözlemlenmiştir²⁴⁸. Bir sicilde, Dimetoka'ya sürgün edilmiş olan Abdurrahman Efendi'nin Kur'an-ı Kerim öğretimi ile meşgul olmak koşuluyla serbest bırakılması yer almıştır²⁴⁹. Beş vakit namazın cemaatle kılınması, başta çocuklar olmak üzere herkesin ilmihal bilgilerini öğrenmeleri emri bir başka sicilde mevcuttur²⁵⁰. Bu iki örnekte, kişilerin ilmihal bilgilerini öğrenmeleri ve Kur'an-ı Kerim öğretimi ile serbest bırakılma hâli, aslında tazirin tedip amacı güttüğünü de gözler önüne sermektedir. Diğer bir sicilde basmacılara, Fazıl Paşa Sarayı dışında damgasız yemenî basmayacaklarına ilişkin yaptırım uygulandığı görülmektedir²⁵¹.

Ayrıca son olarak şunu da belirtmek gerekir ki şer'îye sicillerinden anlaşılacağı üzere çeşitli eylemleri gerçekleştirenlerin tazir cezasıyla cezalandırıldıkları sicillerde yer alan “tazir”, “tazir-i şedîd”, “tedip” gibi ifadelerden anlaşılmaktadır. Kurallara aykırı hareket edenlere²⁵², umuma açık yerlerde uygunsuz davrananlara²⁵³, hakarete bulunanlara ve küfre-denlere²⁵⁴,

247 Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 121, hüküm no: 54, orijinal metin no: 8b-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 10.10.2024.

248 Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 19 Rebi'ülâhîr H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 146, hüküm no: 90, orijinal metin no: 13a-4, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 20.10.2024; Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 8 Recebi'l-ferd H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 246, hüküm no: 251, orijinal metin no: 33b-4, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 20.10.2024.

249 İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 468, hüküm no: 583, orijinal metin no: 243-3, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

250 İstanbul Mahkemesi, 154 Numaralı Sicil, H. 1237/M. 1822, cilt: 88, sayfa: 212, hüküm no: 85, orijinal metin no: 33b-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

251 İstanbul Mahkemesi, 33 Numaralı Sicil, 7 Şa'bân H. 1185/M. 1770, cilt: 77, sayfa: 284, hüküm no: 249, orijinal metin no: 82a-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

252 İstanbul Mahkemesi, 24 Numaralı Sicil, H. 1139/M. 1727, cilt: 21, sayfa: 281, hüküm no: 195, orijinal metin no: 59b-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

253 Üsküdar Mahkemesi, 5 Numaralı Sicil, H. 931/M. 1525, cilt: 3, sayfa: 106, hüküm no: 171, orijinal metin no: 18a-4, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 25.10.2024.

254 İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 448, hüküm no: 553, orijinal metin no: 232-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 24.10.2024; İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 290, hüküm no: 312, orijinal metin no: 137-1, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T. 24.10.2024; İstanbul Mahkemesi, 78 Numaralı Sicil, 12 Şevvâl H. 1216/M. 1801, cilt: 82, sayfa: 111, hüküm no: 67, orijinal metin no: 9b-2, <http://www.kadisiçilleri.org>, E.T.

mala zarar verenlere²⁵⁵, birbirini dövenlere²⁵⁶, yalan konuşanlara²⁵⁷, yalancı şahitlik yapanlara²⁵⁸, iftira edenlere²⁵⁹, Cuma namazına gitmeyenlere²⁶⁰, mahrem olmadıkları hâlde bir arada yakalanan kadınlara ve erkeklere²⁶¹, ağaç kesenlere²⁶² vb. uygunsuz çeşitli eylemlerde bulunanlara bu şekilde yaptırım uygulanmıştır.

SONUÇ

İslam dini, Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerle hayatın her alanıyla ilgili düzenlemeler getirmiştir. Düzenleme getirilen alanlardan biri de hukuktur. İslam dininde hukuk önemli bir yer edinmiştir. İslam dininin koruduğu değerlerden birisi de insan hayatıdır. İnsan hayatını korumak için de hukuk olmazsa olmaz bir işleve sahiptir. İslam hukuku fıkıh diye isimlendirilir. Fıkıhla birlikte çeşitli alanlarda düzenlemeler yapılmıştır. Din, evlenme ve boşanma, miras hukuku, eşya ve borçlar hukuku ve ceza hukukuna ilişkin alanlar bunlardandır.

-
- 24.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 920/M. 1514, cilt: 1, sayfa: 130, hüküm no: 71, orijinal metin no: 14a-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 920/ M. 1514, cilt: 1, sayfa: 188, hüküm no: 233, orijinal metin no: 43b-3, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 27.10.2024.
- 255 Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 920/M. 1514, cilt: 1, sayfa: 120, hüküm no: 49, orijinal metin no: 8b-3, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.10.2024.
- 256 Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 924/M. 1518, cilt: 1, sayfa: 334, hüküm no: 586, orijinal metin no: 93b-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 924/M. 1518, cilt: 2, sayfa: 89, hüküm no: 61, orijinal metin no: 8a-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.10.2024; Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 925/M. 1519, cilt: 2, sayfa: 167, hüküm no: 293, orijinal metin no: 32b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.10.2024.
- 257 Üsküdar Mahkemesi, 9 Numaralı Sicil, H. 942/M. 1536, cilt: 4, sayfa: 305, hüküm no: 750, orijinal metin no: 91b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 28.10.2024.
- 258 Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 926/M. 1520, cilt: 2, sayfa: 246, hüküm no: 476, orijinal metin no: 56b-3, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 27.10.2024.
- 259 Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 926/M. 1520, cilt: 2, sayfa: 314, hüküm no: 611, orijinal metin no: 79a-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 27.10.2024.
- 260 Üsküdar Mahkemesi, 9 Numaralı Sicil, H. 940/M. 1534, cilt: 4, sayfa: 375, hüküm no: 936, orijinal metin no: 118a-3, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 22.09.2024.
- 261 Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 25 Rebî'ülevvel H. 1155/M. 1742, cilt: 70, sayfa: 181, hüküm no: 294, orijinal metin no: 50a-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 7.09.2024; Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1204/M. 1790, cilt: 81, sayfa: 129, hüküm no: 13, orijinal metin no: 2b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 1.09.2024.
- 262 Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 925/M. 1519, cilt: 2, sayfa: 127, hüküm no: 176, orijinal metin no: 19b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 27.10.2024.

İslam ceza hukukunda, tazir suçlarının sayısı çok fazla olup cezaların önemli kısmını bu suçlar oluşturur. İslam ceza hukukunda had ve kısas suçları sınırlıdır. Bu suçların dışında, günlük hayatta daha pek çok suç oluşturan fiil vardır. Bu fiillerle ilgili olarak Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde açık ve ayrıntılı bir biçimde belirtilmiş bir ceza yoktur. Bu husus söz konusu fiillerin cezasız kalacağı anlamına gelmez. Yapılan her hukuk dışı fiil, yani işlenen her suç cezalandırılır. Bu suçların neler olduğu tek tek sayılmamıştır. Bu suçlara verilecek cezaların miktarı belirtilmemiştir. Devlet başkanına veya onun görevlendireceği kadıya takdir yetkisi tanınmıştır. Her devlet başkanı, kendi zamanının koşullarına göre suç ihdas etme yetkisine sahiptir. Belirlediği bu suçlara verilecek cezayı da devlet başkanı ve görevlendireceği kadı tayin edecektir. Tazir cezaları, uyarma gibi hafif bir ceza şeklinde olabileceği gibi hapis cezası gibi ağır bir ceza da olabilir. Hatta bazı hâllerde ölüm cezası dahi takdir edilebilmektedir. Tazir cezasını gerektiren fiillerin suç olduğu, bunların işlenmesinin günah olduğu ve yasaklandığı vahiy yoluyla belirlenmiştir.

Osmanlı hukuku dini esaslı olup Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerle öngörülen had ve kısas cezaları dışında, devlet başkanına tazir cezası verme yetkisi tanınmıştır. Şer'î hukuk, bir başka deyişle şeriatın yanında kanunnameler yoluyla örfî hukuk denilen bir saha oluşturulmuştur. Osmanlı hukukunda tazir suç ve cezalarının düzenlenmesi, Tanzimat dönemine kadar umumi kanunnameler yoluyla olmuştur. Bu kanunnamelerde, had ve kısas cezalarının uygulanmadığı durumlarda bu cezalar yerine yaptırım olarak tazir cezalarının verildiğine ilişkin maddeler yer almıştır. Bu cezalar ise genellikle suçlunun maddi durumuna göre miktarı değişen para cezaları olmuştur. Tanzimat döneminde ise 1840, 1851 ve 1858 yıllarında üç tane ceza kanunnamesi çıkarılmıştır. Bu kanunnamelerle birçok alanda düzenleme yapılmış, tazir cezaları genişletilmiştir.

Osmanlı hukukunda had ve kısas cezalarında tam bir kanunilik ilkesi mevcuttur. Suçlar ve cezalar önceden belirlenmiştir. Tazir cezalarında da kanunilik ilkesi vardır. Ancak tazir suçlarının işlenmesi sonucu verilecek cezalarla ilgili Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şerifler belli bir ceza koymamıştır. Bundan dolayı tazir suç ve cezalarında kanunilik ilkesi daha esneklerdir. Esnek olmakla birlikte genellikle İslam hukuku ilkelerine aykırı ceza verilmemiştir. Osmanlı uygulamasında, tazir cezaları umumi kanunnamelerle önceden belli olduğu için kanunilik ilkesine riayet edildiği görülmüştür. Umumi kanunnamelerde, hangi durumlarda hangi tazir cezalarının verilmesi gerektiği açıklanmıştır.

Çalışmanın ana ekseninde olmamakla birlikte burada Osmanlı döneminde, şer'î hukuk ile örfî hukukun genellikle birbiriyle etkileşim içinde

olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir. Osmanlı'da şer'î hukuka riayet edilmeye gayret gösterilmekle birlikte şer'î hukuka muhalif bazı örfî hukuk tatbikatları olabilmıştır. Bu hususta kardeş katli, para vakıfları, aile vakıfları, devşirme sistemi gibi tatbikatlar tartışılmaya açıktır. Bundan başka had cezasını gerektirmeyen (örneğin unsurlarındaki eksiklikten ötürü had cezası verilemeyen) zina, hırsızlık, içki içme gibi suçlarda, bu suçlar taziren cezalandırılmıştır. Genel kabul böyle olmakla beraber ihtilafli durumlar da mevcuttur. Örneğin Fatih'in Umumi Kanunnamesi ile zina fiilinin sabit olması durumunda evli kişiye verilecek ceza olan recm cezası düzenlenmemiş, bunun yerine para cezası getirilmiştir. Bazı hukukçulara göre kanunnamelerde şer'î hükümlere aykırılık olduğu bu hükümden çıkarılamaz, diğer hukukçulara göre ise kanunnamelerle şer'î hükümlere aykırılık getirildiği sonucu çıkmaktadır. Sonuç olarak kanunnamenin söz konusu hükmü ile İslam ceza hukuku gereği zina, hırsızlık, içki içme suçlarının faili için öngörülmüş olan had cezalarının uygulanmış olup olmadığının anlaşılamadığı; fakat suçun ispatı konusunda, İslam ceza hukukuna sadık kalındığı ve fıkıh kitaplarında yer alan had cezalarına aykırı hükümler verilmediği yönünde genel kanaat oluşmuştur. Unsurları tam teşekkül etmeyen had suçlarında had cezası uygulanmadığı, bunun yerine sıklıkla para cezası verilse de hapis, celd, sürgün, teşhir ve diğer tazir cezalarının da verildiği de görülmüştür. Kanunnameler, İslam ceza hukuku hükümlerinin yerine geçmek için değil onların boş bıraktığı alanları, zaman ve toplum yapısına uygun olarak doldurmak için hazırlanmıştır. Ayrıca çok sayıda şer'îye sicili örneğinden de Osmanlı'da çok çeşitli tazir cezaları verildiği görülmektedir. Şer'îye sicillerindeki örneklerinden anlaşılacağı üzere Osmanlı'da çeşitli eylemler, genel olarak kamu düzenini sağlamak ve toplumsal ahlakı korumak için kanunnamelerde yer alan tazir cezasını içeren hükümlere uygun biçimde cezalandırılmıştır. Bu durum, yapılan hukuki düzenlemeler ile uygulamanın sıklıkla birbiriyle örtüştüğünü gösterir niteliktedir.

KAYNAKLAR

- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri II. Beyazıd Devri Kanunnameleri 2, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri III. Murad Devri Kanunnameleri ve III. Mehmed Devri Kanunnameleri 8, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Kanuni Devri Kanunnameleri Merkezi ve Umumi Kanunnameler 4, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Kanuni Devri Kanunnameleri Eyalet Kanunnameleri 5, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri 1, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Akgündüz**, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnameleri 3, FEY Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.
- Akgündüz**, Ahmet, “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili”, İslami Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 1, 1999, s. 1-16.
- Akgündüz**, Ahmet, Islamic Law in Theory and Practice Islamic Public Law, Iur Press Publications, Rotterdam 2011.
- Akman**, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, Eren Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Aktan**, Hamza, “Âkile”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 2, İstanbul 1989, s. 248-249.
- Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 2. Baskı, AÜİF Yayınları, Ankara 1954.
- Avcı**, Mustafa, “İslam’ın Ceza Hukukuna Katkısı”, İslam Araştırmaları Dergisi, S. 8, 2006, s. 113-148.
- Avcı**, Mustafa, “Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek, Prangabentlik”, Yeni Türkiye, S. 45, 2002, s. 128-147.
- Avcı**, Mustafa, “Para Cezalarının Dünü-Bugünü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 377-418.
- Avcı**, Mustafa, Hukuk Tarihimizde Hapis, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2014.
- Avcı**, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Avcı**, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler II, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Avcı, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Atlas Akademi, Konya 2021.

Aydın, Mehmet Âkif, Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.

Bardakoğlu, Ali, “Had”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 14, İstanbul 1996, s. 547-551.

Bardakoğlu, Ali, “Kasâme”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul 2001, s. 528-530.

Başoğlu, Tuncay, “Ta’zîr”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 40, İstanbul 2011, s. 198-202.

Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuki İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu 3, Bilmen Yayınları, İstanbul 1991.

Boynukalın, Mehmet, “Suç”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 37, İstanbul 2009, s. 453-457.

Burhanpurlu, Şeyh Nizam vd., Fetâvâyî Hindîyye, çev. Mustafa Efe, C. 4, Akçağ Yayınları, Ankara 1985.

Cin, Halil/**Akgündüz**, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2017.

Cin, Halil/**Akyılmaz**, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2018.

Çalışkan, İbrahim, “İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, AUIF Dergisi, S. 31, Ankara 1989, s. 367-397.

Çolak, Mücahit, İslam Ceza Hukukunda Hadler ve Hadlerde Beyyine Külfeti, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 1996.

Dönmezer, Sulhi/**Sahir**, Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. 1, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997.

Dülger, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, çev. İbrahim Tüfekçi, C. 1, Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994.

Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, çev. İbrahim Tüfekçi, C. 2, Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994.

Ekinci, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2015.

Ekinci, Ekrem Buğra, İslam Hukuku, 1. Basım, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2006.

Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 7. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2021.

el-Askalânî, Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Ali b. Muhammed, el-İşâbe fî temyîzi's-şahâbe II, thk. Adel Ahmed Abdel Mawjoud ve Ali Muhammad Moawad, Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, Beyrut 1415.

el-Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu‘fî Sahîh-i Buhârî 6, thk. Mustafa Deeb Al Bagha, Dâru İbn Kesir-Dâru‘l-Yemâme, Şam 1414.

el-Hafnavî, Mansur Muhammed Mansur, eş-Şübuhat ve Eseruha fi‘l-Ukubeti‘l-Cinaîyye fi‘l-Fıkhi‘l-İslami, Matba‘atül-Emane, Kahire 1406.

el-Halebî, İbrâhîm b. Muhammed, Mülteka‘l-Ebhur, thk. Halil İmran el-Mansur, Dâru‘l-Kütübi‘l-İlmîyye, Beyrut 1419.

el-Karâfî, Ebü‘l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Mısrî, ez-Zahîre, thk. Muhammed Bou Khabza, Darü‘l-Garbi‘l-İslâmî, Beyrut 1994.

el-Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd b. Ahmed, Bedâ‘i‘u‘ş-şanâ‘i‘ fi tertîbi‘ş-şerâ‘i‘ VII, Dâru‘l-Kütübi‘l-İlmîyye, Beyrut 1328.

el-Kûfî, İbn Ebû Şeybe, Musannef V, 28494. Ebû Bekr Abdullâh b. Muhammed b. Ebî Şeybe İbrâhîm el-Absî, el-Muşannef fi‘l-eĥâdîs ve‘l-âşâr, thk. Kamal Youssef Al-Hout, Dâru‘t-Tâc, Lübnan 1409.

el-Kurtubî, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî, el-Muĥallâ XII, thk. Abdul Ghaffar Suleiman Al-Bandari, Darü‘l-Fikr, Beyrut 1408.

el-Kuşeyrî, Ebü‘l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim, el-Câmi‘u‘ş-şahîh 3, thk. Muĥammed Fuâd ‘Abdülbâkî, İsa el-Babi el-Halebi ve Şürekahu, Kahire 1374.

El-Mâverdı, Ebül-Hasan, El-Ahkâmu’s-Sultâniyye İslâm’da Hilâfet ve Devlet Hukuku, çev. Ali Şafak, Bedir Yayınevi, Ankara 1976.

Erdoğan, Mustafa, Fıkıh ve Hukuk Terimleri, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2016.

es-Semerkindî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed, Tuĥfetü‘l-fukahâ’ III, Dâru‘l-Kütübi‘l-İlmîyye, Beyrut 1414.

es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsü‘l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, el-Mebsût Cilt IX, Dâru‘l-Maarif, Beyrut 1414.

eş-Şazeli, Hasan Ali, “Cinayet”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 8, İstanbul 1993, s. 14-15.

Ez-Zerka, Mustafa Ahmed, İslam Hukuku 1, çev. Servet Armağan, 2. bs., Gündönümü Yayınları, İstanbul 2006.

Fayda, Mustafa, “Zimmî”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 44, İstanbul 2013, s. 428-434.

Fendoğlu, H. Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Yayınları, İstanbul 2000.

Günay, Mehmet, “İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele”, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 2, 2000, s. 1-19.

Halebî, İbrahim, Mevkûfât Mültekâ Tercümesi, çev. Ahmed Davudoğlu, C. 2, Sağlam Yayınları, İstanbul 1983.

İmam **Malik**, Muvatta, Çev. Ahmet M. Büyükçınar vd., C. 2, Afa Yayınları, İstanbul 1982.

İnalçık, Halil, “Osmanlı Hukukuna Giriş – Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 1958, s. 102-126.

Kallek, Cengiz, “İhtikâr”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 21, İstanbul 2000, s. 560-565.

Kanar, Mehmet, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 2. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010.

Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku 1, 9. Baskı, İz Yayınları, İstanbul 2016.

Kavukçu, Hüseyin, “İslam Hukukunda Kısas”, Diyanet Dergisi, C. 18, S. 3, 1979, s. 157-166.

Keskin, Yusuf Ziya, Recm Cezası Ayet ve Hadis Tahlilleri, Beyan Yayınları, İstanbul 2001.

Kılınç, Ahmet, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde İçki İçme Suçu”, Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Editör Recai Coşkun, C. 1, Komrat 2014, s. 203-216.

Kılınç, Ahmet, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili”, Belleten Türk Tarih Kurumu, C. 79, S. 285, 2015, s. 531-558.

Kılınç, Ahmet, “Klasik Dönem Osmanlı Devletinde Teşhir Cezası”, International Journal of Sport Culture and Science, C. 3, S. 2, 2015, s. 447-456.

Kılınç, Ahmet, Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Kızılay, Muhammed Emin, “Osmanlı Devleti’nde Cinsel Saldırı Suçları: 1869 Vakâyi-i Zabtiye Gazetesi Örneği”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C. 21, S. 2, 2021, s. 987-1018.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Koç, Yunus/**Tuğluca**, Murat, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 2, 2006, s. 7-24.

Koçak, Muhsin/**Dalgın**, Nihat/**Şahin**, Osman, İslâm Hukuku, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2020.

Köksal, Osman, “Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hatt-ı Hümayları”, OTAM, C. 19, S. 19, 2006, s. 283-341.

Köroğlu, Mehmet, “İslam Ceza Hukukunda Kısasın İnfazı”, Ekev Akademi Dergisi, S. 48, Y. 15, 2011, s. 227-238.

Mumcu, Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet, AÜHF Yayınları, Ankara 1969.

Mumcu, Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, 5. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara 2022.

Mutçalı, Serdar, Arapça Türkçe Sözlük, Dağarcık Yayınları, İstanbul 2015.

Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan, "Klasik Dönemi Bağlamında Osmanlı Devletinin Örfi Hukukuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2007, s. 75-131.

Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan, Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Osmanağaoğlu, Cihan, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası", İÜHFM, C. 66, S. 1, 2008, s. 109-177.

Özaşar vd. (editörler), Mehmet Emin Hadislerle İslam (7 Cilt), DİB Yayınları, Ankara 2013, <https://hadislerleislam.diyaret.gov.tr/>.

Özbek, Veli **Özer/Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Şahinalp, Hacer, "Din Hürriyeti Bağlamında Din Değiştirme Hürriyeti: İrtidat", İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Güz 2013, s. 101-125.

Turan, Ali, "1815 Numaralı Trabzon Şer'iyet Siciline Göre Hukuki Hayatta Kadın (1554-1558)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 3, 2015, s. 379-428.

Türcan, Talip ve diğerleri, İslam Hukuku El Kitabı, 9. Baskı, Grafiker Yayınları, Ankara 2020.

Türcan, Talip, "Şeriat", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 38, 2010, s. 571-574.

Üdeh, Abdulkâdir, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku-Genel Hükümler-1, Çev. Ali Şafak, C. 1, 2. Baskı, Kayhan Yayınları, İstanbul 2012.

Üdeh, Abdulkâdir, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku-Özel Hükümler-2, Çev. Ali Şafak, C. 2, 2. Baskı, Kayhan Yayınları, İstanbul 2012.

Üdeh, Abdulkâdir, et-Teşri'u'l-Cinâ'ıyyi'l-İslâmî I, Dârü'l-Kâtibü'l-Arabî, Beyrut 1431.

Uslu, Rıfat, "İslam Hukukunda Suç ve Ceza Kavramı", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 37, 2015, s. 1049-1063.

Uslu, Rifat, “İslam Hukukunda Sürgün Cezası”, Yeni Fikir Dergisi, S. 14, 2015, s. 120-131.

Üçok, Coşkun, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AHFM, C. 4, S. 1-4, 1947, s. 48-73.

Üçok, Coşkun, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 5. Bası, Sevinç Yayınları, Ankara 1972.

Üçok, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.

Yakut, Esra, “Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukuku’nda Ta’ziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, S. 2, Güz 2006, s. 25-40.

Yakut, Esra, Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Yeğin, Abdullah, Yeni Lügat, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.

Yiğit, Yaşar, “İnsanlık Onur ve Şerefine Korunması Açısından Kazf Suçu ve Cezasının Değerlendirilmesi”, Marife Dergisi, S. 1, Y. 3, 2003, s. 107-117.

Yurtseven, Yılmaz, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 265-292.

Yurtseven, Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2001.

Zeydan, Abdulkerim, İslam Hukukuna Giriş, Çev. Ali Şafak, 2. Baskı, Kayihan Yayınları, İstanbul 1985.

Zuhayli, Vehbe, İslam Ansiklopedisi Fıkhi, Çev. Ahmet Efe vd., C. VII, Risale Yayınları, İstanbul 2012.

Zuhayli, Vehbe, İslam Ansiklopedisi Fıkhi, Çev. Ahmet Efe vd., C. VIII, Risale Yayınları, İstanbul 2012.

Şer’iye Sicilleri

Adalar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, 22 Zilhicce H. 1181/M. 1768, cilt: 75, sayfa: 106, hüküm no: 114, orijinal metin no: (26b-2), <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 13.07.2024.

Bab Mahkemesi, 150 Numaralı Sicil, 22 Safer H. 1143/M. 1730, cilt: 65, sayfa: 429, hüküm no: 444, orijinal metin no: 103a-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 11.10.2024.

Bab Mahkemesi, 150 Numaralı Sicil, 7 Şa’bân H. 1143/M. 1730, cilt: 65, sayfa: 549, hüküm no: 709, orijinal metin no: 132b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 12.09.2024.

Bab Mahkemesi, 150 Numaralı Sicil, H. 1143/M. 1730, cilt: 65, sayfa: 73, hüküm no: 1, orijinal metin no: 1a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 16.10.2024.

Bab Mahkemesi, 151 Numaralı Sicil, 5 Zilhicce H. 1143/M. 1731, cilt: 66, sayfa: 296, hüküm no: 324, orijinal metin no: 74a-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 14.09.2024.

Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 23 Zilhicce H. 1152/M. 1740, cilt: 69, sayfa: 410, hüküm no: 458, orijinal metin no: (63b-4), <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 17.07.2024.

Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 23 Zilhicce H. 1152/M.1740, cilt: 69, sayfa: 410, hüküm no: 459, orijinal metin no: (63b-5), <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 20.07.2024.

Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 25 Zilhicce H. 1152/M.1740, cilt: 69, sayfa: 414, hüküm no: 466, orijinal metin no: (64a-4), <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 21.07.2024.

Bab Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, 7 Rebî'ülevvel H. 1153/M. 1740, cilt: 69, sayfa: 525, hüküm no: 705, orijinal metin no: 81a-4, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 14.09.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 15 Şa'bân H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 295, hüküm no: 337, orijinal metin no: 43b-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 9.10.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 19 Rebî'ülâhir H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 146, hüküm no: 90, orijinal metin no: 13a-4, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 20.10.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 29 Rebî'ülevvel H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 118, hüküm no: 48, orijinal metin no: 7b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 21.09.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 3 Cumâdelûlâ H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 161, hüküm no: 111, orijinal metin no: 16a-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 16.09.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, 8 Recebi'l-ferd H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 246, hüküm no: 251, orijinal metin no: 33b-4, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 20.10.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 182, hüküm no: 142, orijinal metin no: 21a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 30.09.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 210, hüküm no: 192, orijinal metin no: 26b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 30.09.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 314, hüküm no: 368, orijinal metin no: 47b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 2.10.2024.

Bab Mahkemesi, 197 Numaralı Sicil, H. 1162/M. 1749, cilt: 73, sayfa: 102, hüküm no: 24, orijinal metin no: 4a-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 10.10.2024.

Bab Mahkemesi, 397 Numaralı Sicil, 15 Zilka'de H. 1255/ M. 1839, cilt: 95, sayfa: 215, hüküm no: 286, orijinal metin no: 38a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 2.10.2024.

Bab Mahkemesi, 397 Numaralı Sicil, 25 Receb H. 1255/M. 1839, cilt: 95, sayfa: 113, hüküm no: 109, orijinal metin no: 12b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 10.10.2024.

Bab Mahkemesi, 46 Numaralı Sicil, H. 1096/M. 1685, cilt: 19, sayfa: 66, hüküm no: 6, orijinal metin no: 1a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 22.09.2024.

Eyüb Mahkemesi, 90 Numaralı Sicil, 2 Zilka'deti'ş-şerîfe H. 1090/M. 1679, cilt: 31, sayfa: 224, hüküm no: 214, orijinal metin no: 31b-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 29.07.2024.

Galata Mahkemesi, 580 Numaralı Sicil, H. 1221/M. 1806, cilt: 84, sayfa: 101, hüküm no: 50, orijinal metin no: 5a-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 29.09.2024.

Galata Mahkemesi, 580 Numaralı Sicil, H. 1221/M. 1806, cilt: 84, sayfa: 235, hüküm no: 318, orijinal metin no: 30b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 29.08.2024.

Galata Mahkemesi, 580 Numaralı Sicil, H. 1222/ M. 1808, cilt: 84, sayfa: 368, hüküm no: 586, orijinal metin no: 58a-4, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 3.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 154 Numaralı Sicil, H. 1237/M. 1822, cilt: 88, sayfa: 212, hüküm no: 85, orijinal metin no: 33b-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 172 Numaralı Sicil, H. 1258/M. 1842, cilt: 96, sayfa: 313, hüküm no: 266, orijinal metin no: 99-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 11.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 20 Numaralı Sicil, 11 Saferi'l-hayr H. 1100/M. 1689, cilt: 56, sayfa: 192, hüküm no: 216, orijinal metin no: 45a-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.09.2024.

İstanbul Mahkemesi, 24 Numaralı Sicil, H. 1139/M. 1727, cilt: 21, sayfa: 281, hüküm no: 195, orijinal metin no: 59b-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, 28 Şevvâl H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 419, hüküm no: 509, orijinal metin no: 215-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 3.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, 9 Şevvâl H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 501, hüküm no: 632, orijinal metin no: 263-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 2.09.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 438, hüküm no: 536, orijinal metin no: 226-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 29.09.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 468, hüküm no: 583, orijinal metin no: 243-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1179/M. 1765, cilt: 76, sayfa: 448, hüküm no: 553, orijinal metin no: 232-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 384, hüküm no: 456, orijinal metin no: (193-1), <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 27.07.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 208, hüküm no: 187, orijinal metin no: 88-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 17.09.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 172, hüküm no: 138, orijinal metin no: 66-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 19.09.2024.

İstanbul Mahkemesi, 25 Numaralı Sicil, H. 1180/M. 1767, cilt: 76, sayfa: 290, hüküm no: 312, orijinal metin no: 137-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 33 Numaralı Sicil, 7 Şa'bân H. 1185/M. 1770, cilt: 77, sayfa: 284, hüküm no: 249, orijinal metin no: 82a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 56 Numaralı Sicil, 5 Zilka'de H. 1202/M. 1787, cilt: 80, sayfa: 196, hüküm no: 206, orijinal metin no: 54a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 27.09.2024.

İstanbul Mahkemesi, 56 Numaralı Sicil, 6 Zilka'de H. 1202/M. 1786, cilt: 80, sayfa: 196, hüküm no: 205, orijinal metin no: 53b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 19.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 78 Numaralı Sicil, 12 Şevvâl H. 1216/M. 1801, cilt: 82, sayfa: 111, hüküm no: 67, orijinal metin no: 9b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 24.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 94 Numaralı Sicil, H. 1223/M. 1809, cilt: 85, sayfa: 72, hüküm no: 7, orijinal metin no: 1a-7, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 16.10.2024.

İstanbul Mahkemesi, 94 Numaralı Sicil, H. 1223/M. 1809, cilt: 85, sayfa: 72, hüküm no: 8, orijinal metin no: 1a-8, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 16.10.2024.

Rumeli Sadâreti Mahkemesi, 127 Numaralı Sicil, H. 1091/M. 1680, cilt: 55, sayfa: 215, hüküm no: 189, orijinal metin no: 47b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 18.09.2024.

Rumeli Sadâreti Mahkemesi, 272 Numaralı Sicil, 27 Zilka'de H. 1171/M. 1758, cilt: 74, sayfa: 316, hüküm no: 376, orijinal metin no: 75a-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 11.10.2024.

Üsküdar Mahallesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1206/M. 1792, cilt: 81, sayfa: 810, hüküm no: 1353, orijinal metin no: 112b-4, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 12.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 919/M. 1513, cilt: 1, sayfa: 328, hüküm no: 569, orijinal metin no: 91b-5, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 14.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 919/M. 1513, cilt: 1, sayfa: 342, hüküm no: 609, orijinal metin no: 95b-5, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 17.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 920/M. 1514, cilt: 1, sayfa: 120, hüküm no: 49, orijinal metin no: 8b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 920/M. 1514, cilt: 1, sayfa: 130, hüküm no: 71, orijinal metin no: 14a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 920/M. 1514, cilt: 1, sayfa: 188, hüküm no: 233, orijinal metin no: 43b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 27.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, H. 924/M. 1518, cilt: 1, sayfa: 334, hüküm no: 586, orijinal metin no: 93b-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 924/M. 1518, cilt: 2, sayfa: 89, hüküm no: 61, orijinal metin no: 8a-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 26.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 925/M. 1519, cilt: 2, sayfa: 134, hüküm no: 194, orijinal metin no: (22a-2), <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 15.07.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 925/M. 1519, cilt: 2, sayfa: 127, hüküm no: 176, orijinal metin no: 19b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 27.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 925/M. 1519, cilt: 2, sayfa: 167, hüküm no: 293, orijinal metin no: 32b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 926/M. 1520, cilt: 2, sayfa: 246, hüküm no: 476, orijinal metin no: 56b-3, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 27.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, H. 926/M. 1520, cilt: 2, sayfa: 314, hüküm no: 611, orijinal metin no: 79a-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 27.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 15 Recebi'l-ferd H. 1155/ M. 1742, cilt: 70, sayfa: 237, hüküm no: 417, orijinal metin no: 67b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 6.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 20 Rebî'ülevvel H. 1155/M. 1742, cilt: 70, sayfa: 180, hüküm no: 290, orijinal metin no: 49b-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 26.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 24 Şa'bân H. 1154/M. 1740, cilt: 70, sayfa: 115, hüküm no: 148, orijinal metin no: 25a-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 24.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 25 Rebî'ülevvel H. 1155/M. 1742, cilt: 70, sayfa: 181, hüküm no: 294, orijinal metin no: 50a-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 7.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 27 Rebî'ülâhir H. 1155/ M. 1742, cilt: 70, sayfa: 196, hüküm no: 329, orijinal metin no: 55a-1, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 5.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 403 Numaralı Sicil, 29 Rebî'ülevvel H. 1155/M. 1742, cilt: 70, sayfa: 182, hüküm no: 296, orijinal metin no: 50a-4, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 22.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 5 Numaralı Sicil, H. 931/M. 1525, cilt: 3, sayfa: 106, hüküm no: 171, orijinal metin no: 18a-4, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 25.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, 10 Şevvâl H. 1206/M. 1792, cilt: 81, sayfa: 751, hüküm no: 1243, orijinal metin no: 102a-4, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 8.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1204/M. 1790, cilt: 81, sayfa: 233, hüküm no: 213, orijinal metin no: 19a-7, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 30.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1204/M. 1790, cilt: 81, sayfa: 129, hüküm no: 13, orijinal metin no: 2b-2, <http://www.kadisticilleri.org>, E.T. 1.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1206/M. 1792, cilt: 81, sayfa: 735, hüküm no: 1212, orijinal metin no: 99b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 7.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1207/M. 1793, cilt: 81, sayfa: 870, hüküm no: 1472, orijinal metin no: 123a-1, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 28.07.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 531 Numaralı Sicil, H. 1207/M. 1793, cilt: 81, sayfa: 878, hüküm no: 1488, orijinal metin no: 124b-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 9.10.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 9 Numaralı Sicil, H. 940/M. 1534, cilt: 4, sayfa: 375, hüküm no: 936, orijinal metin no: 118a-3, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 22.09.2024.

Üsküdar Mahkemesi, 9 Numaralı Sicil, H. 942/M. 1536, cilt: 4, sayfa: 305, hüküm no: 750, orijinal metin no: 91b-2, <http://www.kadisicilleri.org>, E.T. 28.10.2024.

Özel Hukuk / Private Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**İslam ve Türk İcra Hukukunda Borçlunun Hâline
Münasip Evinin Haczedilmezliği**

The Exemption of the Debtor's Reasonably Suitable
Residence from Seizure under Islamic and Turkish
Enforcement Law

  Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY*

  Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA**

 10.60002/ebyuhfd.1602811

ÖZ

İslam ve Türk İcra Hukukunda, borçlarını rızası ile ödemeyen borçlulara karşı, alacaklıların haklarını korumak maksadı ile alacakların devlet kuvveti ile nasıl tahsil edileceği usulü tespit edilmiştir.

Hukuk sistemlerinde sosyal düşüncelerle, özellikle borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını devam ettirmesi, tamamen topluma muhtaç hâle

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 17.12.2024 | **Kabul/Accepted:** 03.02.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiş-tir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: İbrahim Özbay/Hüseyin Karayaka, “İslam ve Türk İcra Hukukunda Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (281-317).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

gelip toplumsal dengenin bozulmaması için, borçlunun bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceğini veya kısmen haczedilemeyeceğini kabul etmiştir.

İslam İcra Hukukunda, borçlunun hâline münasip evinin haczedilip haczedilemeyeceği hususunda İslam hukukçuları arasında, borçlunun hâline münasip haczedilebileceği ve haczedilemeyeceği yönünde iki görüş bulunmakla birlikte, hâkim görüşün borçlunun hâline münasip evinin haczedilemeyeceği yönünde olduğu söylenebilir. Kaldı ki borçlunun haline münasip (oturduğu) evine haciz konulamayacağı Mecelle m. 999'da açıkça hükme bağlanmıştır. Hâlbuki Türk İcra Hukukunda bu konuda tereddüt bulunmamaktadır. Zira “*Haczi caiz olmayan mallar ve haklar*” başlığını taşıyan İcra ve İflas Kanunu m. 82’de, “*Borçlunun hâline münasip evinin haczedilemeyeceği*” açıkça öngörülmüştür.

Buna karşılık konuyla ilgili olarak İslam ve Türk İcra Hukuku arasında esaslı bir fark bulunmadığı, Türk Hukuku bakımından yapılan tartışmaların gerek mezhep imamları gerekse diğer İslam hukukçularınca da yapıldığı, hatta birçok hususta benzer çözümler getirdikleri görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam İcra Hukuku, Türk İcra Hukuku, Haciz, Borçlunun hale münasip evinin haczi, Şikayet.

ABSTRACT

In Islamic and Turkish Enforcement Law, a procedure has been established for the collection of debts through state power in order to protect the rights of creditors against debtors who do not pay their debts voluntarily.

In legal systems, with social considerations, especially to ensure the survival of the debtor and their family, and to prevent them from becoming completely dependent on society, which would disrupt the social balance, certain properties and rights of the debtor are either exempt from or partially exempt from being seized.

In Islamic Enforcement Law, there are two opinions among Islamic jurists regarding whether the debtor’s house, suitable for their condition, can be seized. One opinion suggests that it can be seized, while the prevailing opinion holds that the debtor’s house, suitable for their condition, should not be seized. This is explicitly stated in Article 999 of the Mecelle. On the other hand, in Turkish Enforcement Law, there is no ambiguity on this matter. Article 82 of the Enforcement and Bankruptcy Code clearly stipulates that “the debtor’s house, suitable for their condition, cannot be seized.”

On the other hand, it is seen that there is no fundamental difference between Islamic and Turkish Enforcement Law regarding the subject, , the discussions in terms of Turkish Law are made by both sect imams and other Islamic jurists, and they even bring similar solutions on many issues.

Keywords: Islamic Enforcement Law, Turkish Enforcement Law, Attachment, The non-seizability of the debtor’s house suitable for their condition, Complaint.

GİRİŞ

Hukuk kuralları ile toplum hayatını düzenleyen diğer kurallar arasında kesin bir sınır çizmek mümkün değildir. Bunlar çoğunlukla iç içe bulunurlar. Zira hukuk kurallarının çoğu aynı zamanda ya din kuralıdır ya da ahlâk kuralıdır¹. Borçların ödenmesi gerekliliği de sosyal düzen kuralları içinde gerek din gerek ahlâk ve gerekse hukuk kurallarının bir gereğidir. Zira sosyal hayatta kişilerin gerek birbirleriyle gerek toplumla olan ilişkilerinin düzen ve karşılıklı güven havası içinde gelişmesini herkes arzular. Aksi hâlde sosyal hayat bizim için özlenen hayat olmaktan çıkar, her birimiz tedirgin oluruz². İşte borçların vadesinde ödenmesi, alacaklıya karşı dürüst davranılması ve borcun geciktirilmemesi gibi davranışlar, din, ahlâk ve hukuk kurallarının ortak bir kesişme alanını oluşturmaktadır³.

Gerek İslam hukukunda gerekse Türk icra hukukunda borç ilişkileri ister kanun ister haksız fiil isterse akitler sebebiyle kurulmuş olsun tarafların ortak menfaatleri dikkate alınarak yapılandırılmıştır. Taraflardan birinin lehine aşırı iyileştirmeler diğer tarafın aleyhine olacağı için bu tip uygulamalar doğru bulunmamıştır. Yine borç ilişkilerinde asıl olan iyi niyetli olmaktır. Bu ilke gereğince tarafların, sorumluluklarını zamanında ve usulüne uygun bir şekilde kendi rızaları ile yerine getirmeleri gerekir. Aksi halde hukukun cebri uygulamaları devreye girerek mağdur olan tarafın hukuku korunur.

Sosyal ve ticari hayatta genellikle borçlar ihtiyari olarak ifa olunur. İslam borçlar hukukunda borçluların borçlarını herhangi bir cebri işlem ile karşılaşmadan rızaları ile ifa etmeleri, hukuka riayet edilmesi ve akitlere uyulması hakkındaki genel kabulün bir sonucudur⁴. Aynı sonuç elbette

-
- 1 Halil **Kalabalık**/Murat **Erdem**, Temel Hukuk Bilgisi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 41. Din kuralları ile hukuk kuralları arasındaki temel farklılıklar için bkz. Kemal **Gözler**, Hukuka Giriş, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2024, s. 47- 51.
 - 2 Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Medeni Hukuk, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s. 5- 6.
 - 3 Adem **Dölek**/İbrahim **Özbay**, “Hadis Metinlerinde ve Türk Hukuk Mevzuatında Borçların Ödenmemesinin Sonuçları”, Yargıtay Dergisi, C. 46, S. 1, 2020, s. 17.
 - 4 el-Mâide 5/1; el-İsrâ 17/34. İslam borçlar hukukunda borçluların ödenmemesi ve sonuçları ile ilgili geniş bilgi için bkz. Fahrettin **Atar**, İslâm İcra ve İflâs Hukuku, İFAV, İstanbul 1990; Ayhan **Ak**, İslâm Borçlar Hukuku, 1. Baskı, Üniversite Yayınları, Samsun 2018; Fatih **Turay**, Finansal Açıdan İslâm Borçlar Hukuku (İslami Finans Teorisi), 1. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2019; Nuri **Kahveci**, Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku (Şirketler İläveli), Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2017. İslam hukukunda iflas için ayrıca bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/iflas> (E.T. 12. 12. 2024).

Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Ancak her toplumda borcunu veya mahkeme kararıyla mahkûm olduğu bir edimi yerine getirmeyen borçlular bulunur ve bu durumda alacaklılar devlet gücünün yardımını isteme hakkına sahiptir. İşte bu hukuk dalı icra ve iflas hukuku (cebri icra hukuku= takip hukuku) diye isimlendirilmektedir⁵. Bir başka deyişle icra ve iflas hukuku (cebri icra hukuku= takip hukuku) maddi hukuktan kaynaklanan taleplerin devlet kuvveti yardımı ile fiilen gerçekleştirilmesine hizmet eden faaliyet olarak tanımlanabilir⁶.

Şu halde gerek İslam gerekse Türk İcra Hukukunda, borçlarını rızası ile ödemeyen borçlulara karşı, alacaklıların haklarını korumak maksadı ile alacakların devlet kuvveti ile nasıl tahsil edileceği usulü tespit edilmiştir. Şöyle ki:

(i) Öncelikle belirtmek gerekir ki, İslam Hukukundaki usule göre, borcunu rızası ile ödemeyen borçlunun alacaklısına, mahkemeye müracaat etmek suretiyle hakkını hukuki yoldan elde etme imkânı verilmiştir. İslam hukuk tarihinde Hz. Peygamber (s.a.s.)’den başlamak üzere halifeler, onların tayin ettikleri kadılar ve icra-iflas işleriyle görevli memurlar alacak davalarına ve haczi kapsayan icra-iflas işlerine bakmışlardır⁷. Borcunu ödemeyen veya iflas eden borçlulara borçlarını ifa etmeleri için çeşitli cebri işlemlerde bulunmuşlardır. Gerektiğinde onların mallarına el koymuşlar, bu malları satmışlar ve satış bedelinden alacaklılara alacaklarını ödemişlerdir⁸.

Türk icra (ve iflas) hukukunda da borcunu rızası ile ödemeyen borçlunun alacaklısına, gerek cüzi icra (icra hukuku) gerekse külli icra (iflas hukuku) yollarıyla alacakların tahsili imkânı verilmiştir⁹. Nitekim İcra ve

5 Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**/Sema **Taşpınar Ayvaz**/Emel **Hanağası**, İcra ve İflas Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 41-42; Baki **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Legal, Ankara 2017, s. 18.

6 L. Şanal **Görgün**/Levent **Börü**/Mehmet **Kodakoğlu**, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 1; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Sungurtekin Özkan**/Muhammet **Özekes**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, Oniki Levha Yay., İstanbul 2023, s. 4.

7 Alaeddin Ebû Bekr b. Mes’ud **Kâsânî**, Bedâ’i’u’s-şanâ’i’ fî tertîbi’s-şerâ’i’, C. 7, Daru’l-Kutübü’l-İlmiyye, ts., s. 169-175.

8 Ebû Abdullah Muhammed b. Ali **Şevkânî**, es-Seylû’l-cerrari’l-mütedaffik ala hadaiki’l-ezhar, Daru İbn Hazm, ts., s. 801-808; **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 25.

9 Söz konusu takip yolları hakkında bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 4 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 7 vd.

İflas Kanununda (İİK)¹⁰, konusu para ve teminat olan alacaklar bakımından, alacaklıya, mahkeme ilâmına (veya ilâm niteliğinde belgeye) gerek olmaksızın ilâmsız icra takibi yapabilmesi imkânı tanınmış; bunun yanında, konusu para ve teminat olan alacaklar dışındaki alacaklar bakımından alacaklının mutlaka bir ilâma dayanmasının âdeta bir ön şart teşkil ettiği ilâmlı icra takibi (İİK m. 24-41) yolu öngörülmüştür. Para alacakları dışındaki hak ve alacaklarda, cebri icra, borçluya karşı ancak icranın konusu olan şey üzerinde gerçekleştirilir¹¹. Şayet alacaklının elinde bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge varsa, her türlü alacak için ilâmlı icra yoluna başvurabilir. İlâmlı icrayı, ilâmsız icradan ayıran en önemli özellik, ilâmsız icranın sadece para ve teminat alacaklarında söz konusu olabilmesine karşılık, ilâmlı icraya her türlü alacak için başvurulabilmesidir. Şu hâlde para ve teminat alacakları dışındaki bir alacak için gidilebilecek tek yol, ilâmlı icradır. Para ve teminat alacakları için ise, her iki takip yoluna da başvurulabilir. Kısaca belirtmek gerekirse, elinde ilâm veya ilâm niteliğinde bir belge olan alacaklı, her türlü alacağı için ilâmlı icra takibi yapabilecektir. Yargıtay'ın 26.05.2017 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararına göre, para alacaklarına ilişkin olarak ilâmsız takip yapılabilmesine önemli bir istisna getirmiş; zira elinde ilâm bulunan kimse- nin, ilâmsız takip yapmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir¹².

10 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (RG. 19.06.1932/2128).

11 Muhammet **Özekes**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s. 93.

12 Bu İBHKG Kararı öncesinde Yargıtay kararlarında bu konuda görüş birliği bulunmamaktaydı. 26.05.2017 tarih ve 2017/2 E., ve 2017/3 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, bu tartışmalara son noktayı koymuştur. Karar için bkz. RG. 21.07.2017, S. 30130. Söz konusu YİBHKG kararı öncesi de doktrinde bu içtihatları destekleyen görüşlerin olduğu görülmektedir. Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatları hakkında doktrinde ileri sürülen çeşitli görüşler çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. Mine **Akkan Pekcanitez**, Usûl Hukuku, 15. Baskı, Oniki Levha Yay., İstanbul 2017, § 3. II. B-7, c; Sema **Taşpınar Ayvaz**, "Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar" (Tüketici Hukuku Konferansı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 283-306), s. 303; Kudret **Aslan/Leyla Akyol Aslan**, "İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlâmsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?" (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 195-251); Özgür **Karadağ**, Tüketici Hakem Heyetlerinin Görevi Kapsamında Kalan Alacaklar Bakımından İlâmsız Takip Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu, YD, 2016/4, s. 783-806; Mustafa Serdar **Özbek**, "Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlâmsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlihi", MİHDER, S. 2, s. 39-68); Ejder **Yılmaz**/Mehmet Ertan **Yardım**, Tüketici Hakem Heyeti (Milli Şerh, 6502

(ii) İslâm İcra Hukukunda malı bulunan borçlu ile malı bulunmayan borçlu hakkında uygulanacak cebri icra tedbirleri farklıdır. İslâm hukukçularının, bu konuda ileri sürdükleri görüşleri özetlemek gerekirse, ilk olarak cebri icranın borçlunun sadece mal varlığı ile sınırlı olması¹³, ikincisi cebri icranın borçlunun şahsına yönelik olmasıdır. Bu iki görüş dışında, çoğunluğun kabul ettiği üçüncü görüşe göre ise cebri icra, borçlunun hem mal varlığı ve hem de şahsına yöneliktir. Bu çoğunluk görüş çerçevesinde cebri icra tedbirlerinin, haciz, hapis, hacir ve seyahatten men olduğu söylenebilir. Haciz ve hacir mala yönelik iken, hapis ve seyahatten men şahsa yöneliktir¹⁴. Hiçbir malı olmayan borçlulara (mu'sir, yoksul) gelince, onlara: *“Eğer eli darda olan birisi borçlu ise eli genişleyene kadar beklemek gerekir. Şu da var ki, bağışlamanız, eğer bilerseniz sizin için daha hayırlıdır”*¹⁵ ayeti gereğince herhangi bir cebri icra tedbiri uygulanmaz, onlara mühlet verilir, böylece onlardan borçlarını ödeyecek mal kazanmaları beklenir¹⁶. Ayrıca şu hususa vurgu yapmak gerekir ki, cebri icra tedbirleri konusunda *“Ödeme gücü bulunan bir kimsenin borcunu ödemeyip geciktirmesi zulüm ve haksızlıktır, bu davranış onun kınanmasını ve cezalandırılmasını gerektirir”*¹⁷ hadisi İslam hukukçuları bakımından hareket noktası olmuştur. Zira Maliki, Şafii ve Zahirî mezhepleri¹⁸, Hz. Peygamber'in (s.a.s) uygulamasını göz önünde bulundurarak, cebri icra tedbirleri arasında, hacze öncelik tanımışlar, hapis müessesesini ikinci derecede ve zaruret halinde kabul etmişlerdir. Hanefî ve Hanbelî mezhepleri ise, yine Hz. Peygamber'in (s.a.s) yukarıda belirtilen hadisinin *“cezalandırılmasını ge-*

Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 1130-1132. Buna karşılık Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararının ilâm niteliğindeki belgeleri kapsamaması gerektiği yönünde bkz. Murat **Atar**/İbrahim **Ermenek**/Ersin **Erdoğan**, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 430.

13 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, ts., m. 98-99.

14 **Atar**, İslâm İcra ve İflas Hukuku, s. 37-39.

15 el-Bakara 2/280.

16 **Atar**, İslâm İcra ve İflas Hukuku, s. 41; **Kâsânî**, C. 7, s. 173.

17 Ebu Abdullah Muhammed b. İsmâil **Buhârî**, Sahih-i Buhârî, Sultaniyye Matbatu'l Kubra el-Emiriyye, Bulak 1311, “İstikrâz”, 13.

18 Zahirî mezhebi ya da Zâhiriyye, bir İslâm fıkhı (İslâm hukuku) mezhebidir. İslâmî hükümleri Kur'ân ve sünnetin zâhirî (açık, görünen) manasına bakarak elde ederler. Zâhirî mezhebinin kurucusunun Dâvûd ez-Zâhirî olduğu kabul edilse de, mezhebin en büyük ve ünlü âlimi İbn Hazm'dır. Bkz. H. Yunus **Apaydın**, <https://islamansiklopedisi.org.tr/zahiriyye>; E.T. 3. 12. 2024.

rektirir” lafzına dayanarak, hapis müessesesine öncelik vermişler ve bundan bir sonuç alınamazsa o takdirde haciz müessesesini kabul etmişlerdir¹⁹. Dolayısıyla bu konuda farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir.

Buna karşılık Türk İcra (ve iflas) hukukunda Anayasa’da (AY m. 38, VII) yer alan “*hiç kimse bir sözleşmenin ihlâlinden dolayı hapis cezası ile cezalandırılmaz*” ilkesinin kabul edilmesiyle, bir borcun ödenmemiş veya bir sözleşmenin ihlâl edilmiş olmasından kaynaklanan hapis cezalarına ilişkin düzenlemelerin büyük ölçüde ayıklandığı, bununla birlikte bugün dahi Türk icra (ve iflâs) hukukunda cebri icra sisteminin işlerliğini sağlamaya yönelik disiplin hapsi ve hapis cezaları gibi bazı yaptırımların varlıklarını devam ettirdiği görülmektedir²⁰.

(iii) Ayrıca Türk icra (ve iflas) hukukunda borçlunun borcundan dolayı kural olarak tüm malvarlığı ile sorumlu olmasına rağmen, borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını devam ettirebilmesi için insani birtakım düşüncelerle²¹ borçlunun bazı mallarının hacizden muaf tutulduğu bilinmektedir. Borçlunun “hâline münasip evi” de bu kapsamda İcra ve İflas Kanununda açıkça düzenlenen (İİK m. 82, f.1, b. 12) hacizden muaf tutulan mallarından biridir. Buna karşılık İslam icra hukukunda bu konuda farklı görüşlerin bulunduğu aşağıda yer verilecektir. İşte bu çalışmada borçlunun hâline münasip evinin haczi meselesi, İslam ve Türk icra hukuku bakımından ele alınacaktır. Ancak çalışmada öncelikle İslam ve Türk icra hukuku bakımından haciz kavramı üzerinde kısaca durulacak; daha sonra ise asıl konumuz olan “borçlunun hâline münasip evinin haczi” konusu ele alınacaktır.

19 Kâsânî, C. 7, s. 169-175; Muhammed b. Ali Şevkânî, Neylû'l-evtar şerhi Münteka'l-ahbar, C. 5, Daru'l-Hadis, Mısır 1993, s. 292; Atar, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 44.

20 Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 8. İcra ve iflas suçları hakkında geniş bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 607 vd.; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 757 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 744 vd.

21 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Evrim Dağıtım, İstanbul 2013, s. 437-438; Bilge Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 8, dn. 20. Konuya ilişkin geniş açıklama ve görüşler için bkz. Ferhat Çelik, Haczedilmezlik Kavramı ve Özel Kanunlarda Düzenlenen Haczedilmezlik Hâlleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 37 vd.

I. İSLAM VE TÜRK İCRA HUKUKUNDA HACİZ KAVRAMI

A. İslam İcra Hukukunda Haciz

İslam icra hukukunda cebrî icranın önde gelen tedbir ve müeyyidelelerinden biri olan haciz; Arapça “*hacz*” kökünden gelmekte olup, “menetmek, iki şeyin arasını ayırmak, bölmek” anlamına gelir²². Ayrıca bir söz-lükte haciz “alacağa karşılık birinin malını veya parasını zapt etme mua-melesi” olarak tanımlanmıştır²³.

Haciz kavramı İslam hukuk literatüründe “*Para borcunu ödemeyen kimsenin borcuna tekabül edecek kıymetteki bir malına, onu borcu öde-meye zorlama veya malı cebrî icra yoluyla satıp borcun ödenmesini sağ-lama amacıyla alacaklı lehine hukuken el konulması*” şeklinde tanımlan-mıştır²⁴. Bu konuda yapılan basit diğer bir tanım ise “borçlunun hacri ve malının satılması” şeklindedir²⁵. Bu tanımlarda vurgulandığı üzere İslam icra hukuku bakımından haczi kısaca “alacaklının alacağını tahsil etmesi için borçlunun malvarlığına devletin görevli organları tarafından (hakim kararı ile) hukuken el konulması” olarak tanımlamak mümkündür. Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki, burada İslam hukukuna göre hacizde borç-lunun malına hâkim kararı ile el konulduğu²⁶ unutulmamalıdır. Bu nedenle esasen İslam icra hukukunda haczin tanımında “hâkim kararı ile el konul-ması” unsuru oldukça önemlidir.

Haciz ve türevleri Kur’an-ı Kerim’de ve hadislerde yalnız sözlük an-lamında kullanılmış²⁷, klasik fıkıh kitaplarında ise bu kavram yer alma-makla birlikte hukukçuların çoğunluğu tarafından ihtiva ettiği anlam hacir ve iflas bölümlerinde “borçlunun hacri ve malının satılması” konusu ola-

22 Ebü’l-Fazl Cemâleddin Muhammed b. Mükerrrem **İbn Manzûr**, Lisânü’l-Arab, C. 5, Daru Sadır, Beyrut 1414, s. 331. Ayrıca bkz. Ferit **Devellioğlu**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 31. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2015, s. 352; Bilge **Umar**, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 10, dn. 27; **Çelik**, s. 34.

23 **Devellioğlu**, s. 352.

24 Fahreddin **Atar**, “Haciz”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 14, TDV Yayınları, İstanbul 1996, s. 518.

25 Mehmet **Erdoğan**, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 166.

26 Cengiz **Yağcı**, “Haciz, Hacz”, <https://sorularlaislamiyet.com/kaynak/haciz-hacz> (E.T. 10.09.2021)].

27 en- Neml 27/61; el-Hâkka 69/47; Arent **Jean Wensinck**, el-Mu’cemü’l-müfehres li-elfâzi’l-hadis’in-nebevi, Daru’d-davet, İstanbul 1988), “hacz” maddesi; Fahrettin **Atar**, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, MÜ. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2019, s. 317.

rac ele alınıp işlenmiştir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre borçlunun genel olarak mallarına haciz uygulanarak satılmasının caiz olduğu söylenebilir²⁸. Ayrıca şu hususu vurgulamak gerekir ki, İslam Hukukunda haciz ile ilgili olarak yer alan doktrindeki görüş ve tartışmalar, Kur'an ve Sünnet'te bu hususta açık ifade ve hükümler bulunmadığından genelde tarihi süreç içinde İslam toplumlarında ortaya çıkan ihtiyaçları, mahkemelerce benimsenen çeşitli çözüm yollarını ve uygulama örneklerini yansıtmaktadır²⁹.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kendi rızasıyla borcunu ifa etmeyen kimsenin malları haczedilir ve icra yoluyla satılarak borç ifa edilir. Ebu Hanife ise nakit para dışındaki malların cebri icra ile satışını değil borçlunun hapsedilerek satışa icbar edilmesini (zorlanmasını) ve malların bizzat kendisi tarafından satılmasını uygun görmektedir. Ancak bu görüş diğer fakihler tarafından benimsenmemiştir³⁰.

İslam icra hukukunda haczin konusu, borçlunun haczedilebilir menkul ve gayrimenkul tüm mal ve haklarıdır³¹. Daha isabetli bir ifadeyle, borçlunun asli ihtiyaçları (havaic-i asliyye) dışındaki menkul ve gayrimenkul bütün malları kural olarak hacze konu olabilir³².

Mecelle'deki düzenlemeye göre, borçlunun önce nukûd/paraları, bu yetmez ise urûz/menkul malları bu da yetmez ise akar/gayrimenkul malları haczedilir³³. Yukarıda da belirtildiği gibi, İslam hukukçularının genel kabulüne göre kişinin asli ihtiyaçları için gerekli olan mallar hacizden muaftır. Çünkü haciz, borçlunun ve bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinin fakirleşmesine yol açmamalıdır. Bunu tayin ederken adalet gereği hem borçlunun hem de alacaklının hakları dikkate alınarak hareket edilmelidir. Ne borçlu ve ailesi mağdur olacak şekilde haczedilecek malların alanı genişletilmeli, ne de alacaklı mağdur olacak şekilde daraltılmalıdır. Bu noktada nelerin asli ihtiyaç maddesi olup olmadığı, dolayısıyla nelerin hacizden muaf olan mallar olduğu noktasında İslam hukukçuları aynı kanaate

28 Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed **Serahsî**, el-Mebsût, Daru'l Marife, C. 24, Beyrut 1431, s. 164; Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr **Merginânî**, el-Hidâye, ed. Talal Yusuf, C. 3, Daru İhyai't Tûrasi'l Arabî, Beyrut ts., s. 282; Muhammed b. İsmail **Emir**, Sübûlü's-selam şerhi Bulûğü'l-meram, C. 2, Daru'l-Hadis, Kahire 1997, s. 74-80; **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 155-156.

29 **Atar**, İslam Yargılama Hukuku, s. 317.

30 Mehmet Akif **Aydın**, "Borç", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 6, TDV Yayınları, İstanbul 1992, s. 288.

31 **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 163-168.

32 **Atar**, Haciz, s. 519.

33 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, m. 998.

sahip değillerdir. Ayrıca temel ihtiyaç maddeleri zamana, mekâna ve şartlara göre değişiklik arz eden bir durumdur. İslam hukukunda haczedilip haczedilemeyeceği tartışma konusu olan mallar; ev, evin eşyası, elbise, sanat ve meslek aletleri, kişinin geçimini sağladığı diğer araç-gereçleri, binek ve yük vasıtaları ile bir aylık (diğer bir görüşe göre bir yıllık) nafaka gibi şeylerdir³⁴.

B. Türk İcra Hukukunda Haciz

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukukumuzda haciz ile ilgili çok geniş bir literatür mevcuttur. Bu nedenle bu başlık altında “haciz kavramı” üzerinde çok kısa bir şekilde durulacaktır.

Türk icra hukuku bakımından haciz ile ilgili olarak birçok tanım yapılmış olup³⁵, özetle haczi, “kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan para alacağının ödenmesini sağlamak için talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra dairesi tarafından hukuken el konulması” şeklinde tanımlamak isabetli olacaktır³⁶.

Türk icra hukukunda haczin konusu, borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı haklarıdır³⁷. Buna karşılık, hukukumuzda haciz aşamasına kadar gelmiş ve konusu para alacağı olan bir takip bakımından, alacaklının kural olarak bizzat haczedilen mal veya haklarla değil, bunların satışı neticesinde elde edilen parayla tatmin edileceğini de unutmamak gerekir³⁸.

Türk icra hukukunda haczin konusu, borçlunun paraya çevrilebilir mal varlığı değerleri olsa da bunların tümünün haczedilip satılması suretiyle, alacaklının tatmin edilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle borçlunun bazı mal varlığı değerleri, çeşitli düşüncelerle haczin dışında tutulmuştur. Bu konuya aşağıda özellikle borçlunun haline münasip evinin haczi bakımından değinilecektir.

34 **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 169-170.

35 Hukukumuzdaki hacze ilişkin çeşitli tanımlar çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Geniş bilgi ve açıklama için bkz. **Çelik**, s. 34 ve orada anılan yazarlar.

36 **Kuru**, El Kitabı, s. 410; Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku. C. 1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988, s. 616; **Çelik**, s. 34.

37 Kudret **Aslan**, “Hacizde Sıra (Tertip)”, AÜHFD, C. 54, S. 2, 2005, s. 283; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 309; **Çelik**, s. 34.

38 İbrahim **Aşık/Yakup Oruç/Ozan Tok/Ömer Faruk Saçar**, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 150; **Aslan**, s. 272; **Çelik**, s. 35; Timuçin **Muşul**, Haciz ve Hacze İştirak, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 33; **Özekes**, Temel Haklar ve İlkeler, s. 96; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 32.

II. BORÇLUNUN HÂLINE MÜNASİP EVİNİN HACZEDİLMEZLİĞİ

A. İslam İcra Hukukunda Borçlunun Hale Münasip Evinin Haczedilmezliği

1. Genel Olarak

Borçlunun hale münasip evinin haczedilip haczedilemeyeceği hususunda İslam hukukçuları arasında iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bir grup hukukçu evin haczedilebileceğini söylerken, diğer bir grup ise haczedilemeyeceğini ifade etmektedir.

2. Hâle Münasip Evin Haczedilip Haczedilemeyeceği Konusunda İslam Hukukçularının Görüşleri

a. Borçlunun Oturduğu Hâline Münasip Evinin Haczedilemeyeceğini Kabul Eden Görüşler

Borçlunun oturduğu (hâle münasip) evinin haczedilemeyeceğini kabul edenlerin başında Hanbeli mezhebi hukukçuları gelmektedir. Ancak, bu hukukçulara göre borçlunun iki evi varsa, bunlardan birine haciz konulup satılır ve alacaklılara olan borç ödenir. Çünkü birden fazla ev kişinin asli ihtiyacından fazla olan bir durumdur. Nitekim bu konuda Hanbelilerin görüşlerini ifade eden İbn Kudâme şu açıklamayı yapmıştır:

“Yine kişinin oturduğu evi kendi durumuna göre geniş ve lüks bir ev ise bu da satılır, kendi haline münasip bir ev satın alınır arta kalan para alacaklılara verilir. Tıpkı kendi konumuna uygun olmayan pahalı bir elbisenin satılıp da kendi durumuna uygun bir elbise alınması meselesinde olduğu gibi. Eğer borçlu olan kişinin oturduğu ev alacaklılara aitse o takdirde alacaklılar kendilerine ait olan o evi de alma hakkına sahiptirler. Hz. Peygamber’in (s.a.s) *“Her kim iflas etmiş birisinin yanında kendisine ait bir malını bulursa onu almaya başkalarına göre öncelik hakkı vardır”*³⁹ hadisine göre alacaklı, müflis borçlunun elinde bulduğu kendi malını alma hakkına sahiptir. Çünkü o kişinin hakkı malın kendisine taalluk etmiştir. Bunların mallarının aynını almalarını engellemek hile kapısını açar. Şöyle ki malı olmayan kişi gelir temel ihtiyacı olan zimmetindeki giydiği elbiseyi, oturduğu evi, hizmetçiyi, bindiği bineği, kendisi ve ailesi için olan yiyeceği alır gerçek mal sahibinin o malı almasına engel olur. Buna da

39 Buhârî, Sahîh-i Buhârî, “İstikrâz”, 14, (Hadis no. 2402).

ihtiyacını gerekçe gösterir, böylece gerçek mal sahiplerinin malları/hakları zayi olur.”⁴⁰

Hanefiler de Hanbeliler gibi borçlunun oturduğu (hale münasip) evine haciz uygulanmayacağını kabul etmektedirler. Mezhebin kurucu imamı Ebu Hanife'nin temel yaklaşımına göre borçlunun hiçbir malına haciz konulup satılması caiz değildir. Ancak O, borcun para cinsinden olması halinde istisnai olarak haczi kabul etmektedir. Mesela alacak dinar/altın para olup borçlunun da dinar veya dirhemi/gümüş parası varsa bu takdirde o paralar haczedilebilir. Fakat para dışındaki diğer menkul ve gayrimenkul mallar haczedilemez. Bu yaklaşıma göre borçlunun oturduğu ev zaten haczedilemez⁴¹. Ancak genel olarak haczi kabul eden İmameyn'in⁴² görüşünün kabul edildiği bu mezhebe göre de borçlunun oturduğu evi kendi durumundaki insanlara göre daha iyi bir ev ise, o satılır ve onun parasıyla borçlunun haline münasip bir ev satın alınır, arta kalan para alacaklılara dağıtılır. Yani borçlunun haline münasip evine haciz uygulanamaz. Fakat Hanefilerde satılan evin parasının tamamının alacaklılara dağıtılarak borçlunun kirada oturmasını istemek doğru kabul edilmemektedir⁴³.

Borçlunun birden fazla evi varsa bunlardan sadece birinin borçluya oturmak üzere bırakılıp diğerlerinin satılarak parasının alacaklılara verileceğini Mecelle'nin 999. maddesinin açıklamasında Ali Haydar Efendi şu şekilde ifade etmiştir:

“(Ve) *filhâl kendisine lâzım olmayan cemî' (emvâlini) hâkim yahut emîni (satıp esmânını beyne'l-guremâ taksîm eyler.) Şöyle ki ... Nitekim*

40 Abdullah b. Ahmed, **İbn Kudâme**, el-Muğnî, ed. Abdullah et-Türkî, C. 6, Dâru Alemlî'l Kütüp, Riyad 1997, s. 576- 579; Abdullah b. Ahmed, **İbn Kudâme**, el-Kâfî, C. 2, Daru'l-Kutûbi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, s. 106; Mansur b. Yunus **Buhutî**, Keşşafü'l-kına an metni'l-İkna', ed. Hilal Musaylihi, C. 3, Daru Alemlî'l Kütüp, Beyrut ts., s. 433; **Komisyon**, el-Mevsuatü'l-fikhiyye, C. 5, Kuveyt Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1404, s. 318.

41 **Mergînânî**, C. 3, s. 282; Muhammed Emîn b. Ömer **İbn Âbidîn**, Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr, C. 6, Şeriketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî, Mısır 1966, s. 150; **Ali Haydar Efendi**, Düreru'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm, C. 3, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2018, s. 1839 (Mecelle m. 998).

42 Sözlükte “iki imam” anlamına gelen “İmâmeyn” (İmâmân), Hanefî literatüründe Ebû Hanîfe'nin talebeleri Ebû Yûsuf ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî hakkında kullanılmıştır. Mezhep fıkının teşekkül ve tedvininde büyük rol oynayan bu iki âlim hocalarıyla birlikte mezhebin imamları olarak anılmaktadır. Bkz. TDV İslam Ansiklopedisi (<https://islamansiklopedisi.org.tr>; E.T. 12. 12. 2024)

43 **Komisyon**, el-Mevsuatü'l-fikhiyye, C. 5, s. 318; Osman b. Ali **Zeyleî**, Tebyinü'l-hakayık, C. 5, Matbaatü'l Kübra el-Emiriyye, Kahire 1314, s. 200; **İbn Âbidîn**, C. 6, s. 151; **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 174.

medyûnun müte'addid hâneleri bulunsa birisi mesken olmak üzere terk olunarak bâkisi bey' olunur"⁴⁴.

Tekrar ifade etmek gerekir ki Mecelle'nin ifadesine göre haciz, borçlunun önce nukûd/paraları, bu yetmez ise urûz/menkul malları bu da yetmez ise akar/gayrimenkul mallarında uygulanır⁴⁵. Bu hükme göre borçlunun nakit parası veya menkul malları varsa zaten gayrimenkulü olan evi haczedilmez. Burada bahse konu olan öncelikli olan şeylerin olmaması veya olup da bunların haczinden sonra hâlâ borçların kapanmaması halinde haczedilecek olan evin durumudur.

Borçlunun hâline münasip (oturduğu) evine haciz konulamayacağı Mecelle m. 999'da "...*Kezalik bir konağı olup da (efrad-ı ailesine göre) mâ-dûnu ona kifayet ederse, ol konak satılıp semeninden haline münasib bir mesken alınır ve bâkîsi (yâni mezkûr mesken semeninden artan meblağ) guremâya i 'tâ olunur*" şeklinde ifade edilmiştir. Yoksa mezkûr konak semeni kamilen guremaya i 'tâ ile medyûn kira ile otursun denilmez"⁴⁶.

Ali Haydar Efendi Mecelle'nin bu maddesini şu şekilde açıklamaktadır:

"Mâ-dûnû ona kifayet ederse" deniliyor. Mâ-dûn olmak ya cesa- metçe/büyük- lükçe olur. Şöyle ki medyûnun konağı yahut menzili kendisine büyük ve efrâd- ailesine nisbeten ihtiyacından fazla olup mezkûr konak satılarak paranın mesela nısfı/yarısı ile bu konağın civarında medyûna kâfi/yeterli sağır/küçük bir hâne alınması mümkün olunca, mezkûr konak bey' olunabilir. Yani mâ-dûne bu manâ verilmek sahih olduğuna şüphe yoktur. Veyahut kıymetçe olur. Şöyle ki medyûnun konağı bir beldenin itibarlı bir yerinde bulunup, satıldığı takdirde edeceği paranın meselâ nısfı/yarısı ile yine o beldenin itibarsız bir yerinde o kadar bir konak alınmak gibi. ...Mâ-dûne bu manâ verilmek, yani her iki manaya dahi şâmil kılınmak sahîh olacağı hakkında kütüb-i fıkhiyyede sarahat bulamadım ise de, bu ikinci manâ adaletle pek de muvâfık görünmez. Şu maddeden mün- fehim olur /anlaşılır ki medyûnun/borçlunun haline münasip bir hânenin berâ-yı deyn bey'i (borcun ödenmesi için satılması) caiz olmayıp med- yûna terki lâzım gelir"⁴⁷.

Görüldüğü üzere burada borçlunun oturduğu evin hâline münasip olmaması, yani daha iyi, daha büyük, geniş yahut kıymet açısından daha

44 Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 1840 (Mecelle, m. 999).

45 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, m. 998. Bu durum Türk icra hukukunda "*hacizde tertip (sıra)*" diye isimlendirilmektedir.

46 Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 1842.

47 Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 1842.

kiymetli olması ihtimali çerçevesinde değerlendirilmiştir. Şarih her iki mananın da mümkün olabileceğini ifade etmekle birlikte fıkıh kitaplarında da bu konuda bir açıklık bulamadığını ve ikinci mananın yani kıymet açısından değerlendirilmesinin adalete pek uymadığını da ifade etmektedir⁴⁸. Ancak kanaatimizce hem büyüklük, genişlik hem de bulunduğu semt veya yer bir evin kıymetini etkiler ve borçlunun haline münasip olup olmadığına önemli bir kriter olabilir. Örneğin lüks bir semtte bulunan ve alan olarak daha küçük olan bir ev daha pahalı iken normal bir semtte bulunup daha büyük olan bir ev daha ucuz olabilir. Burada önemli olan alacaklıların hakkını gözeterek ve aynı zamanda borçluyu da temel ihtiyacı olan haline münasip evden tamamen mahrum etmeden her iki taraf için de adil bir yol izlemektir. Borçlunun haline münasip evi belirlerken sadece ekonomik ve aile fertlerinin sayısı açısından değil kişinin sosyal ve kültürel konumunun da göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Borçlunun haline münasip oturduğu evine haciz konulamayacağı ilkesi sadece kendisine tanınan bir haktır. Bu hak mirasçılara intikal etmez. Çünkü İslam miras hukukunda ölünün terekesine taalluk eden haklar öncelikle ölünün teşhiz-tekfin masrafları sonra borçları sonra üçte bir ile sınırlı olmak üzere vasiyeti en sonunda da mirasçıların haklarıdır.

Bu konuyu yine Ali Haydar Efendi şu şekilde izah etmektedir; “Lakin bu terk bizzat medyûna mahsûs bir müsâade olup medyûnun vefatı halinde vereseşi gerek sığâr/küçük ve gerek kibâr/büyük olsun mûrislerinin mülk hânesi için “Bizim mesken-i şer’îmizdir satılmaz.” diyemezler. Zîra deyn irsden mukaddem olmakla müteveffânın müstağrak-ı düyûn/borca batık olarak vefatı halinde bilcümle envâl ve akârât-ı memlûkesi dâyinlerine ait olup veresenin onda asla hakkı olmamakla, varise mesken olarak terk edilmesi câiz olmaz”⁴⁹.

Benzer şekilde, Tanzimat Döneminden sonraki yasal düzenlemelerden birisi olan ve 1879 (1296) yılında yürürlüğe giren “İlâmat-ı Hukukiyyenin Sûret-i İcrâsına Dair Kanûn-u Muvakkat” hükmünde (m. 55-56), borçlunun hâline münasip evinin (ve çiftçi olan borçlunun ailesini geçindirmesi için gerekli olup hâkim tarafından belirlenen miktardaki arazisinin) borç için satılamayacağı; ancak, rehin veya “vefâen ferâğ (geri alım hakkı sebebiyle devir)” durumlarında bunların satılabileceği ifade edilmiştir⁵⁰.

Uyguladığı adil yönetim sistemi ile Hulefâ-i Raşidîn’den sonra beşinci halife kabul edilen Ömer b. Abdülaziz borçlunun şahsı ile sorumlu tutulup

48 Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 1842.

49 Ali Haydar Efendi, C. 3, s. 1842.

50 Çelik, s. 51.

hapsedilmesi yerine malı ile sorumlu olduğunu kabul etmektedir. O da bu mali sorumlulukta borçlunun temel ihtiyaçlarını hariç tutmakta olup, borçlunun evine haciz konulup satılamayacağı kanaatindedir⁵¹.

Modern dönem İslâm dünyasında eserleri en çok rağbet gören ve kendisine en çok atıfta bulunulan isimlerden biri olan Şevkânî de kişinin oturduğu (haline münasip) evine haciz konulamayacağını kabul etmektedir. Şevkânî, konuyla ilgili olarak şu açıklamayı yapmaktadır:

“Borçlunun borcunu ödememesi halinde borçlunun zaruri ihtiyacı olan elbise, mesken, soğuk ve sıcaktan korunmak için ihtiyaç duyduğu şeyler dışındaki malları satılır. (Temel ihtiyacı olan bu şeyler haciz yoluyla satılmaz.) Borçlunun evi ve elbisesi kıymetli ise bunlar satılır, onların yerine borçlunun haline münasıpleri alınır. Çünkü borçlunun kıymetli olan ev ve elbisenin ihtiyacından fazla olan kısmına alacaklının hakkı talalluk etmiştir. Bu gibi eşyalarda, önemli olan borçlunun asli ihtiyaçlarını gidermesidir. Bunlardan haline münasip olanları, onun ihtiyaçlarını gidermeye yeterlidir.”⁵²

Ömer Nasuhi Bilmen, havaic-i asliyeden kabul ettiği için borçlunun haline münasip evine haciz uygulanmayacağını kabul etmektedir. Nitekim *Bilmen* şu açıklamada bulunmaktadır: “Kezalik bu medyunun bir konağı olup mâdûniyle iktifası kabil bulunursa o konak da satılır, semeninden haline göre bir mesken alınır, geri kalan para alacaklılara verilir.”⁵³

Vehbe Zuhaylî de borçlunun haline münasip evinin temel ihtiyaç olması sebebiyle haczedilemeyeceği kanaatindedir⁵⁴.

Çağdaş İslam âlimlerinden Muhammed Sâbûnî de Hanbeli hukukçu İbn Kudâme’den yaptığı nakille borçlunun ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin temel ihtiyacı olan yiyecek-içecek ve giyeceklerle birlikte oturacağı evin de haczedilemeyeceğini ifade etmektedir⁵⁵.

Günümüz İslam hukukçularından Hayreddin Karaman da toprağın bir çeşit vergisi olan haraç konusunu işlerken ödeme imkânı olduğu halde ki-

51 **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 175.

52 **Şevkânî**, es-Seylû’l-cerrari’l-mütedaffik ala hadaiki’l-ezhar, s. 807; **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 170.

53 Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C. 7, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul ts., s. 296.

54 Vehbe **Zuhaylî**, el-Fikhü’l-İslâmî ve edilletuhu, çev. Ahmet Efe vd. C. 6, Risale Yayınevi, İstanbul 1994, s. 553.

55 Muhammed Ali **Sâbûnî**, Fıkhü’l Muâmelât, C. 1, el-Mektebetü’l Asriyye, Beyrut 2007, s. 225.

şinin devlete karşı olan bu borcunu ödememesi halinde cebri icra uygulanacağını, ancak temel ihtiyacı olan evin bu uygulamadan muaf olacağını ifade etmektedir⁵⁶.

Buraya kadar görüşlerini zikrettiğimiz hukukçular özetle borçlunun temel ihtiyacı olan oturduğu evin haczedilemeyeceğini belirtmektedirler. Ancak bu hukukçular aynı zamanda alacaklıların da hukukunu gözeterek borçlunun oturduğu evin, kendi sosyo-ekonomik durumuna göre daha büyük ve değerli olması durumunda bunun satılarak kendi haline münasip bir evin satın alınarak onun bu ihtiyacının karşılanması ve arta kalan paranın da alacaklılara verilmesi gerektiğini zikretmektedirler.

b. Borçlunun Oturduğu Hâline Münasip Evinin Haczedilebileceğini Kabul Eden Görüşler

Kadı Şüreyh, Malik b. Enes ve İmam Şafiî, borçlunun (haline münasip) evine haciz konulup satılabileceği görüşünü benimsemişlerdir. İbn Münzir de bu görüşü tercih etmiştir. Bu görüşü kabul eden hukukçulara göre, borçlunun oturduğu evine haciz konularak satılır, satıştan elde edilen paralar alacaklılara dağıtılır. Bu durumda ise borçlu için oturacağı bir ev kiralanır⁵⁷.

Bu görüşte olan hukukçular delil olarak şu olayı belirtmişlerdir:

Borçla meyve satın alıp sonra da iflas etmiş olan bir adam için Hz. Peygamber (s.a.s), “*Ona sadaka verin*” buyurmuştur. Buna rağmen borcu kapanmamış bir borçlunun alacaklıları için Hz. Peygamberin (s.a.s), “*Onda ne bulursanız alınız. Sizin için bundan başka da bir yol/çare yoktur*” buyurmuştur⁵⁸. Borçlunun evinin haczedilebileceğini kabul eden bu hukukçular, sözü edilen hadisin genel ifadesinden hareketle borçlunun oturduğu evi dahi olsa alınabileceği hükmünü çıkarmışlardır. Zira bu yaklaşımı benimseyen hukukçular alacaklıların hakkını öncelemişlerdir. Borçlunun temel ihtiyacı olan evin ise kirama yoluyla karşılanabileceğini ifade etmişlerdir.

56 Hayreddin **Karaman**, Mukayeseli İslam Hukuku, C. 3, Nesil Yayınları, İstanbul 1986, s. 284.

57 **İbn Kudâme**, Muğni, C. 6, s. 578; **Komisyon**, el-Mevsuatü'l-fıkhiyye, C. 5, s. 318; Ebû Abdullah Muhammed b. İdris **Şafii**, el-Üm, C. 3, Daru'l Fikir, Beyrut 1983, s. 203-206; Şemseddin Muhammed b. Ahmed **Remli**, Nihayetü'l-muhtac ila şerhi'l-minhac, C. 4, Daru'l Fikir, Beyrut 1948), s. 328; **Zuhayli**, Fıkhü'l-İslâmî, C. 6, s. 553-54; **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 175.

58 Müslim b. el-Haccâc **Müslim**, el-Câmi'u's-şâhîh, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Dâru İhyai'l Kutbi'l Arabiyye, Kahire 1374), “Müsâkât” 18.

Şafii hukukçu Nevevî'nin "el-Mecmu" adlı eserinin Muhammed Necib el-Mutî tarafından yapılan Tekmilesi'nde⁵⁹, borçlunun temel ihtiyaçlarının haczedilemeyeceği noktasında Şafiilerin görüşleri ifade edilirken borçlunun oturduğu evin haczedilebileceği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede yapılan şu açıklama önemlidir: *"Borçlu kazanç sahibi değilse, hacri kalkıncaya kadar ihtiyacı olan nafakası verilir. Kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin yiyecek-içecek ve giyecekleri örfe ve âdete göre borçlunun malından karşılanır. Bunlar haczedilmez. Borçluya evi ve bineği bırakılmaz, bunlara haciz konabilir. Çünkü onun oturmak için bir ev ve binmesi için bir binek kiralaması mümkündür. Zira insanların âdeti olduğu üzere giyilecek elbisenin aksine ihtiyaç duyulan evin ve bineğin kiralanması yaygın bir uygulamadır"*⁶⁰.

c. Değerlendirme

Yukarıda da belirtildiği gibi, borçlunun oturduğu eve haciz konulup konulamayacağı hususunda İslam hukukçuları iki gruba ayrılmıştır. Birinci grup, borçlunun temel ihtiyacı olduğu için borçlunun haline münasip oturduğu evine haciz konamayacağını savunurken, ikinci grup böyle bir eve haciz konabileceğini savunmaktadırlar. İkinci görüşü savunan ve azınlık görüşünde olan hukukçular bu durumda borçlunun ihtiyacı olan evin kiralanmak suretiyle karşılanabileceğini ifade etmektedirler.

Kanaatimizce borçlunun aylık sabit maaşı gibi düzenli bir geliri varsa ve bu geliri kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin normal bir şekilde geçimlerini ve kira giderlerini de karşılamaya yeterli seviyede ise bu durumda alacaklıların hakkını gözeterek borçlunun oturduğu evine de haciz konulması isabetli olacaktır. Ancak böyle bir durumun olmaması veya kişinin ikametinin köy gibi bir yerde olması ve kiralayacak evinin de bulunmaması gibi hallerde ise borçlunun temel ihtiyacı olan oturduğu haline münasip evin haczedilmesinin ise isabetli olmayacağıdır. Burada ilgili hâkime takdir yetkisi tanınarak her somut olayın dikkate alınması suretiyle her iki taraf için de en adil olan ne ise ona göre karar verilmesi gerekecektir.

59 *Tekmile (veya zeyil)*, bir kitabı içerik veya kronoloji açısından tamamlamak, eksiklerini gidermek ve ilâveler yapmak amacıyla yazılan eser türüdür (<https://islamansiklopedisi.org.tr/tekmile>; E.T. 4.12.2024).

60 Ebû Zekerîyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref Nevevî, el-Mecmu' şerhi'l-Mühezzeb, ed. Muhammed Necib el-Mutî, C.13, Daru'l Fikir, Beyrut ts., s. 290-292.

3. Hâle Münasip Evin Haczedilmeyecek Olmasına Rağmen Haczedilmesi Durumunda İslam İcra Hukukundaki Yaptırım

Aşağıda⁶¹ görüleceği üzere Türk icra ve iflas hukukunda icra ve iflâs dairelerinin yapmış olduğu hukuka aykırı işlemlerin iptaline, düzeltilmesine ya da yapılmamış olan işlemlerin yaptırılmasına yönelik olarak icra mahkemesine yapılan başvuru imkânını ifade eden kavram, “*şikâyet*” (İİK m. 16 vd) diye isimlendirilir⁶². Buna karşılık İslam icra hukukunda da bu yolun var olduğu kabul edilmekle birlikte, Türk hukukundan farklı olarak sadece icra ve iflâs dairelerinin yapmış olduğu hukuka aykırı işlemlerin değil, bunlara ilaveten hâkimlerin işlemlerinin de şikâyetin konusunu oluşturabileceği belirtilmektedir⁶³. Bu nedenle İslam icra (ve iflas) hukukunda şikâyet, icra ve iflas hâkim ve memurlarının hukuka aykırı olan işlemlerinin iptal veya düzeltilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir kanun yolu⁶⁴ olarak tanımlanmış, fakat bu kanun yolunun Türk medenî usul hukukundaki kanun yollarından farklı olduğuna açıkça vurgu yapılmıştır⁶⁵.

İslam hukukunda borçlunun hâline münasip evinin haczedilmesinde özellikle hâkimin kararı ve takdir yetkisinin söz konusu olduğu dikkate alındığında, Mecelle’nin konuya ilişkin hükümleri önem kazanacaktır. Şöyle ki:

Mecelle, m. 1838 hükmüne göre, “*Bir dava hakkında lahik olan hükmün usul-i meşruasına muvafık olmadığını mahkum aleyh iddia ve adem-i muvafakat cihetini dahi beyan edip de istinaf-i dava talebinde bulunduğu halde vuku bulan hüküm lede’t-tahkik usul-i meşruasına muvafıkta tasdik olunur, değilse istinaf kılınır*”.

Benzer şekilde, Mecelle, m. 1839 hükmünde, mahkum aleyhin, hâkimin kararını iptal ettirmek veya düzeltilmesini sağlamak için kanun yollarına başvurabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; “*Bir dava hakkında lahik olan hükme mahkum aleyh kanaat etmeyip de ol hükmü havi olan ilamın temyizi talebinde bulunduğu halde, lede’t-tetkik usul-i meşruasına muvafıkta tasdik olunur, değilse nakz olunur*”.

61 Bkz. aşağıda B-6.

62 Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 51; ayrıca bkz. aşağıda II-B-6.

63 Bkz. ve karşı. Atar, İcra ve İflas Hukuku, s. 132-133.

64 Türk hukukunda şikâyetin kanun yolu değil hukuki çare niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. aşağıda B-6.

65 Atar, İcra ve İflas Hukuku, s. 133.

Şu halde Mecelle’de bir hâkimin mahkeme kararının istinaf ve temyiz yoluyla tetkik edilmesi istenebileceğine göre, icra ve iflas dairelerinde çalışan hâkim ve memurların işlemlerinin de şikâyet yoluyla incelenmesinin mümkün olduğu sonucuna⁶⁶ varılabilir.

B. Türk İcra Hukukunda Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği

1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi, kanun koyucu sosyal düşüncelerle, özellikle borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını devam ettirmesi, tamamen topluma muhtaç hâle gelip toplumsal dengenin bozulması için, borçlunun bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceğini veya kısmen haczedilemeyeceğini kabul etmiştir⁶⁷. Bazen kamu düzeninin bozulmasını önlemek, bazen insani duygular nedeniyle borçlunun bazı mal, hak ve alacakları ile imtiyaz haklarının hacizden müstesna tutulmuş olması hâli hukukumuzda “haciz yasağı veya haczedilmezlik” diye bilinmektedir⁶⁸.

Nitekim “*Haczi caiz olmayan mallar ve haklar*” başlığını taşıyan İcra ve İflas Kanunu m. 82’nin⁶⁹ şu anda yürürlükte olan (güncel) hâlinde; “*Aşağıdaki şeyler haczolunamaz*” denilmiş, aynı maddenin 12 numaralı bendinde ise “(Değişik: 2/7/2012-6352/16 m.) “*Borçlunun hâline münasip evi*”nin haczedilemeyeceği açıkça öngörülmüştür. Şu halde Türk icra ve iflas hukukunda konuya ilişkin bir tartışma bulunmadığı ve yasal düzenleme ile açık bir şekilde borçlunun hâline münasip evinin haczedilemeyeceğinin öngörüldüğü görülmektedir⁷⁰.

66 Atar, İcra ve İflas Hukuku, s. 134.

67 Yavuz Balkan, Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 25; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 167; Çelik, s. 37 ve orada anılan yazarlar.

68 Balkan, s. 25.

69 Bkz. ve karşı. AATUHK m. 70.

70 Konunun iflas hukuku ile ilgili yönü bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, müflisin haczedilemeyen malları iflas masasına girmez (karş. İİK m. 1841). Bu anlamda konumuzla ilgili olarak müflisin haline münasip evi de haczedilemeyeceğinden iflas masasına da girmeyecektir. Bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 536. Ayrıca bkz. “Mahkemece, taşınmazın bilirkişi raporu ile tespit edilen haline münasip ev bedelinden arda kalan kısmın iflas masasına alacak olarak kaydedilmesine karar verilmesi gerekirken, haline münasip ev bedelinden arda kalan kısmın alacaklıya ödenmesine hükmedilmesinin isabetsiz olduğu...” Yargıtay 12. HD. 30.05.2017, 3498/8397; Kazancı İçtihat.

2. “Ev” ve “Hâle Münasip Ev” Kavramları

a. Öncelikle burada “ev” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespiti önemlidir. “Ev” kavramı Türk Dil Kurumu sözlüğünde⁷¹ “Bir kimse- nin veya ailenin içinde yaşadığı yer; bark, ev bark, beyit, dar, hane, mekân” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca evden, mahalli geleneklere göre mesken (konut) olarak kullanılmaya elverişli olan yerler⁷² anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, bağımsız mesken⁷³, bağ evi, barınak⁷⁴ ve kat mülkiyeti⁷⁵ buradaki ev kavramına dâhildir⁷⁶.

b. Kanunda geçen “hâline münasip ev” kavramına gelince, hukuku- muzda, hâline münasip evin, borçlunun aylık geliri, sosyal statüsü, aile fertlerinin sayısı itibarıyla küçük veya büyük bir eve ihtiyacı olup olma- dığı gibi veriler dikkate alınıp incelenerek tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷. Örneğin borçlu ve ailesi bakımından makul ölçüleri aşan oda ve salona sahip olan ve ikamet için zorunlu unsurları aşan yerler mad- dede belirtilen “hâline münasip ev” kriterinin dışında kalmaktadır⁷⁸. Borç- lunun “hâline münasip” evi belirlenirken onun birlikte yaşadığı ailesinin durumu da göz önünde bulundurulacaktır. Borçlunun ailesinden ise kural olarak borçluyla birlikte yaşayan, borçlunun bakmakla yükümlü olduğu kişiler anlaşılmaktadır⁷⁹. Bir başka deyişle burada hukukumuz bakımın-

71 <http://www.tdk.gov.tr> (E.T. 26.09.2024).

72 Baki **Kuru**, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, AÜHFD, C.19, S.1, 1962, s. 305; Gülfem **Akkıran**, Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 45; Cenk **Akil**, “Yargıtay Kararları Işığında Hâline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)”, AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 778.

73 Taylan Özgür **Kiraz**, “İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı Çerçevesinde Takip Hukukunda Şikâyet Eden Taraf Bakımından İlgili Kavramı”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 561- 562; **Akil**, s. 778.

74 Örnek olarak bkz.12. HD 2.10.1996, 10745/11547; Gündüz **Pehlivanlı**, Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 655.

75 Ayrıca bağımsız mesken, bir apartman ya da konuttaki müşterek mülkiyet veya elbirliği mülkiyet paylarının da bu anlamda ev (mesken) olarak kabul edilmektedir. Bkz; **Kiraz**, s. 561; **Akkıran**, s. 45.

76 **Akil**, s. 778.

77 Timuçin **Muşul**, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2008, s. 517; Kamil **Yıldırım**/Nevhis Deren **Yıldırım**, İcra Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 145; **Akil**, s. 779.

78 **Akil**, s. 779.

79 Volkan **Özçelik**, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s. 301-302; **Akkıran**, s. 26; **Akil**, s. 780; Serpil **Işık**, İcra Hukuku’nda Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç

dan İİK'da “borçlunun” ifadesi kullanılsa bile hâle münasip ev belirlenirken varsa borçlunun ailesinin de dikkate alınacağına kuşku bulunmamaktadır⁸⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki İcra ve İflâs Kanunu'ndaki “aile” kavramı medeni hukuktaki aile kavramına göre geniş anlamda düşünülmelidir. Bu anlamda borçlu ile birlikte oturan büyükanne, büyükbaba, amca, teyze, dayı, hala, damat, gelin ve ergin çocuklar da aile kavramı içinde kabul edilmelidir⁸¹.

c. Borçlunun evinin hâline münasip olup olmadığı takdir edilirken, borçlunun hâlen o evde oturmakta olması da şart değildir. Bir başka deyişle başka bir yerde kirada oturan borçlu da haczedilen evi hakkında meskeniyet iddiasında (haczedilmezlik şikâyetinde) bulunabilir⁸². Örneğin, borçlunun, Tokat'taki hâline münasip evini kiraya vererek Sivas'ta bir başka evde oturması mümkündür. Aynı şekilde haczedilmezlik için söz konusu evin aile konutu olmasına da ihtiyaç yoktur. Ayrıca borçlunun kendisi ve ailesinin durumu dikkate alındığında, birden fazla eve ihtiyaç

Olarak Haczedilmezlik, (İçinde 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (Yoksulluk) Tebliğler, ed. Prof. Dr. Adem Sözüer. İstanbul 2016, s. 489-491. Aynı yönde bir karar için bkz. 12. HD 27.2.2007, 630/3339: “...İİK'nun 82/12 maddesi gereğince, borçlunun “hâline münasip” evi haczedilemez. Bir meskenin borçlunun hâline uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki “aile” terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar...” Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, İİK Şerhi, C. 2, Ankara 2007, s. 2366.

80 **Özçelik**, s. 301-302; **Işık**, s. 489-491; Sema **Taşpınar**, Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Haczedilmezlik ve Nedenleri), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 1994, s. 171; **Akkaran**, s. 26- 28.

81 **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 199; benzer yönde bkz. Uğur **Bulut**, “Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat”, DEÜHFD, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C. 12, 2010, s. 1078. Kanun'da “borçlunun” ifadesi kullanılsa da hâline münasip evi belirlerken varsa borçlunun ailesini de dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz. **Taşpınar**, s. 171; **Özçelik**, s. 301-302; **Işık**, s. 489-491. Yargıtay da aynı kanaattedir. Örneğin bkz. 12. HD. 05.04.2021, 2020/8953, 2021/4020: “İİK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendi gereğince; borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceği- Bir meskenin borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirleneceği- Buradaki ‘aile’ terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsadığı- ...” Kazancı İçtihat.

82 **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 200; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 210.

duyduğunun anlaşılması durumunda, ihtiyaç sayısı kadar evin haczedilmesi de mümkün değildir. Yani, hâline münasip evin bir tane olma zorunluluğu yoktur⁸³.

d. Borçlunun lüks kabul edilebilecek bir evi hakkında haczedilmezlik şikâyetinde bulunması esasen haczin şartlarına aykırılık teşkil ettiği gibi, haczedilemezlik düzenlemesinin konuluş amacına da aykırıdır. Çünkü burada bir taraftan alacaklının alacağına kavuşması diğer taraftan ise borçlunun da mahvına neden olmamak amaçlanmaktadır⁸⁴.

3. Borçlunun Evinin Hâline Münasip Olup Olmadığı Konusunda Takdirin Kime Ait Olduğu

a. Hukukumuzda borçlunun evinin hâline münasip olup olmadığı konusunda takdir yetkisi **icra memuruna** aittir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 82'nci maddesine 6352 sayılı Kanun ile eklenen son fıkra ile bu hususa açıkça vurgu yapılmıştır. Nitekim İİK m. 82 hükmüne 6352 sayılı Kanunla eklenen fıkraya göre; "(Ek fıkra: 02.07.2012 - 6352/16 m.); "*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir*".

b. Elbette haczedilen evin, borçlunun haline uygun olup olmadığı hususunun yerinde keşif yapılarak bilirkişi marifetiyle araştırılmasının yerinde olacağı unutulmamalıdır⁸⁵.

c. **AY m. 21 hükmü**, konuta girilmesi için hâkim kararı ararken İİK m. 80 ve 81 icra memuruna zor kullanma yetkisi vermesi tartışmalıydı. Özel hayatın gizliliğini de ilgilendiren bu konuda 7445 sayılı Kanun ile İİK'na "Konutta haciz" ile ilgili **79/a maddesi** hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre; "İcra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar...". Bu hükümle mahkemenin

83 **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 210. Yargıtay'a göre, "Borçlunun başka meskeninin bulunması meskeniyet şikâyetine engel değildir. Borçlunun tercih hakkı mevcuttur." (12. HD. 15.09.1994, 10030/10523: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2023). Ayrıca bkz. "İki ev için meskeniyet şikâyetinde de bulunabilir, buna bir engel yoktur yeter ki haline uygunluğu tespit edilebilsin. Örneğin iki evde de bakmakla yükümlü olduğu geniş ailesi yaşamaktadır ancak tapuda iki ev de kendi üstüne kayıtlıdır. Bu durumda hâkim bilirkişi incelemesiyle ve keşifle durumu tespit ederek ona göre hareket eder. Buna bağlı olarak iki evin de satılıp haline uygun, münasip bir semte ev alınabileceği de tespit edilebilir. Yani önceden sonuçları kestirmek hatalı olur" (<https://alga.av.tr/borclunun-haline-munasip-evinin-haczedilememesi>; E.T. 28.09.2024).

84 **Akkıran**, s. 47.

85 **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 199; aynı yönde bkz. 12. HD. 31.03.2015, 32576/8153; 12. HD. 11.04.2023, 2022/9778, 2023/2552 (Kazancı).

onayıyla konutta haciz yapılabileceği düzenleme altına alınmıştır⁸⁶. Söz konusu değişiklikten önce, icra müdürünün konutta haciz yapabilmesi için herhangi bir mahkemeden izin veya onay almasına gerek yoktu. Bu durum ise doktrin tarafından eleştirilmekteydi. Yapılan değişiklikle konutta haciz yapılması mahkemeden onay alınmasına dair bir usule bağlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hüküm sadece konutta haciz bakımından uygulanacaktır. Dolayısıyla, konut olmayan bir yerde haciz yapılabilmesi için, mahkemeden onay alınmasına gerek yoktur. Maddenin uygulanması bakımından getirilmiş olan tek istisna ise, ihtiyati hacze ilişkindir. Buna göre, alacakla alakalı ihtiyati haciz kararı verilmişse, konutta haciz işlemi yapılabilmesi için, icra mahkemesinden onay alınmasına gerek kalmayacaktır⁸⁷.

4. Aile konutu (TMK m. 194) Bakımından Durum

Aile konutu ile ilgili olarak TMK m. 194 hükmünde bir haczedilmezlik hâli söz konusu edilmemiştir. Bu nedenle aile konutunun haczedilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır⁸⁸. Buna karşılık, aile konutu, aynı zamanda borçlunun hâline münasip evi niteliğinde ise, İİK m. 82/f. 1, b. 12 gereğince haczi caiz olmayacaktır. Buradaki haczedilmezliğin kaynağı, ilgili taşınmazın aile konutu olması değil, borçlu ve ailesinin hâline münasip evi olmasıdır⁸⁹.

86 Geniş bilgi için bkz. Seyhan **Selçuk**, “İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2023, s. 412-425.

87 **Selçuk**, s. 412.

88 **Çelik**, s. 167; Murat **Dönmez**, “Aile Konutunun Haczi”, TBB Dergisi, S. 77, 2008, s. 349-358, s. 351-352; Mert **Namlı**, “Anayasa Mahkemesi’nin Aile Konutu Hakkında Haczedilemezlik Şikayetinin İleri Sürülmesine İlişkin 12.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, LHD, 18/211 (2020), s. 3085-3120., s. 3102-3104; **Akkıran**, s. 95, 98; Aslı **Aykutalp**, Anayasa Mahkemesi’nin 2016/10454 Başvuru Numaralı Kararı Nazarında Aile Konutunun Haczedilmezliğine İlişkin Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. 1, İstanbul 2022, s. 442. Ev üzerinde aile konutu serhinin olmasının hacze engel olmadığı belirtilmektedir (Bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 344). Olması gereken hukuk bakımından, aile konutunun da haczedilmezliğinin kapsamına alınması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İbrahim **Özbay**, “İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)”, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 559, 567.

89 **Çelik**, s. 168; **Akkıran**, s. 95-100; **Namlı**, s. 3102-3104; **Özbay**, s. 559-560; **Dönmez**, s. 351-352. Bu yöndeki bir Yargıtay kararına göre; “TMK’nın 194. maddesi aynen ‘Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesh edemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz’ hükmünü içermektedir. Yasal bu düzenleme, aile konutunun

5. Konuya İlişkin Önemli Kanuni Düzenleme: İİK m. 82, f. 2 ve f. 3

İİK m. 82, f. 2’de “*Medeni Kanunun 807 nci maddesi hükmü saklıdır. 2, 4, 5, 7 ve 12 numaralı bendlerdeki istisna, borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasırdır*” denilmiştir.

Görüldüğü üzere, İİK m. 82, f. 2’de de bazı mallar için alacağın malın bedelinden kaynaklanması, haczedilmezliğin istisnası olarak kabul edilmiştir. Bu hükümde atfı yapılan bentlerden birisi ise konumuzla ilgili olarak “hale münasip evin haczedilmeyeceği” ile ilgili 12 numaralı banttır. Dolayısıyla, esasında haczedilemeyeceği kabul edilen bu mal varlığı değerleri, malın satış bedelinden kaynaklanan alacaklar için haczedilebilecektir⁹⁰.

Şu halde, örneğin (B) Tokat’ta dairesi olan (A)’dan bir daire satın almış ve satış bedelini ödememiş olsun. (A), (B) aleyhine yaptığı icra takibi sonucunda evin haczini talep ettiğinde, (B)’nin evinin icra müdürlüğüne haczedilmesi durumunda, (B) evin haline münasip ev olması nedeniyle haczedilmezlik şikayetinde (meskeniyet iddiasında) bulunamayacaktır. Zira bu durumda borç, eşyanın (yani evin) satım bedelinden doğmuştur (İİK m. 82, f. 2).

Aynı maddenin (İİK m. 82) 3 üncü ek fıkrasına göre; (*Ek fıkra: 2/7/2012-6352/16 m.*) *Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden hâline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır*” denilmiştir. Böylece kanun koyucu, söz konusu bentlerde sayılan malların (konumuzla ilgili olarak hale münasip evin) kıymetinin fazla olması durumunda, bunların bedelinden hâline münasip bir kısmı ilerde borçluya bırakılmak üzere haczedilerek paraya çevrilmesine imkân tanımıştır⁹¹.

tapu sicilinde maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları bir icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmemektedir” (12. HD, 25.04.2006 T., 5829 E., 8852 K.; karar için bkz. Nazif **Kaçak**, Açıklama ve İhtihatlarla Haczedilemezlik, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 69).

90 Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 519; **Çelik**, s. 383; **Taşpınar**, s. 292-294; **Özbay**, s. 558-559.

91 İİK m. 82’de düzenlenen bu istisnai durum, üçüncü fıkrada yer alan ve ikame ilkesi kapsamında incelenen bir husustur. Hukukumuzda ikame ilkesi, bu hükümdeki mal varlığı değerlerinin, örneğin konumuzla ilgili olarak hale münasip evin kıymetinin fazla olması durumunda, gerekli bedelin borçluya bırakılarak haczin gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlenmiştir (Bkz. **Çelik**, s. 385).

6. Hale Münasip Evin Haczedilmeyecek Olmasına Rağmen Haczedilmesi Durumunda Türk Hukukundaki Yaptırım: Şikâyet

a. Bu konuda İİK m. 16/f. 1 hükmü önem arz etmektedir. Söz konusu hükme göre, “*Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır*”. Görüldüğü gibi borçlunun haline münasip evinin haczedilmesi üzerine İİK’da şikâyet yolu öngörülmüştür. Bu anlamda şikâyeti “*icra takibinin taraflarına veya hukukî yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflâs dairelerinin (veya diğer icra organlarının) kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerinin yapılmasını sağlayan hukukî çare*” olarak tanımlamak mümkündür⁹².

b. İcra memurunun işlemi sebebiyle menfaati ihlal edilen her ilgili, söz konusu işlem hakkında şikâyet yoluna başvurabilir. Dolayısıyla başta icra takibinin tarafları (alacaklı ve borçlu) olmak üzere, hukuki yararı bulunan üçüncü kişiler de bizzat veya avukatları aracılığıyla şikâyet yoluna başvurabilirler⁹³. Özellikle borçlu ve ailesinin menfaatleri gözetilerek düzenlenen haczedilmezlik hükümlerine aykırı olarak yapılan işlemlerden dolayı (örneğin hale münasip evin haczinde olduğu gibi) menfaati ihlal edilen aile bireylerinin de şikâyet hakkının bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁴. Zira İİK’nın 82. maddesi gereğince, haline münasip ev ile ilgili işlemlerde şikâyetle bulunma hakkının, Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” ve “Ailenin korunması ve çocuk haklarına” ilişkin hükümlerine dayanarak, işlemden doğrudan etkilenecek eşe de tanınması gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvuru sonucunda verilen bir karara göre, sadece eşlerden birinin mülkiyetinde olsa da bu konuttan tüm

92 Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 49; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 63. Şikâyetin hukuki niteliği hakkında bkz. Pekcanitez/Simil, s. 12-49; Cengiz Topel Çelikoğlu, Hukuki Mahiyeti ve Hüküm Etkileri İtibarıyla İcra Mahkemesinin Yargısal Görevleri, Ekin Basım Yayın, Bursa 2023, s. 111 vd.; Çelik, s. 400.

93 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra, s. 92-94; Karlı, İcra, s. 79, 81; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 66-68; Aykutalp, s. 432-433, 441-442; Dönmez, s. 37-41.

94 Pekcanitez/Simil, s. 248, 251; Çelik, s. 403; Bulut, s. 1099; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 93; Kuru, Haczi Caiz Olmayan Şeyler s. 290, ayrıca s. 320; Gökçen Topuz, “Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlämsiz İcra Yoluyla Tahliyesi”, ERÜHFD, C. 3, S. 1, 2008, s. 277-278; Akil, s. 801-802; Dönmez, s. 352; Akkırın, s. 124-125; Namlı, s. 3110-3111.

aile fertleri yararlanmaktadır. Haczedilen evin aile konutu olduğu durumlarda “hâline münasip ev” kavramı, sadece borçlunun değil, “borçlu ve ailesinin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olan konut” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, aile hayatına saygı hakkının etkin bir şekilde kullanılması ve korunmasıyla ilgili olarak, devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde, hakları doğrudan etkilenen aile bireylerine yargısal yollara başvurma imkânının tanınması gerekir⁹⁵. Gerçekten de borçlunun haczedilen haline münasip evi, her ne kadar tapu sicilinde borçlu adına kayıtlı olsa da aile konutu tüm aile bireyleri tarafından kullanıldığından, bu evin haczedilmesi ve icra yoluyla satılması halinde şüphesiz ev halkı da bu durumdan etkilenecektir⁹⁶. Buna karşılık Yargıtay aksi görüştedir⁹⁷. Kanaatimizce borçlunun haline münasip evinin haczedilmezliğinin ihlali üzerine borçlu dışında menfaati doğrudan ihlal edilen kişilerin (örneğin borçlunun eşinin veya çocuklarının) şikâyet yoluna başvurusuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen kazai içtihatlardaki aksi yöndeki tutumun sona erdirilmesi oldukça önemlidir. Bunun için ise kanunda (İİK)

95 Bkz. AYM. 12.12.2019, 2016/10454- Emine Göksel Başvurusu (RG. 08.04.2020/31093). Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. **Namlı**, s. 3085 vd.; **Çelik**, s. 403-404.

96 Bkz. AYM. 12.12.2019, 2016/10454- Emine Göksel Başvurusu (RG. 08.04.2020/31093). Aynı yönde bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 200.

97 Örneğin bkz. 12. HD, 23.03.2023 T., 2022/9146 E., 2023/1978 K.: “Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararlarının sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcı olduğunun tabii bulunmasına, İİK’nın 82/1-12. maddesine dayalı haczedilmezlik şikâyetinde bulunma hakkının borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı olup, şikâyetçinin meskeniyet şikâyetinde bulunma hakkının bulunmadığı...” ifadelerine yer verilmiştir (Karar için bkz. Lexpera, 06.02.2024). Ancak belirtmek gerekir ki, AYM’nin bireysel başvuru kararları da tıpkı Yüksek Mahkeme’nin diğer kararları gibi şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip genel bağlayıcı niteliğe sahiptir. Kararların varlık sebebinin bireysel bir ihlal iddiası olması, kararların hukuk sistemi içinde objektif bir etki doğuramayacağı biçiminde anlaşılmamalıdır. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi’nin istisnasız bütün kararları AY madde 153/son ve 138/son uyarınca kesin ve bağlayıcıdır. Bkz. Ece **Göztepe Çelebi**, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, s. 96, s. 100. Kaldı ki AYM kararlarının icrasının ancak kurumlar arası diyalogla sağlanabileceğinin bilincinde olunması gerekir. Bu diyalogun hiyerarşik bir boyut taşımamasının, AYM’nin bireysel başvuru kararlarının bağlayıcı olmadığı ve icrasının isteğe bağlı olduğu anlamına gelmeyeceği gibi, diğer organlara AYM kararlarını dikkate almama, kararın gerekçelerini ve yapılması gerekenleri göz ardı etme yetkisi de vermeyeceği unutulmamalıdır. **Göztepe Çelebi**, s. 114.

açıkça düzenleme yapılması, hak ihlalinin doğmaması bakımından oldukça önemlidir⁹⁸.

c. Şikâyet sebeplerine gelince;

İİK'nın "Şikâyet ve şartlar" başlıklı 16 ncı maddesi şu şekildedir:

“(Değişik: 03.07.1940 - 3890/1 m.) Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır (f. 1).

Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir (f. 2)”.

İcra müdürünün şikâyetle konu edilecek işleminin şikâyet gerekçesi Kanunda öngörülen özel şikâyet nedenlerinden hiçbirisine girmiyorsa, genel şikâyet nedeni olan **kanuna aykırılık** kategorisinde değerlendirilir⁹⁹.

Görüldüğü gibi, İİK m. 16'da genel şikâyet sebebi olarak kanuna aykırılık, özel şikâyet sebepleri olarak ise; hadiseye aykırılık, icra müdürünün bir hakkı yerine getirmemesi, icra müdürünün bir hakkın yerine getirilmesini sürüncemede bırakması şeklinde dört (4) şikâyet sebebi düzenlenmiştir.

Borçlunun hâline münasip evinin haczedilmesi İİK m. 82, b. 12 hükmüne aykırı bir durum olduğundan, haczedilmemesi gereken borçlunun haline münasip evinin haczedilmesi, ilgili kişilere icra mahkemesinde şikâyetle bulunma hakkı verecektir.

d. Şikâyet süresi; kural olarak şikâyetle konu işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gündür. Ancak istisnâ olarak bazı hâllerde şikâyet süresizdir. Bu çerçevede şikâyetin süreye tâbi olmadığı hâllerden birincisi, icra müdürünün bir hakkı yerine getirmemesi veya işlemi sebepsiz yere sürüncemede bırakmasıdır. Şikâyetin süresiz olduğu bir diğer durum ise kamu düzenine aykırılıktır. Zira cebri icra organlarınca yapılan işlemler kamu düzenine aykırıysa, bu işlemler de süresiz şikâyetle tâbidir¹⁰⁰. Burada, haczedilmemesi gereken borçlunun haline münasip evinin haczedilmesi durumunda ilgili kişiler icra mahkemesinde şikâyetle konu işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluna başvurabileceklerdir. Bununla birlikte, kanunda yer almayan ancak doktrinde ve uygulamada

98 Çelik, s. 404, 463.

99 Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 55.

100 Bu konuda ayrıntılı açıklama verilmemiştir. Geniş açıklamalar için bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 57 vd.

kabul edilen kamu düzenini ihlal eden hallerde süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda İİK m.82/I-12 hükmünün amacı kamu düzeninin sağlanması olduğuna göre, meskeniyet iddiasının şikâyet sebeplerinden olan kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulması gerektiği yönünde doktrinde görüşler bulunduğu görülmektedir¹⁰¹.

e. Burada bir başka mesele, **borçlunun evini ipotek ettirmiş olması** halidir. Borçlunun hale münasip evini ipotek ettirmesi halinde, daha sonra meskeniyet iddiasında (haczedilmezlik şikâyetinde) bulunmasına engel teşkil etmez. Buna karşılık Yargıtay'ın birçok kararında, borçlunun daha önce üzerinde ipotek kurduğu taşınmaz hakkında sonradan meskeniyet iddiasında bulunabilmesi için, ipoteğin mesken kredisi, esnaf kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden olması gerekeceğini, buna karşılık üzerinde serbest iradesi ile kurduğu karz ipoteği bulunan taşınmaz hakkında meskeniyet iddiasında bulunamayacağı belirtilmiştir¹⁰².

f. Son olarak şu husus da belirtilmelidir ki, şikâyet üzerine icra mahkemesince verilen kararlara karşı kanun yollarına (istinaf ve temyiz) gidilebilir¹⁰³.

III. İSLAM VE TÜRK İCRA HUKUKUNUN GENEL OLARAK MUKAYESESİ

A. Takip Yolları Bakımından

Öncelikle belirtmek gerekir ki, **İslam İcra Hukukundaki** usule göre, borcunu rızası ile ödemeyen borçlunun alacaklısına, mahkemeye müracaat etmek suretiyle hakkını hukuki yoldan elde etme imkânı verilmiştir. İslam hukuk tarihinde Hz. Peygamber (s.a.s.)'den başlamak üzere halifeler, onların tayin ettikleri kadılar ve icra-iflas işleriyle görevli memurlar alacak davalarına ve haczi kapsayan icra-iflas işlerine bakmışlar; borcunu ödemeyen veya iflas eden borçlulara borçlarını ifa etmeleri için çeşitli cebri işlemlerde bulunmuşlardır. Gerekğinde onların mallarına el koy-

101 **Akkıran**, s. 133; Damla **Göktürk**, “Borçlunun Haline Münasip Evinin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olmayacağı Sorunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 18, S. 36, 2019/2, s. 104.

102 Bkz. 12. HD 05.04.2023, 2022/8970, 2023/2373; 12. HD. 11.10.2021, 4070/8697; 12. HD. 28.02.2017, 2016/31509, 2017/2875. Borçlunun zorunlu olmayan bir ipotek tesis etmesi durumunda, bütün alacaklılara karşı haczedilmezlikten feragat etmiş sayılır. Bkz. **Karşı**, s. 287-288. Bu konudaki geniş tartışmalar için bkz. **Çelik**, s. 391 vd.

103 Burada bu kanun yollarına girilmemiştir. Geniş bilgi için bkz. **Çelik**, s. 434-441 ve orada anılan yazarlar.

muşlar (haciz), bu malları satmışlar ve satış bedelinden alacaklılara alacaklarını ödemişlerdir. **Türk icra (ve iflas) hukukunda** da borcunu rızası ile ödemeyen borçlunun alacaklısına, gerek cüzi icra (icra hukuku) gerekse külli icra (iflas hukuku) yollarıyla alacakların tahsili imkânı verilmiştir. Hatta ilamsız icrada konusu para ve teminat olan alacaklar bakımından, alacaklıya, mahkeme ilâmına (veya ilâm niteliğinde belgeye) gerek olmaksızın ilâmsız icra takibi yapılabilmesi imkânı tanınmıştır.

B. Cebri İcra Tedbirlerinde Malı Bulunan Borçlu ile Malı Bulunmayan (Mu'sir; Yoksul) Borçlu Ayırımının Bulunup Bulunmaması Bakımından

İslam İcra Hukukunda İslâm hukukçularının, bu konuda ileri sürdükleri görüşlere bakıldığında, cebri icranın borçlunun sadece malvarlığı ile sınırlı olması¹⁰⁴, cebri icranın borçlunun şahsına yönelik olması ve cebri icranın borçlunun hem malvarlığı hem de şahsına yönelik olması gibi farklı görüşler söz konusudur. Bu çerçevede cebri icra tedbirlerinin; haciz, hapis, hacir ve seyahatten men olduğu söylenebilir. Haciz ve hacir mala yönelik iken, hapis ve seyahatten men şahsa yöneliktir. Hiçbir malı olmayan borçlularda (mu'sir, yoksul) ise, bu kişilere “*Eğer eli darda olan birisi borçlu ise eli genişleyene kadar beklemek gerekir. Şu da var ki, bağışlamanız, eğer bilerseniz sizin için daha hayırlıdır*” (el-Bakara /280) ayeti gereğince herhangi bir cebri icra tedbiri uygulanmayıp onlara mühlet verilir, böylece onlardan borçlarını ödeyecek mal kazanmaları beklenir. Buna karşılık cebri icra tedbirleri konusunda “*Ödeme gücü bulunan bir kimsenin borcunu ödemeyip geciktirmesi zulüm ve haksızlıktır, bu davranış onun kınanmasını ve cezalandırılmasını gerektirir*”¹⁰⁵ hadisi İslam hukukçuları bakımından hareket noktası olmuş; cebri icra tedbirlerinin bu tür borçlular için uygulanacağı kabul edilmiştir. Şu halde İslâm İcra Hukukunda malı bulunan borçlu ile malı bulunmayan borçlu hakkında uygulanacak cebri icra tedbirlerinin farklı olduğu görülmektedir. Hâlbuki **Türk icra hukukunda** cebri icra tedbirleri bakımından malı bulunan borçlu ile malı bulunmayan (mu'sir, yoksul) borçlu ayırımı söz konusu değildir.

104 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, ts., m. 98-99.

105 **Buhârî**, “İstikrâz”, 13.

IV. ÖZELLİKLE BORÇLUNUN HÂLINE MÜNASİP EVİNİN HACZEDİLMEZLİĞİ İLE İLGİLİ OLARAK İSLAM VE TÜRK İCRA HUKUKUNUN BENZER VE FARKLI YÖNLERİ

A. Farklı Yönü

İslam İcra Hukukunda, borçlunun hâline münasip evinin haczedilip haczedilemeyeceği hususunda İslam hukukçuları arasında, borçlunun hâline münasip haczedilebileceği ve haczedilemeyeceği yönünde iki görüş bulunmakla birlikte, hâkim görüşün borçlunun hâline münasip evinin haczedilemeyeceği yönünde olduğu söylenebilir. Kaldı ki borçlunun haline münasip (oturduğu) evine haciz konulamayacağı Mecelle m. 999'da açıkça hükme bağlanmıştır. Hâlbuki **Türk İcra Hukukunda** bu konuda tereddüt bulunmamaktadır. Zira “*Haczi caiz olmayan mallar ve haklar*” başlığını taşıyan İcra ve İflas Kanunu m. 82’de, “*Borçlunun hâline münasip evinin haczedilemeyeceği*” açıkça öngörülmüştür.

B. Benzer Yönleri

1. Mecelle’ye göre (Mecelle, m. 999) haciz, borçlunun önce nukûd/paraları, bu yetmez ise urûz/menkul malları bu da yetmez ise akar/gayrimenkul mallarında uygulanır. Bu hükme göre borçlunun nakit parası veya menkul malları varsa gayrimenkulü olan evi haczedilmez. Bir başka deyişle İslam Hukukunda hacizde tertip ilkesi öngörülmüştür. **Türk icra hukukunda** da benzer bir durum söz konusudur. Zira hukukumuzda da “hacizde tertip ilkesine” göre icra memuru, borçlunun mallarını önce çekişmeli¹⁰⁶ ve çekişmesiz¹⁰⁷ mallar olarak ikiye ayırmalıdır. Bu çerçevede icra müdürü haciz işlemlerini yaparken, haciz mahallinde bulunan üçüncü kişilere (özellikle malı borçlu ile birlikte elinde bulunduran üçüncü kişiye) hacze ilişkin bir itirazlarının olup olmadığını sormalıdır. Şu halde icra müdürü *hacizde tertip ilkesi* gereğince önce çekişmesiz mallardan hacze başlamalı; ayrıca yine bu ilke gereğince **icra müdürü borçlunun önce taşınır mallarını, ardından taşınmazlarını haczetmelidir**. Şu halde hem çekişmeli malların hem de çekişmesiz malların haczedilmesi sırasında, bir de taşınır mal-taşınmaz mal değerlendirmesi yapılmalı; icra müdürünce, borçlunun önce çekişmesiz mallarını, çekişmesiz mallardan da önce taşınır malların haczedilmesi gerekir. İcra memuru taşınır malları haczederken de, yokluğu borçlu ve ailesine en az zarar verecek

106 Çekişmeli mallar, borçluya ait olup olmadığı kesin olmayan malları ifade etmektedir. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 200.

107 Çekişmesiz mallar, borçluya ait olduğu kesin olan mallardır. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 200.

malından başlamak üzere taşınması ve paraya çevrilmesi kolay mallara öncelik tanınmalıdır¹⁰⁸. Sonuçta, konumuzla ilgili olarak borçlunun nakit parası veya menkul malları varsa gayrimenkulü olan (haline münasip) evi de haczedilemeyecektir.

2. İslam İcra Hukukunda borçlunun birden fazla evi varsa bunlardan sadece birinin borçluya oturmak üzere bırakılıp diğerlerinin satılarak parasının alacaklılara verileceği belirtilmektedir (Karş. Mecelle, m. 999). Bu konuda özellikle Hanbeli mezhebi hukukçuları, borçlunun iki evi varsa, bunlardan birine haciz konulup satılacağı ve alacaklılara olan borç ödeneceğini, çünkü birden fazla evin kişinin asli ihtiyacından fazla olan bir durum olduğunu belirtmektedirler.

Türk icra hukukunda ise borçlunun kendisi ve ailesinin durumu dikkate alındığında, birden fazla eve ihtiyaç duyduğunun anlaşılması hâlinde, ihtiyaç sayısı kadar evin haczedilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, hâline münasip evin bir tane olması zorunluluğu yoktur. Buna karşılık iki ev borçlu için fazla ise elbette evlerden birinin borçluya oturmak üzere bırakılıp¹⁰⁹ diğerlerinin satılarak parasının alacaklılara verileceği hukukumuz bakımından da söz konusu olabilecektir.

3. İslam İcra Hukukunda, Mecelle'ye göre, bir hakimin/mahkemenin kararının istinaf ve temyiz yoluyla tetkik edilmesi nasıl istenebiliyorsa, icra ve iflas dairelerinde çalışan hâkim ve memurların işlemlerinin de şikâyet yoluyla incelenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Benzer şekilde **Türk icra (ve iflas) hukukunda** da şikâyet (İİK m. 16 vd.) yolu söz konusudur. Yukarıda bu hususa ayrı başlık altında değinilmiştir.

SONUÇ

Batı toplumu sanayileşme sonrasında maddi menfaate dayalı ilişkiler üzerine kurulmuş bir toplum haline gelmiş, bir bakıma sanayi toplumunda borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkilerin yönü değişmiştir. Doğu'da bu iki kesim arasında kardeşlik, dostluk ve sevgiye dayalı sıcak ilişkiler hâlâ canlılığını muhafaza etmektedir. Batı'da bu devrede borçlu ile alacaklı arasındaki menfaate dayalı ilişkiler hâkim hale gelmiştir. Buna karşılık, İslam Hukukunun kaynaklarında bir taraftan borçlunun borcunu ifa etmesi

108 Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 200.

109 Yargıtay bu durumda isabetli şekilde, borçlunun birden fazla ev arasında tercih hakkının bulunduğu kanaatindedir. Bkz. 12. HD. 15.09.1994, 10030/10523 (www.hukukturk.com: E.T. 4.3.2024).

istenirken, diğer taraftan alacaklıların borçluya mühlet vermeleri¹¹⁰, hatta alacaklılarının bir kısmından veya tamamından vazgeçmeleri tavsiye edilmiş¹¹¹, borçluya mühlet veren, alacağını kısmen veya tamamen borçluya bağışlayan alacaklının kıyamet gününde mükâfatlandırılacağı ifade edilmiştir¹¹². Bu durum İslam Hukukunun aynı zamanda din kuralı niteliğini haiz olması ve bu din kurallarının müeyyidesinin uhrevi (manevi) olması¹¹³ ile açıklanabilir. Buna karşılık İslam Hukukunun uygulama alanı bulunduğu hukuk sistemlerinde, din kuralları aynı zamanda hukuk kuralı niteliğinde bulunduğundan, bu fark ortadan kalkar; zira din kurallarına aykırı hareket halinde devlet tepkisi ile karşılaşılır.

Sonuç itibarıyla; bir bütün olarak değerlendirildiğinde, **borçlunun haline münasip evinin haczedilememesi** ile ilgili olarak **İslam İcra Hukuku ile Türk İcra Hukuku** arasında esaslı bir fark bulunmadığı, konuyla ilgili tartışmaların çoğunun benzer noktalarda yoğunlaştığı, günümüz hukuku bakımından yapılan bazı görüş ve tartışmaların gerek mezhep imamları gerekse diğer İslam hukukçularınca da yapıldığı, hatta birçok hususta benzer çözümler getirdikleri görülmektedir.

110 Türk borçlar hukuku bakımından karşı. “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde a. Süre verilmesi” kenar başlıklı **TBK, m. 123**: “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir*”.

111 Örneğin bkz. **Bakara Suresi 280. Ayette**; “*Eğer eli darda olan birisi borçlu ise eli genişleyene kadar beklemek gerekir. Şu da var ki, bağışlamanız, eğer bilerseniz sizin için daha hayırlıdır*” buyurulmuştur.

112 **Atar**, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 98.

113 Din kurallarının yaptırımının “cehennem azabı çekme korkusu” olduğu yönündeki görüş için bkz. **Gözler**, s. 49.

KAYNAKÇA

Ak, Ayhan, İslâm Borçlar Hukuku, 1. Baskı, Üniversite Yayınları, Samsun 2018.

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Medeni Hukuk, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, 21. Baskı, Beta Yayınları, 2015.

Akil, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Hâline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)”, AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 775-808.

Akkan Pekcanitez, Mine, Usûl Hukuku, 15. Baskı, Oniki Levha Yay., İstanbul 2017.

Akkıran, Gülfem, Borçlunun Hâline Münasip Evinin Haczedilmezliği, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

Ali Haydar Efendi, Düreru'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm, 4 Cilt, 3. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2018.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, İcra ve İflas Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Aslan, Kudret, “Hacizde Sıra (Tertip)”, AÜHFD, C. 54, S. 2, 2005, s. 269-318.

Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla, “İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlam-sız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 195-251.

Aşık, İbrahim/Oruç, Yakup/Tok, Ozan/Saçar, Ömer Faruk, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Atar, Fahreddin, “Haciz”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 14, s. 518-520, TDV Yayınları, İstanbul 1996.

Atar, Fahreddin, İslam İcra ve İflas Hukuku, Marmara Üniv. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1990.

Atar, Fahrettin, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, Marmara Üniv. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2019.

Aydın, Mehmet Akif, “Borç”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 6, s. 285-290, TDV Yayınları, İstanbul 1992.

Aykutalp, Aslı, “Anayasa Mahkemesi’nin 2016/10454 Başvuru Numaralı Kararı Nazarında Aile Konutunun Haczedilmezliğine İlişkin Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Selçuk Öztek’e Armağan, C. 1, İstanbul 2022, s. 421-446.

Balkan, Yavuz, Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, 8 Cilt, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul ts.

Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmâîl, Şâhîh-i Buḥârî, 9 Cilt, Sultaniyye Matbatu'l Kubra el-Emiriyye, Bulak 1311.

Buhuti, Mansur b. Yunus, Keşşafü'l-kına an metni'l-İkna', ed. Hilal Musaylihi. 6 Cilt, Daru Alemlî'l Kütup, Beyrut ts.

Bulut, Uğur, "Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Hacedilmezlikten Feragat", DEÜHFD, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C. 12, 2010, s. 1073-1103.

Çelik, Ferhat, Hacedilmezlik Kavramı ve Özel Kanunlarda Düzenlenen Hacedilmezlik Hâlleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Çelikoğlu, Cengiz Topel, Hukuki Mahiyeti ve Hüküm Etkileri İtibariyle İcra Mahkemesinin Yargısal Görevleri, Ekin Basım Yayın, Bursa 2023.

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 31. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2015.

Dölek, Adem/Özbay, İbrahim, "Hadis Metinlerinde ve Türk Hukuk Mevzuatında Borçların Ödenmemesinin Sonuçları", Yargıtay Dergisi, C. 46, S. 1, 2020, s. 15- 54.

Dönmez, Murat, "Aile Konutunun Haczi", TBB Dergisi, S. 77, 2008, s. 349-358.

Emir, Muhammed b. İsmail, Sübülü's-selam şerhi Bulûgü'l-meram, 4 Cilt, Daru'l-Hadis, Kahire 1997.

Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlülüğü, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.

Göktürk, Damla, "Borçlunun Haline Münasip Evinin Tasarrufun İptali Davasına Konu Olup Olmayacağı Sorunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 18, S. 36, Güz 2019/2.

Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2024.

Göztepe Çelebi, Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcra Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, s. 93-118.

Işık, Serpil, "İcra Hukuku'nda Yoksulluğun Önlenmesinde Bir Araç Olarak Hacedilmezlik", İçinde 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (Yoksulluk) Tebliğler, edt. Prof. Dr. Adem Sözüer, İstanbul 2016, s. 467-503.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dimaşkî, Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr, 6 Cilt, Şeriketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî, Mısır 1966.

İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed, el-Kâfî, 4 Cilt, Daru'l-Kutübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.

İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed, el-Muğnî, ed. Abdullah et-Türkî, 15 Cilt, Dâru Alemlî'l Kütüp, Riyad 1997.

İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâleddin Muhammed b. Mükerrrem, Lisânü'l-Arab, 15 Cilt, 3. Baskı, Daru Sadır, Beyrut 1414.

Kaçak, Nazif, Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilemezlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Kahveci, Nuri, Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku (Şirketler İlaveli), Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2017.

Kalabalık, Halil/**Erdem**, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Karadağ, Özgür, "Tüketici Hakem Heyetlerinin Görevi Kapsamında Kalan Alacaklar Bakımından İlâmsız Takip Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu", YD, 2016/4, s. 783-806.

Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, 3 Cilt, 5. Baskı, Nesil Yayınları, İstanbul 1996.

Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî, Bedâ'i'ü's-şanâ'î fî tertîbi's-şerâ'î, 7 Cilt, Daru'l-Kutübü'l-İlmiyye, Beyrut ts.

Kiraz, Taylan Özgür, "İsviçre Federal Mahkemesinin Bir Kararı Çerçevesinde Takip Hukukunda Şikâyet Eden Taraf Bakımından İlgili Kavramı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 561-566.

Komisyon, el-Mevsuatü'l-fıkhiyye, 45 Cilt, Kuveyt Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1404.

Komisyon, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, ts.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınları, Ankara 2017.

Kuru, Baki, "Haczi Caiz Olmayan Şeyler", AÜHFD, C. 1, S. 4, 1962, s. 277-326.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988.

Merginânî, Ebû'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr, el-Hidâye, ed. Talal Yusuf, 4 Cilt, Daru İhyai't Tûrasi'l Arabî, Beyrut ts.

Muşul, Timuçin, Haciz ve Hacze İştirak, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2008.

Müslim, Müslim b. el-Haccâc, el-Câmi'ü's-şâhîh, nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî, 5 Cilt, Dâru İhyai'l Kutbi'l Arabiyye, Kahire 1374.

Namlı, Mert, “Anayasa Mahkemesi’nin Aile Konutu Hakkında Haczedilemezlik Şikayetinin İleri Sürülmesine İlişkin 12.12.2019 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, LHD, C. 18, S. 211, 2020, s. 3085-3120.

Nevevi, Ebû Zekerıyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref, el-Mecmu’ şerhi’l-Mühezzeb, ed. Muhammed Necib el-Mutî, 20 Cilt, Daru’l Fikir, Beyrut ts.

Özbay, İbrahim, “İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilemezlikten Feragat (İİK m. 83/a)”, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 543-567.

Özbek, Mustafa Serdar, “Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlâmsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili”, MİHDER, S. 2, 2015, s. 39-68.

Özekes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

Pehlivanlı, Gündüz, Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.

Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil, İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed, Nihaytü’l-muhtac ila şerhi’l-minhac, 8 Cilt, Daru’l Fikir, Beyrut 948.

Sabuni, Muhammed Ali, Fıkhu’l Muâmelât, 4 Cilt, el-Mektebetü’l Asriyye, Beyrut 2007.

Selçuk, Seyhan, “İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a Maddesi Uyarınca Konutta Haciz”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2023, s. 412-425

Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed, el-Mebsût, 30 Cilt, Daru’l Marife, Beyrut 1431.

Şafii, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas, el-Üm, 2. Baskı, 8 Cilt, Daru’l Fikir, Beyrut 1983.

Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali, es-Seylül’l-cerrari’l-mütedafık ala hadaiki’l-ezhar, Daru İbn Hazm, ts.

Şevkânî, Muhammed b. Ali, Neylül’l-evtar şerhi Münteka’l-ahbar, 8 Cilt, Daru’l-Hadis, Mısır 1993.

Taşpınar, Sema, Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi ve Nedenleri (Haczedilemezlik ve Nedenleri), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 1994.

Taşpınar Ayvaz, Sema, Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar (Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015), Ankara 2016, s. 283-306.

Turay, Fatih, Finansal Açıdan İslâm Borçlar Hukuku (İslami Finans Teorisi), 1. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2019.

Topuz, Gökçen, “Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi”, ERÜHFD, C. 3, S.1, 2008, s. 271-291.

Umar, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniv. İktisadi ve Ticari İlimler Fak. Yayınları, İzmir 1973.

Yıldırım, Kamil/**Yıldırım**, Nevhis Deren, İcra Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

Yılmaz, Ejder/**Yardım**, Mehmet Ertan, Tüketici Hakem Heyeti Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo Yayınları, İstanbul 2016.

Wensinck, Arent Jean, el-Mu’cemü’l-müfehres li-elfâzi’l-hadis’in-ne-bevi, 8 Cilt, Daru’d-davet, İstanbul 1988.

Zeyleî, Osman b. Ali, Tebyinü’l-hakayık, 6 Cilt, Matbaatü’l Kübra el-Emiriyye, Kahire 1314.

Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletuhu, çev. Ahmet Efe vd, 10 Cilt, Risale Yayınevi, İstanbul 1994.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

Hakem Heyetlerinin AİHS Madde 6 Bağlamında “Kanunla Kurulmuş Mahkeme” Niteliğinin Kabul Edilebilirliği

The Admissibility of Arbitral Tribunals as ‘Tribunal Established by Law’ in the Context of Article 6 of the ECHR

  **Dr. Öğr. Üyesi Elif AĞCA ***

 10.60002/ebyuhfd.1576086

ÖZ

Kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmak temel bir insan hakkıdır. AİHS ve MSHS’de ayrı ayrı düzenlenen bu hak, kişilere hem mahkeme niteliğini haiz bir makam önünde yargılanmayı sağlar, hem de bu mahkemenin tarafsız, bağımsız ve kanunla kurulmuş nitelikte olmasını emreder. AİHM kararları dikkate alındığında bir makamın “mahkeme” olarak kabul edilebilmesi için AİHS’te sıralanan niteliklerin yanı sıra bir uyumsuzluğu kesin olarak karara bağlama yetkisi ve verilen kararın icrasının başka bir makamın iznine tabi

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 30.10.2024 | **Kabul/Accepted:** 11.04.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Elif Ağca, “Hakem Heyetlerinin AİHM Madde 6 Bağlamında “Kanunla Kurulmuş Mahkeme” Niteliğinin Kabul Edilebilirliği”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (319-352).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

olmaması¹ gibi ilave şartları da taşıması gerekmektedir. Bu doğrultuda, AİHM, tarafsız, bağımsız, uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlama yetkisi bulunan ve verdiği kararın icrası başka bir makamın iznine tabi olmayan hakem heyetlerini de şartları dâhilinde mahkeme niteliğinde kabul etmektedir. Bu noktada ihtiyari ve mecburi tahkim ayrımı yapılarak yargı yetkisinin kanundan doğup doğmadığına göre ihtiyari ve mecburi hakem heyetlerinin “kanunla kurulmuş mahkeme” niteliği üzerine görüşler ileri sürülerek tartışmalara girilmektedir. Yine tartışılan bir başka nokta, doktrinde her ne kadar hakem heyetine başvurma sadece yargılamayı yapacak makamdaki feragat anlamına geldiği ve bu feragatin adil yargılanma hakkı gibi yargılamadaki bazı temel haklardan da feragati de kapsadığı ifade edilmektedir. Özellikle devlet yargısından feragatin bu denli geniş yorumlanması ve temel insan hakları arasında sayılan haklardan da feragat edildiği sonucunun çıkarılması hatalı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kanunla kurulmuş mahkeme, mahkeme, hakem heyeti, ihtiyari tahkim, mecburi tahkim, adil yargılanma hakkı, AİHS m. 6.

ABSTRACT

The right to be tried before an independent and impartial tribunal established by law is a fundamental human right. This right, separately regulated in the European Convention on Human Rights (ECHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), primarily ensures that individuals are tried before a body that qualifies as a court, and subsequently mandates that this court must be impartial, independent, and established by law. According to the case law of the European Court of Human Rights (ECHR), for a body to be recognized as a “court,” it must possess not only the qualifications listed in the ECHR but also additional requirements, such as the authority to definitively resolve a dispute and that the enforcement of its decisions is not subject to the approval² of another

1 Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/B maddesi uyarınca, iptal davası için kanunda öngörülen sürenin geçmesi veya tarafların iptal davasından feragat ettiği hâllerde, verilmiş olan hakem kararının icrası için, mahkemece “hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge” verilmesi gerekmektedir. Detaylı bilgiler için bkz. Ceyda **Süral**, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, C. 16, 2014, s. 1379; Ziya **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, Vedat, İstanbul 2021, s. 392). Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 439’a göre, hakem kararları verildiği anda icra edilebilir nitelikte olup ayrıca MTK’daki gibi mahkemeden kararın icra edilebilirliğine ilişkin bir belgenin alınmasına lüzum bulunmamaktadır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Nagehan **Okumuş**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 50; Seyhan **Selçuk**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin, Ankara 2018, s. 47, 48.

2 According to Article 15/B of the International Arbitration Law (Milletlerarası Tahkim Kanunu), when the period prescribed in the law for filing a cancellation lawsuit has

authority. In this context, the ECHR has also accepted arbitration boards as courts, provided they meet these conditions, as they are impartial, independent, and have the authority to definitively resolve disputes without requiring permission from another body to enforce their decisions. There is ongoing debate regarding the distinction between voluntary and compulsory arbitration based on whether the jurisdiction arises from law, leading to discussions about the “court” status of voluntary and mandatory arbitration panels. Another point of contention in the doctrine is that the mere act of opting for an arbitration panel does not necessarily imply a waiver of the right to a judicial body, and this waiver may also imply the relinquishment of certain fundamental rights in the trial, such as the right to a fair trial. The broad interpretation of waiving state jurisdiction, leading to the conclusion that waivers extend to fundamental human rights, presents a flawed perspective.

Keywords: Tribunal established by law, court, arbitral tribunal, voluntary arbitration, compulsory arbitration, right to a fair trial, ECHR art. 6.

GİRİŞ

Temel insan haklarını düzenleyen metinler olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (*The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, AİHS)³ ve Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ((*United Nations International Covenant on Civil and Political Rights*,

passed or the parties have waived the cancellation lawsuit, a “document confirming the enforceability of the arbitral award” must be issued by the court for the enforcement of the arbitral award. For detailed information, see Ceyda **Süral**, “*Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası*”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, V. 16, 2014, p. 1379; Ziya **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2021, p. 392). However, according to Article 439 of the Code of Civil Procedure (Hukuk Muhakemeleri Kanunu), arbitral awards are enforceable as soon as they are issued, and there is no need to obtain a document from the court regarding the enforceability of the award, as required under the International Arbitration Law. For detailed explanations on this matter, see Nagehan **Okumuş**, s. 50; Seyhan **Selçuk**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali*, Ankara 2018, s. 48.

- 3 AİHS, 04.11.1950 tarihinde imzaya açılmış; 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, AİHS’i 04.11.1950, 1 Numaralı Ek Protokolü 20.03.1952 tarihinde imzalamıştır. Her iki metin 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı “*İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun*” ile onaylanmıştır. Tasdik Kanunu ve AİHS’in Türkçe resmi çevirisi için bkz. RG, 19.03.1954, S. 8662. Onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmiş ve AİHS aynı tarihte Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS’in İngilizce metnine internetten erişim için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, E. T. 01.10.2017.

MSHS)⁴’de güvence altına alındığı üzere adil yargılanma hakkı, usul hukukunun en önemli ilkelerini barındıran bir haktır. Bu hak çerçevesinde bireyler, makul süre içerisinde ve özel sebepler olmadıkça kamuya açık biçimde kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına sahiptir. Bu hakkın içerdiği mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde kişiler kanunlarla görevlendirilmiş olan devlet mahkemelerine başvurarak uyuşmazlığın çözüme bağlanmasını isteyebileceği gibi devlet mahkemesine alternatif uyuşmazlık çözüm merciiilerinden de uyuşmazlığın çözümünü isteyebilir. Bu bağlamda kişiler, tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözümünü yolunu da tercih edebilir. Tahkim yolunu tercih etmekle iki ana sorunun gündeme geldiği görülmektedir. Bu sorunlardan ilki, hakem heyetlerinin kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde olup olmadığı; diğeri ise hakem heyetlerinin taraf iradesine dayanan bir çözüm mercii olmasından dolayı devlet yargısı yerine tahkimi tercih eden tarafların devlet mahkemelerinin uymakla yükümlü olduğu adil yargılanma hakkından da feragat edip etmediğidir.

Çalışmamızda ilk olarak adil yargılanma hakkına yönelik genel bilgiler verilmekte, akabinde adil yargılanma hakkı bağlamında “mahkeme” ve “kanunla kurulmuş mahkeme” kavramları AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları eşliğinde tanımlanmaktadır. Daha sonra hakem heyetlerinin hukuki niteliği üzerinde durularak ihtiyari ve mecburi tahkim hallerinde hakem heyetlerinin “*kanunla kurulmuş mahkeme*” niteliği hakem heyetlerine başvurunun adil yargılanma hakkının bazı unsurlarından feragat anlamını taşıyıp taşımadığı tartışılacaktır.

Doktrinde tahkimin yargısal bir faaliyet olduğu tespit edilirken tahkim ve devlet yargısı arasındaki benzerliklere de yer verilmektedir. Örneğin, tahkimde taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemlerce bir kararla çözüme kavuşturulması, yargılama yapmak üzere yetkilendirilen hakemlerin tıpkı hakimler gibi tarafsız ve bağımsız biçimde yargılama yapması, tahkim sü-

4 MSHS, 16.12.1966 tarihinde devletlerin katılımına sunulmuş; 49. maddesi uyarınca 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, MSHS’yi 15.08.2000 tarihinde imzalamış; 4868 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ve işbu Sözleşmenin 4868 sayılı Kanunla onaylanmasına dair 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul etmiştir. Tasdik Kanunu için bkz. RG, 18.06.2003, S. 25142; Tasdik Kanunu’nu onaylayan Bakanlar Kurulu kararı ve MSHS’nin İngilizce metni ve Türkçe resmi çevirisi için bkz. RG, 21.07.2003, S. 25175. MSHS’nin İngilizce orijinal metnine internetten ayrıca erişim için bkz. <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalIntrest/ccpr.pdf>, E. T. 01.10.2017. Onay belgesi 15.09.2003 tarihinde BM’ye depo edilen MSHS, Türkiye bakımından 15.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

recinin devlet tarafından denetlenebilmesi, yargılama sonunda verilen kararların mahkeme kararları gibi bağlayıcı olması ve icra edilebilmesi, yine kararların kesin hüküm etkisine sahip olması gibi özellikleri tahkimi bir yargılama faaliyeti olarak gösterirken aslında hakem heyetlerini de mahkeme niteliğine yaklaştırmaktadır. Çalışmamızın konusu adil yargılanma hakkı bağlamında hakem heyetlerinin kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğidir. Dolayısıyla çalışmamızda bu konu, AİHS'in 6. maddesi çerçevesinde AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları eşliğinde ele alınmaktadır. Böylece, usul hukuku gereğince hakem heyetinin mahkeme niteliğinin tespiti yönünden ilgili olabilecek paralel yargılamalar ile derdestlik (*lis pendens*) ve kesin hüküm (*res judicata*) gibi itirazlar çalışma konusunun sınırlandırılması ihtiyacı dolayısıyla ele alınmamaktadır.

I. ADİL YARGILANMA HAKKINA YÖNELİK GENEL BİLGİLER

Hukuk devletinin en temel öğelerinden biri olan adil yargılanma hakkı⁵, aynı zamanda AİHS ile teminat altına alınan en temel insan haklarından biridir.

AİHS'in “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar” şeklindeki 1. maddesi ve “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır” şeklindeki 14. maddesine göre Sözleşme’de teminat altına alınan insan hakları vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes için geçerlidir. Yine aynı Sözleşmenin âdil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine göre, “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmaz-

5 Sibel **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Konseyi, Ankara 2007, s. 5; Murat **Atalı**/İbrahim **Ermenek**/Ersin **Erdoğan**, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, Ankara 2024, s. 116; Ali Cem **Budak**/Varol **Karaaslan**, Medenî Usul Hukuku, Filiz, İstanbul 2024, s. 75; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özkes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, İstanbul 2024, s. 199; Ramazan **Arsan** ve **diğerleri**, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, Ankara 2024, s. 149; Şanal **Görgün**/Levent **Börü**/Mehmet **Kodakoğlu**, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, Ankara 2024, s. 360; Furkan **Şahin**, “Milletlerarası Ticari Tahkimin Adil Yargılanma Hakkının Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi”, TAAD, Y. 14, S. 54, 2003, s. 369, 371.

lıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makûl bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir". Bu bağlamda AİHS'in 6. maddesi medenî hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının karara bağlanması⁶ esas çerçevesinde herkese mahkemeye başvuru hakkı ve mahkeme huzurunda hakkaniyete uygun biçimde yargılanma hakkı tanınmaktadır. Hükmün iki farklı yönü vardır: birincisi, herkesin mahkemelere başvurma hakkına sahip olması; ikincisi yine herkesin kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılanma hakkına sahip olmasıdır. İkinci yön, davanın taraflarına kurumsal bir güvence sunması dolayısıyla ayrıca önemlidir. Buradaki güvence yargılamayı yürütecek mahkemelerin kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız nitelikte olmasından ibarettir. Böylelikle, AİHS uyarınca tabîi hâkim ilkesine⁷ uygun teşkilatlandırılmış mahkemelerin bulunması öncelikle bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.

AİHM'in *Golder v. United Kingdom*⁸ kararında, hukukun temel bir prensibi olan mahkemeye başvurma hakkı tanınmaksızın alenî bir yargılamadan söz edilemeyeceği, adil yargılanma hakkının içerdiği diğer güvencelerden de yararlanılamayacağı ifade edilmiştir. Gerçek, etkili ve fiili

6 Âdil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS m. 6 (1)'in uygulama alanı hakkında açıklamalar için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 131-132; **Budak/Karaaslan**, s. 75 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 199 vd.; Arslan ve diğerleri, s. 149 vd.; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 360 vd..

7 *Kanunilik ve öncedenlik* olarak iki temel unsura sahip olan tabîi hâkim ilkesi 1982 tarihli Anayasanın 37. ve 142. maddelerinde düzenlenmektedir. *Kanunilik* ilkesinin düzenlendiği Anayasanın 37. maddesinin ilk fıkrasına göre "*Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamaz*". İlaveten Anayasanın 142. maddesine göre "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile yargılama usulleri ancak kanunla düzenlenir*". İş bu maddeler gereği mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile yargılama usullerine yönelik düzenlemelerin kanunlar dışında idarenin düzenleyici işlemleri ile yapılabilmesi mümkün değildir. Kanuniliğe ilaveten tabîi hâkim ilkesinin ikinci unsuru olan *öncedenlik* ise kanunla kurulan bu mahkemelerin belli kişi ve olaylara özel olarak sonradan düzenlenmemesidir: **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 133-134; **Arslan ve diğerleri**, s. 150; Süha **Tanrıver**, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin, Ankara 2016, s. 83. Benzer tanımlar için bkz. **Arslan ve diğerleri**, s. 150; Meral **Sungurtekin Özkan/Aslı Aykutalp**, *Yargı Örgütü Hukuku*, Seçkin, Ankara 2022, s. 26; **Tanrıver**, s. 82 vd.; İbrahim **Özbay ve diğerleri**, *Yargı Örgütü*, Yetkin, Ankara 2022, s. 26. Tabîi hakim ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 133-134; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 199; **Arslan ve diğerleri**, s. 150.

8 *Golder v. United Kingdom*, Application No: 4451/70, kn. 35.

biçimde mahkeme önüne gidebilme imkânı sağlayan mahkemeye başvurma hakkı üstün bir hak olarak görülmektedir⁹. Dolayısıyla bu hakkın kullanımı açısından sadece hukuki değil fiili engellerin de ortadan kaldırılması zaruridir. Ancak yine de AİHM’in *Ashingdane v. The United Kingdom* davasında verdiği karar gereği mahkemeye başvurma hakkı adil yargılanma hakkının özünü teşkil etse de bireylere mutlak bir hak tanıamaktadır. Bu sebeple, doktrinde mahkemeye başvurma hakkının, meşru bir amaç gütmemesi, hakkın özünü zedeleyecek nitelikte olması ve orantılı olmaması halinde tüm şartlar değerlendirilerek sınırlandırılabileceği¹⁰ ifade edilmektedir¹¹.

Adil yargılanma hakkının konumuz açısından önemli olan diğer bir boyutu da hakkın düzenlendiği AİHS’in getirdiği bu yargısal teminatların tahkimin mahiyetiyle bağdaşp bağdaşmadığıdır¹². AİHS’in 34. maddesine göre, iş bu Sözleşmede ve ek protokollerinde tanınan haklar, Sözleşmeci devletlerden biri tarafından ihlal edildiği takdirde bu durumdan mağdur olan her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları AİHM’e başvurma hakkına sahiptir. Bu noktada Sözleşmede de vurgulandığı üzere hüküm sadece gerçek kişilere değil, onların yanı sıra şirketlere, kişi gruplarına da AİHM’e başvuru yolunu açmaktadır. Bu hüküm, AİHS m. 6’da koşulsuz biçimde “herkese” tanınan adil yargılanma hakkı ile de uyum içinde olmakta ve tahkim yargılamasının tarafları arasında yer alması kuvvetle muhtemel olan şirketlerin de adil yargılanma hakkından yararlanacağını açıkça göstermektedir¹³. Yine, *Özbek*’e göre AİHS m. 6’da medeni hak ve yükümlülükler ile alakalı uyuşmazlıklardan bahsediliyor olması tahkim yargılamasının konusu bakımından bir çelişki yaratamamaktadır. Zira, özellikle tahkimin ağırlıklı konusunu teşkil eden ticari uyuşmazlıklar

9 De Geouffrede la Pradelle v. France, Application No: 12964/87, kn. 34-35.

10 Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 135. Dava açma hakkına yönelik sınırlamalar doğrudan ve dolaylı sınırlamalar olmak üzere iki türdür. Akıl hastalığı, küçüklük gibi kişinin doğrudan mahkemeye başvurma hakkına getirilen sınırlamalar doğrudan sınırlamalarken; avukatla görüşme olanağından mahrum bırakılması, ödeme gücüne sahip olmayan kişilere adli yardım verilmemesi, dava açma ve temyiz sürelerinin kısa tutulması ve kişilere kendilerini savunacak etkili yargılama araçlarının sunulmaması ise dolaylı sınırlamalardan bazılarıdır: **İnceoğlu**, s. 23-29.

11 *Ashingdane v. The United Kingdom*, Application No: 8225/78, kn. 57.

12 AİHS m. 6’nın yer (ratione loci), konu (ratione materiae) ve kişi (ratione personae) bakımlarından tahkimde uygulanabilirliğine yönelik açıklamalar için bkz. Süheyla **Balkar**, “AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 209, 2022, s. 688-694.

13 Mustafa Serdar **Özbek**, *Tahkim Hukuku-Cilt II*, Yetkin, Ankara 2022, s. 1187, 1188.

da, AİHS m.6'da zikredilen medeni hak ve yükümlülüklerin kapsamından kabul edilmektedir. Bundan başka, AİHS'in adil yargılanma hakkı ile sağladığı güvenceler ceza ve idari davaların yanı sıra hukuk davaları açısından da geçerli olduğundan, söz konusu güvencelerin hukuk uyuşmazlıklarının çözüme bağlandığı tahkim yargılamalarında da geçerli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır¹⁴. Ancak yine de doktrinde AİHS m. 6'nın tahkimde doğrudan uygulanmayacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, tahkimde AİHS m. 6'nın uygulanmamasının sebebi tahkimin devlet yargısı niteliğinde olmaması ve bu doğrultuda tahkim yargılamasının da insan hakları belgeleri bakımından devlet mahkemeleri ya da diğer devlet yargı merciilerince yürütülmemesidir.¹⁵ Bu görüşteki- lere göre ayrıca tahkim anlaşması yapan taraflar AİHS m. 6 ile sağlanan güvencelerden de vazgeçmiş sayılırlar¹⁶. Aksi yöndeki görüşe göre ise, hakemlerin faaliyeti organik anlamda yargısal faaliyet olmasa da fonksiyonel olarak bir yargısal faaliyettir¹⁷. Böylece, hakem kararları tıpkı mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etme ve icra edilebilir olma özelliklerinden dolayı bağımsız devlet yargısının niteliklerine sahip olmalıdır. Bu halde tahkim yargılamasında AİHS m. 6'da düzenlenen güvencelerin uygulanmasında engel bulunmamaktadır¹⁸. Hatta, *Balkar*'a göre, hakemler, AİHS m. 6 (1) ile güvence altına alınan haklara riayet edilen bir yargılama sürdürmek ve yine bu haklara uygun karar vermek zorundadır¹⁹.

Ne var ki, tahkim mahkeme yargısına ikame ve özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da tahkimde adil yargılanma hakkının uygulanması noktasında esnek ya da istisnai bir uygulama beklentisi içine girilmemelidir²⁰. Taraflarca seçilen yargılama usulü ne olursa olsun, tahkim yargılamasının "Magna Carta"sı²¹ olarak nitelendirilen ve adil yargılanma hakkı

14 **Özbek**, Tahkim II, s. 1188. Görüşü destekleyen diğer yazarlar için bkz. **Özbek**, Tahkim II, s. 1188, dn. 3.

15 **Özbek**, Tahkim II, s. 1202, dn. 70'den naklen.

16 **Özbek**, Tahkim II, s. 1202, dn. 70'den naklen. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Şahin**, s. 374.

17 Mustafa Serdar **Özbek**, Tahkim Hukuku-Cilt I, Yetkin, Ankara 2022, s. 148.

18 **Özbek**, Tahkim II, s. 1203, **Özbek**, Tahkim II, s. 1203, dn. 72'de yer alan yazarlar; aynı yönde bkz. **Şahin**, s. 374. Bu görüşün kazai teoriyi esas aldığına ilişkin açıklamalar için bkz. **Şahin**, s. 374, dn. 22, s. 375, 376. Ayrıca kazai teori hakkında açıklamalar için bkz. a.ş. III, 2.

19 **Balkar**, s. 698.

20 **Özbek**, Tahkim II, s. 1191.

21 **Özbek**, Tahkim II, s. 1191.

başta olmak üzere hukuki dinlenilme hakkı ve uyuşmazlığın esasına uygun hukukun uygulanması gibi temel ilkelere uyularak yürütülmesi gerektiğinde tartışma yoktur²².

II. ADİL YARGILANMA HAKKINI İCRA EDEN MAKAM OLARAK “KANUNLA KURULMUŞ MAHKEME”

A. Mahkeme Kavramı

Sözlük anlamı itibarıyla, “*bir yargıçtan veya bazen savcı ve yargıçlardan oluşan bir kurulun, yargı görevini yerine getirdikleri yer; yargı yeri, yargıevi, mahkeme kapısı*”²³ olan mahkemeler, “*devletin yargı görevini*”²⁴ yerine getirmek için kurduğu mercilerdir”^{25 26}.

22 Tahkimde adil yargılanma hakkının uygulanmasına yönelik detaylı açıklamalar için bkz. **Özbek**, Tahkim II, s. 1191 vd.

23 “Mahkeme” sözcüğünün TDK Sözlüğündeki karşılığı için bkz. <https://sozluk.gov.tr/?ara=mahkeme> (E.T. 01.09.2024).

24 1982 Anayasası’nın 9. maddesine göre yargı yetkisi, devletin üç temel yetkisinden biridir. Doktrine göre bu yetki, maddi ve şekli fonksiyon olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir. Maddi yargı fonksiyonu, yapılan yargısal işlemin maddi içeriğine ilişkin iken; şekli yargı fonksiyonu ise yargı yetkisini bilfiil icra eden kişi veya kişilere ilişkindir. Bu bağlamda gerek maddi yargı gerek şekli yargı fonksiyonunun tek başına yargı yetkisini yansıtmakta yeterli olmadığı aşikardır. (Kemal **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin, Bursa 2011, s. 412; Baki **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 45; Baki **Kuru**/Burak **Aydın**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2022, s. 1-2; **Sungurtekin Özkan/Aykutalp**, s. 20; **Arslan ve diğerleri**, s. 65; **Şanal/Börü/Kodakoglu**, s. 11; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 25; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 31-32; Bülent **Tanör**/Necmi **Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul 2012, s. 443; **Tanrıver**, s. 75.) Dolayısıyla **Tanrıver**’in yaptığı şu tanımlama tam olarak yargı yetkisinin iki fonksiyonunu da kapsayıcı niteliktedir. **Tanrıver**’e göre “...yargı işlevi objektif hukukun (soyut hukuk kurallarının) bağımsız ve tarafsız yargı organları (mahkemeler) tarafından, yargısal usullere uyularak, somut bir olaya veya ilişkiye uygulanması şeklinde tanımlanabilir” (**Tanrıver**, s. 76).

25 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 37. Benzer tanımlar için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 40; **Özbay ve diğerleri**, s. 7-8; **Sungurtekin/Özkan**, s. 21; **Arslan ve diğerleri**, s. 87. Dar anlamda mahkeme ve geniş anlamda mahkeme ayrımı ve ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz. **Sungurtekin/Aykutalp**, s. 21; **Tanrıver**, s. 77-78; **Özbay ve diğerleri** s. 8-9; Serhat M. **Kaşıkar**, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet, Ankara 2009, s. 120.

26 Uluslararası Af Örgütü tarafından yapılan tanıma göre mahkeme, “*kendi yetki alanı içindeki meseleleri hukuk kurallarına ve önceden öngörülmüş usullere göre karara bağlamak üzere kurulmuş, yargısal görevleri yerine getiren bir organ*”dır. (Adem **Çelik**, Adil Yargılanma Hakkı, Adalet, Ankara 2007, s. 53’ten naklen).

Anayasa Mahkemesi (AYM)’ne göre Türk milleti adına yargı yetkisini kullanacak olan bir yargı mercii, ancak “...kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, üyelerinin ilke olarak meslekten hakim olması, üyelerinin bağımsız ve tarafsız olması...” halinde mahkeme olarak kabul edilmektedir²⁷. Yine bir başka kararda AYM, “...kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa’nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması...” koşullarına sahip olduğu takdirde yargı merciiilerinin mahkeme olarak kabul edildiğini karara bağlamıştır²⁸. Genel hatlarıyla değerlendirmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlar doğrultusunda, karar veren kişi ya da kurumun mahkeme niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. *Atalı/Ermenek/Erdoğan* tarafından da ifade edildiği gibi, Anayasa Mahkemesi “... karar veren kişi ya da kuruluşun mahkeme olarak kabul edilebilmesi için bazı koşulların varlığını aramaktadır: karar organlarının hakimlerden oluşması, yargılama teknikleri uygulaması, genellikle dava yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkları çözmekle görevli kılınmış olması, Anayasada sayılan ve başında bir yüksek mahkemesi bulunan yargı düzenlerinden birinde yer alması, görev yapan üyelerinin atanmalarının, hak ve ödevlerinin Anayasa’nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması...”²⁹.

Âdil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak “her şahıs ... kanuni, ... bir mahkeme tarafından davasının ... dinlenmesini istemek hakkını haizdir” (AİHS m. 6). AİHM de verdiği bazı kararlarda³⁰ “mahkeme”

27 Anayasa Mahkemesi, E. 2003/98, K. 2004/31, 03.03.2004. (RG. 10.07.2004, S. 25518).

28 Anayasa Mahkemesi, E. 2007/53, K. 2007/61, 31.05.2007. (RG., 27.12.2007, S. 26739).

29 *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, s. 40, 41’den naklen.

30 *Lithgow and Others v. The United Kingdom*, Application No: 9006/80, s. 67, kn. 201; *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, s. 33, kn.76; *Rolf Gustafson v. Sweden*, Application No: 23196/94, kn. 45.

kavramından geleneksel manada devletin yargı yetkisini kullanan mercii-lerin anlaşılmasında gerektiğini ifade etmiş³¹; bazı kararlarda ise Maddede geçen “kanunla kurulmuş bir mahkeme”³² kavramından “... *yasayla kurulmuş, her türlü organ, kurum ve kişiden bağımsız, davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usulü güvencesine sahip bir yargı yerini[n]...*” anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir³³. Bu bağlamda Sözleşmede değinilen mahkeme terimi özerk³⁴ bir kavramı ifade etmektedir³⁵.

AİHM kararlarında bir merciinin mahkeme niteliğinde kabul edilebilmesi için bazı şartları taşıyor olması gerekmektedir. Bu şartlar; söz konusu merciinin bağlayıcı kararlar alma³⁶ şeklinde yargısal faaliyetlerde bulunuyor olması ve bu faaliyetlerini hukuken düzenlenmiş bir usul³⁷ çerçevesinde gerçekleştirmesidir. Böylece *bir uyumsuzluğu kesin olarak karara bağlama yetkisi bulunmayan ya da kararı verse dahi kararın icrası başka bir makamın iznine tabi olan* bir merciin mahkeme olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir³⁸. Ayrıca, AİHM içtihatları genel olarak değerlendirildiğinde, Sözleşme bağlamında mahkeme terimi, sadece iç hukuklar uyarınca mahkeme adıyla anılan yargılama yetkisini haiz makamları değil yargısal güvenceler sağlamak kaydıyla, bazı disiplin kurullarını, uzmanlık kurullarını, uzmanlık mahkemelerini ve hakem heyetlerini de kapsamaktadır³⁹.

AİHM’in yanı sıra bir uluslararası sivil toplum kuruluşu niteliğinde olan Uluslararası Af Örgütü⁴⁰ (Amnesty International, UAÖ) tarafından

31 Detaylı açıklamalar için bkz. **Özbek**, Tahkim II, s. 1189; **Balkar**, s. 701, 707.

32 “Kanunla kurulmuş mahkeme” konusunda açıklamalar için bkz. aşa. II, 2.

33 **İnceoğlu**, s. 30; benzer tanımlamalar için bkz. Feyyaz **Gölcüklü**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama””, AÜSBFD, C. 49, S. 1, 2004, s. 201; **Fatih Gündoğdu**, “TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S. 140, 2019, s. 156, 157.

34 **İnceoğlu**, s. 30.

35 **Çelik**, s. 53; benzer tanım için bkz. **Şahin**, s. 383.

36 *Bentham v. The Netherlands*, Application No: 8848/80, kn. 40.

37 *Sramek v. Austria*, Application No: 8790/79, kn. 36.

38 *Findlay v. The United Kingdom*, Application No: 22107/93, kn. 77.

39 **İnceoğlu**, s. 30; Gökçen **Topuz**, “Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof.Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1914.

40 Uluslararası Af Örgütü Tüzüğü’nün 2. maddesine göre, UAÖ, “... *uluslararası dayanışma, mağdur bireyler için etkili eylem, tüm dünyayı kapsama, insan haklarının evrenselliği ve bölünmezliği, tarafsızlık ve bağımsızlık, demokrasi ve karşılıklı saygı ilkelerine sahip insan hakları savunucularından oluşan küresel bir topluluktur*”. (UAÖ Tüzüğü’ne erişim için bkz. AI Statute291119-TR.pdf (amnesty.org.tr), E. T.

yapılan tanıma göre mahkeme, “kendi yetki alanı içindeki meseleleri hukuk kurallarına ve önceden öngörülmüş usullere göre karara bağlamak üzere kurulmuş, yargısal görevleri yerine getiren bir organ olarak⁴¹” tanımlanmıştır.

B. Kanunla Kurulmuş Mahkeme Kavramı

AİHS m. 6 (1)’de yer alan “*kanunla kurulmuş mahkeme*” kuralı, mahkemelerin kuruluşları, sahip oldukları yetkileri ve uygulayacakları yargılama usulünün yürütme tarafından değil; yasama meclisi tarafından düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴². Özellikle İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun *Zand v. Austria* davasında ifade ettiği üzere “*bir demokratik toplumdaki yargı örgütü yürütmenin takdirine bağımlı olmamalı, ancak parlamento tarafından çıkarılan kanunlara tabi olmalıdır*”⁴³. Yine kararda, *kanunlara tabi olma* meselesinin, kanunların yargı teşkilatı ile ilgili

10.09.2024)). Tüzüğü’nün 3. Maddesine göre UAÖ’nün görevleri, “... hükümetlere, hükümetlerarası kuruluşlara, silahlı siyasi gruplara, şirketlere ve diğer devlet-dışı öznelerle seslen[mek], ... insan hakları ihlallerini doğru, hızlı ve ısrarlı bir şekilde ortaya çıkarmak için çalış[mak], bireysel vakalar ve tekrar tekrar işlenen insan hakları ihlalleri üzerine sistematik ve tarafsız şekilde araştırmalar yap[mak], bulgularını kamuoyuna açıkla[mak]; üyeleri, destekçileri ve çalışanları ihlallere son verilmesi için hükümetler ve diğer aktörler üzerinde baskı oluşturulması amacıyla kamuoyunu harekete geçir[mek], ... belirli insan hakları ihlalleri üzerine yaptığı çalışmaların yanı sıra, hükümetlere hukukun üstünlüğünü gözetme[k], insan hakları standartlarına taraf olma[k] ve bu standartları uygulama çağrısı yap[mak]; çok çeşitli insan hakları eğitimi faaliyetleri yürüt[mek]; devletler-arası kuruluşları, bireyleri ve toplumun tüm organlarını insan haklarını desteklemeye ve insan haklarına saygı göstermeye teşvik et[mek]”tir..

41 Çelik, s. 53’ten naklen.

42 David Harris/Michael O’Boyle/Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 300; Burak Güngör, Suç İsnadı Altında Bulunanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 57; İnceoğlu, s. 163; Çelik, s. 54; Fatih Torun, Avrupa “İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkeme Yargılanma Hakkı”, Anayasa Yargısı, C. 37, S. 1, 2020, s. 292; Kemal Akkurt, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 14; Yüksel Metin/Erhan Alp, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, s. 98-99. Yine, kanunla kurulmuş olma, mahkemenin tabii hakim ilkesine uygun biçimde kurulmuş olmasını ve ancak mevcut uyumsuzlıkla bağlantılı olarak kurulmamış olmasını ifade etmektedir: Şahin, s. 382.

43 *Zand v. Austria* davasında Komisyonun ifadesi şu şekildedir: “*It is the object and purpose of the clause in Art. 6 (1) requiring that the courts shall be “established by*

tüm hususlarda her türlü detayı düzenlemesi anlamına gelmediği de belirtilmektedir. Burada beklenen kanunların yargı yetkisi ve mahkeme teşkilatına yönelik temel kuralları düzenliyor olmasıdır⁴⁴.

AIHM sonraki içtihatlarında “*kanunla kurulmuş mahkeme*” kavramını nispeten geniş yorumlamıştır. *James and Others v. The United Kingdom*⁴⁵ davasında AIHM, “kanun” kelimesini AIHS’in yapısı gereği iç hukuktaki dar kapsamının aksine kanun statüsündeki tüm normatif düzenlemeleri kapsayacak biçimde geniş yorumlamıştır. AIHM, *Posokhov v. Russia* davasında⁴⁶ verdiği benzer kararda *kanunla kurulmuş mahkeme* sıfatının sadece mahkemenin kanuna istinaden kurulması anlamına gelmediğinden bahisle mahkemenin kanuna uygun biçimde kurulmuş olmasını da kapsadığına hükmetmiştir. Yine AIHM’in başka bir kararında önceden benimsenen şartlara benzer biçimde *kanunla kurulmuş olma* niteliğinin mahkemenin, onu düzenleyen özel kurallara uymasıyla ilgili olduğu da ifade edilmektedir⁴⁷.

III. TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Özel hukukta irade serbestisinin geçerli olduğu alanlarda, taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda devlet yargısına alternatif olarak belirleyecekleri bir ya da birden fazla hakemden oluşan bir yapı

law” that the judicial organization in a democratic society must be depend on the discretion of the Executive, but that it should be regulated by law emanating from Parliament”. Zand v. Austria, Application No: 7360/76, kn. 69.

44 *Zand v. Austria, Application No: 7360/76, kn. 70-73.*

45 *James and Others v. The United Kingdom, Application No: 8793/87, s. 28-29, kn. 67.*

46 *Posokhov v. Russia, Application No: 63486/00, kn. 41-42.*

47 **Gündoğdu**, s. 157; *Sokurenko and Stryguy v. Ukrain, Application No: 29458/2006, kn. 24.*

vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözülmesini kararlaştırabilirler⁴⁸. İşte bu şekilde belirlenen alternatif yargı faaliyetine^{49, 50} *tahkim* adı verilmektedir⁵¹.

- 48 **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 761; Rasih **Yeğengil**, Tahkim (L'arbitrage), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 95; Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1960, s. 404; İlhan **Postacioğlu/Sümer Altay**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat, İstanbul 2015, s. 1026; **Akıncı**, s. 5; Mustafa Serdar **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Cilt I, Yetkin, Ankara 2016, s. 211; Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü- Cilt VI, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 5875; Ersin **Erdoğan**, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin, Ankara 2017, s. 27; İbrahim **Özbay**, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 28; Mustafa Serhat **Sarısözen**, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Kitap Yayınları, İstanbul 2005, s. 11; **Selçuk**, s. 1; İbrahim **Özbay/Yavuz Korucu**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Adalet, Ankara 2016, s. 3. Tahkimin tanımı ve detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Özbek**, Tahkim I, Birinci Bölüm- §1-A-I; Hacı **Can**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Seçkin, Ankara 2024, s. 38; Mustafa **Göksu**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Seçkin, Ankara 2024, s. 131.
- 49 “*Tahkimde taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakemler tarafından bir kararla çözüme kavuşturulması, uyuşmazlığın çözümü için yetkilendirilen hakemlerin tarafsız yargılama yapmaları, hakemlerce yürütülen tahkim sürecinin devlet tarafından denetlenmesi, hakem kararlarının mahkeme kararları gibi bağlayıcı olması, icra edilebilmesi ve kesin hüküm oluşturması gibi özellikler, tahkimin bir yargılama faaliyeti olduğunu göstermektedir*”: **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 761; aynı yönde **Özbek**, s. 213. Yine **Özbek**'e göre, hakemlerin tahkimde çalışması fonksiyonel anlamda yargısal olmakla birlikte organik anlamda yargısal bir faaliyet sayılmamaktadır (**Özbek**, s. 213).
- 50 “Seçenek, farklı, karşı” anlamlarıyla sözlükte tanımlanan alternatif sözcüğünden türetilen ve dava yoluna seçimlik yolları ifade etmek üzere kullanılan alternatif uyuşmazlık çözümü sözlükte, “*uyuşmazlıkların yargılama yerine birincil çözüm yolu*” olarak tanımlanmaktadır (Bkz. Cambridge İş İngilizcesi Sözlüğü, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s/C3%B6zl%C3%BCK/ingilizce/alternative-dispute-resolution>, E.T. 07.01.2025). **Özbek**'e göre, alternatif uyuşmazlık çözümü “... uyuşmazlıkların çözümü amacıyla görev yapan devlet mahkemelerinde görülen dava yolunun yanında seçimlik bir yol olarak işleyen, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı, bir grup “uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri topluluğu” olarak tanımlanabilir.” (**Özbek**, s. 191; **Can**, s. 40). Doktrine göre alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, “... devlet mahkemelerindeki yargılamaya alternatif teşkil eden uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Ancak alternatif uyuşmazlık çözümündeki “alternatif” sözcüğü yargı yolu yerine ikame edilecek bir usulü ifade etmez. Özellikle arabuluculuk ve müzakere gibi ADR yöntemleri dava yoluyla birlikte uygulanan, dava yolunun yanında seçimlik olarak bulunan bir dizi yöntemlerdir. Başka bir deyişle “alternatif” ibaresini kural olarak mahkemelerde uygulanacak olan “yargılama kurallarının” alternatifleri olarak düşünmek mümkündür”: İbrahim **Özbay**, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 460; benzer açıklamalar için bkz. **Özbek**, s. 198-199; Gülgün **İldır**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Seçkin, Ankara 2003, s. 21;

Kural olarak taraflar arasında doğan hukuki uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümü gerekirken, bu kuralın istisnasını ihtiyari tahkim⁵² oluşturur. Mahkemelerin yetkisi kanunlardan doğarken, tahkimde

Şanal/Börü/Kodakoğlu, s. 804; **Göksu**, s. 18. Bu noktada bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin alternatif uyuşmazlık çözümü türlerinden olup olmadığı tartışması doğmaktadır. *Özbek*'e göre, tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Yazara göre tahkim, gerek işleyişi gerek sonucu bakımından yargısal bir usuldür ve tahkimde uyuşmazlığın mahkeme yerine taraflarca atanacak, eğer tarafların bu yöndeki iradesi belirsiz ise mahkemece atanacak hakemlerce çözümlenmesinden dolayı tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir (*Özbek*, s. 213). Ancak tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm türleri arasında kabul edilmemesi gerektiğini ifade eden zıt görüşe göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bazıları, uzlaştırma, arabuluculuk, tarafsız ön değerlendirme, arabuluculuk-tahkim (med-arb) ve mini yargılamadır (*Özbay*, s. 464-470; **Göksu**, s. 22). Tahkim ise niteliği gereği alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılır. Bu noktada tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasındaki farklar *Özbay* tarafından şöyle özetlenmektedir: ilk olarak tahkimde devlet mahkemelerinin tahkim usulüne müdahalesi ve tahkim kararlarının kesin hüküm etkisi gibi hususlar tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayırır. İkinci olarak, hakemlerce verilen kararın taraflar üzerindeki bağlayıcılığının, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde müzakereler ve varılan sonuç ile bu sonucun taraflar üzerindeki bağlayıcılığından fazla olmasıdır. Üçüncü olarak tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre daha resmidir ve bu yollara başvurulmasına rağmen çözüm elde edilememesi halinde başvurulabilecek bir yoldur. Buna rağmen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile tahkim arasında sadece farklılıklar bulunmaz nadiren benzerlik de bulunur. Örneğin, tarafsız üçüncü bir kişinin taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde yer alması ortak bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır (*Özbay*, ADR, s. 473). **Pekcanitez/Atalay/Özekes** de kitaplarında "*Tahkim*" ve "*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*" başlıklarıyla konuları ayrı ayrı ele aldığı için *Özbay* ile aynı görüşü paylaştıkları anlaşılmaktadır; Bkz. ve karş. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, §21, §22.

51 Benzer tanımlar için bkz. Ziya **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2021, s. 5; Ali **Yeşilirmak**, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 58; İzzet **Karadaş**, 6100 sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet, Ankara 2013, s. 19; **Yeğengil**, s. 95; **Kuru**, Cilt VI, s. 5875; **Ansay**, s. 404; **Postacioğlu/Altay**, s. 1026; **Akıncı**, s. 5; **Özbek**, s. 211; **Özbek**, Tahkim II, s. 1201; **Erdoğan**, s. 27; **Özbay**, s. 28; **Sarısözen**, s. 11; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 761; **Arsalan ve diğerleri**, s. 852; **Şanal/Börü/Kodakoğlu**, s. 804; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 614; **Budak/Karaaslan**, s. 489; Philippe **Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman**, On International Commercial Arbitration, The Hague-London-Boston, 1999, s. 10; Julian D.M. **Lew**, Applicable Law in International Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Awards, 1978, s. 11-13.

52 İhtiyari tahkimin tanımı ve mecburi tahkim ile olan farkları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. aşa. IV, 1.

hakemlerin yetkisi tarafların yapmış oldukları tahkim sözleşmesinden doğar⁵³. Tahkim sözleşmesi ile taraflar taleplerinin karara bağlanmasını hakemden isterler⁵⁴.

Tahkim uyuşmazlık çözüm yönteminde hakem kavramı sıklıkla kullanılmakla birlikte doktrinde kimi zaman hakem yerine hakem heyeti, hakem mahkemesi gibi kavramların da alternatifli olarak kullanıldığı görülmektedir. Hakem ve hakem heyeti kavramı tahkim sözleşmesi ile atanan hakem/hakemlerin sayısından kaynaklanan terimsel bir farklılık içermekte, ayrıca bir farklılık içermemektedir. Özellikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁵⁵ (HUMK) döneminde ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁶ (HMK)'nin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde doktrinde hakem veya hakem heyeti yerine geçmek üzere "hakem mahkemesi" teriminin tercih edildiği görülmektedir⁵⁷. Doktrinin hakem mahkemesi lafzı tercihine rağmen, geçmiş yıllarda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın bazı

-
- 53 **Selçuk**, s. 1; **Akıncı**, s. 5-6; **Erdoğan**, s. 27; **Özbay/Korucu**, s. 3; **Fatih Aydemir**, Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 55; **Mehmet Feridun İzgi**, Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları, On İki Levha, İstanbul 2023, s. 131; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 766 vd.; **Budak/Karaaslan**, s. 489; **Şanal/Börü/Kodakoglu**, s. 809; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 619-620; **Arslan ve diğerleri**, s. 853.
- 54 Bu durum, devletin yargı erkine bir müdahale olarak görülmemekte aksine özel hukuktaki irade serbestisi ilkesinin yansıması olarak görülmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. **Selçuk**, s. 1; **Akıncı**, s. 5-6; **Erdoğan**, s. 27; **Özbay/Korucu**, s. 3; **Aydemir**, s. 55; **Sarisözen**, s. 9; **Karadaş**, s. 23; **Yeşilirmak**, s. 78-80; **Akıncı**, s. 146.
- 55 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, RG., T. 02-03-04. 07. 1947, S. 622-623-624.
- 56 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG., T. 12.01.2011, S. 27836.
- 57 Bu görüşte olanlara göre, hakem kurulu ya da hakem heyeti kavramları, hakemlerin birden fazla olduğu durumlarda kullanılmakta, gerek tek hakemin gerek hakem kurulu ya da hakem heyetinin göreceği davalarda hakem ve hakemler tahkim sözleşmesi gereği mahkeme yerine geçerek uyuşmazlığı çözecekleri için hukukumuz bakımından diğer hukuklarda (örneğin Almanya'da ZPO §1040-1041 ve 1048) olduğu gibi "hakem mahkemesi" olarak adlandırılmaları uygundur. Zira devlet yargısında mahkemelerde de hakimler tek veya heyet(kurul) şeklinde görev yapabilmektedir, bu yönden de yargılama yapanlar arasında denklik sağlanmaktadır: **Yavuz Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, s. 2-4; **Özbay**, s. 49; **Sarisözen**, s. 6; **Ergin Nomer**, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihi Yargıtay HGK Kararı)", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), s. 566; **Ejder Yılmaz**, "Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu 5-8 Nisan İzmir, İzmir 2000, s. 269. Aksi görüşteki **Özbek**'e göre, hakem yargılamasının kamu işlemi ve adli işlem olarak kabul edilmemesi, hakem yargılamasında kamu menfaatlerinin

içtihatlarında⁵⁸ hakem veya hakem heyetlerinin faaliyetleri yargısal kabul edilmeyerek uyuşmazlığın mahkemede görülmediğine karar verilmiştir. Bu kararlar ve doktrinin farklı görüşü hakem heyetlerinin mahkeme niteliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermiştir.

B. Tahkimin Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler

Karan tarafından da ifade edildiği üzere tahkim, özel hukuktan kaynaklanan, özü itibariyle iki taraflı iradenin bir araya gelmesiyle oluşan bir anlaşmaya dayanan, devlet yargısı kadar önemli olan fakat ona paralel biçimde gelişen⁵⁹ “özel”⁶⁰ yargısal faaliyet ürünü”dür⁶¹.

Tahkimin hukuki niteliğini açıklamak üzere *akdi*, *kazai*, *karma* ve *bağımsız teori* ileri sürülmüştür.

*Akdi teorii*⁶² savunan yazarlara göre tahkim, temelde bir özel hukuk sözleşmesine dayanır ve bu özelliğinden dolayı tahkimde gerek usul gerek esas bakımından taraf iradeleri ön plandadır⁶³. O halde taraflar, tahkim yargılaması ile ilgili konularda (tahkime elverişli olsa da bir konuda hakeme başvurup başvurmamak, hakemlerin seçimi, tahkimin süresi, yeri,

bulunmaması, hakem kurulunun mahkeme gibi devlet eliyle yetkilendirilmemesi gibi sebeplerle hakem kurulu ifadesinin kullanılması daha yerindedir: **Özbek**, s. 219; benzer yönde Erol **Ertekin**/İzzet **Karataş**, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin, Ankara 1997, s. 215, 240.

58 Anayasa Mahkemesi, E. 1963/46, K. 1963/43, 20.02.1963 (RG. 06.04.1963, 11375); Anayasa Mahkemesi, E. 1968/57, K. 1969/29, 13.05.1969 (RG. 22.03.1971, 13786); Anayasa Mahkemesi, E. 1972/19, K. 1972/47, 05.10.1972 (RG. 12.01.1972, 14419). Hakem heyetlerinin faaliyetlerinin “maddi” anlamda yargısal faaliyet olup olmadığının gözetilmemesi dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’ne yönelik eleştiri için bkz. Kemal **Başlar**, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, AYM Yayını, Ankara 2005, s. 25. Yargıtay HGK, E. 2005/728, K. 2006/1, 25.01.2006 (Lexpera).

59 Hakan **Karan**, “Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, s. 214.

60 Tahkimin özel bir yargılama faaliyeti olduğu görüşü için bkz. **Özbay/Korucu**, s. 17; **Okumuş**, s. 8; **Özbek**, Tahkim II, s. 1201.

61 **Karan**, s. 214.

62 Akdi teori kendi içerisinde klasik ve modern akdi teori olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak temelde her iki görüş de tahkimi irade serbestisi ve sınırsız irade yansıması olarak değerlendirmekte; ayrıca tahkimin “özel” nitelikte bir yargı yolu olduğunda hemfikir olmaktadır. Julian D. M. **Lew**/Mistelis A. **Loukas**/Stefan **Kröll**, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, s. 77; **Lew**, s. 54-57; Bilgehan **Yeşilova**, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 95; **Özbek**, Tahkim II, s. 1202; Süheyla **Balkar Bozkurt**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 13.

63 **Yeşilova**, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 96; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 77; **Özbek**, Tahkim I, s. 154; **Balkar Bozkurt**, s. 10 vd.

usulü ve benzeri) karar verirken özgürdürler⁶⁴. Görüşe göre, tahkime hakim olan nisbilik ilkesi⁶⁵ dolayısıyla tahkim sadece taraflar arasında cereyan eder, böylelikle hakemlerce verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmezler⁶⁶. Tahkim anlaşma temeline yaslandığı için tahkim anlaşmasının imzalanması, hakemlerce yargılama yapılarak karar verilmesi ve yargılama sürecinde ortaya çıkan her konuda özel hukuk kuralları uygulanmalıdır⁶⁷. Bu görüşü destekleyen *İzgi*'nin ayrıca ifade ettiği üzere, tahkim anlaşmasının o uyuşmazlık bakımından yetkili olan mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmak yerine uyuşmazlığın adli yargıda görülmesi için gereken şartların gerçekleşme ihtimalinin ortadan kaldırılması anlamına geldiğini, böylece uyuşmazlık hakemlerce çözüme kavuşturulduğunda artık mahkemelere götürülecek bir uyuşmazlıktan da söz edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu şartlar altında, yargılamaya devletin müdahalesi de gerekmemektedir⁶⁸.

*Kazai teoriye*⁶⁹ göre, her devlet kendi ülkesi içerisinde gerçekleştirilecek herhangi bir faaliyeti düzenleme ve denetleme hakkına sahiptir⁷⁰. Yargılama da bunlardan biridir. Tahkim de bir tür yargılama olduğu için ancak devletin müsamaha göstermesiyle icra edilebilir⁷¹. Böylelikle tahkim, meşruluğunu devletin hukuk düzeninden almaktadır⁷². Yine, tahkimin temeli olan tahkim anlaşmasının dayandığı taraf iradesi bile devletin müsamaha göstermesinin bir sonucu olarak hukuk kurallarına girmiştir. Tahkimi düzenleyen hukuk kuralları, tahkimin bir yargılama faaliyeti olması

64 **Selçuk**, s. 9; **Özbek**, Tahkim I, s. 154.

65 Işıl **Özkan**/Bengül **Kavlak**, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara 2024, s. 86; Emre **Esen**, Uluslararası Ticari Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta, İstanbul 2008, s. 11.

66 **Selçuk**, s. 11; **Sarısözen**, s. 7; **Erdoğan**, s. 30.

67 **İzgi**, s. 137, dn. 45'ten naklen.

68 **Selçuk**, s. 9; **Lew/Mistel/Kröll**, s. 77; **Lew**, s. 54; **Yeşilova**, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 94, 95; **Sarısözen**, s. 7; **Balkar Bozkurt**, s. 12.

69 Zamanla kazai görüş içerisinde farklı yaklaşımlar oluşmuştur. Hakemlerin yargılama faaliyeti icra etmesi tüm yaklaşımların ortak özelliği olmasına rağmen, yargılama faaliyetinin asli sahibi devletin, hakemlerin yargılama ve karar verme yetkisinin kaynağı yönünden oynadığı role göre bu yaklaşımlar arasında farklılıklar olduğu görülmektedir. Böylece yaklaşımlar *hüküm teorisi*, *delegasyon teorisi* ve *yerel (milli) hukuk teorisi* olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Yeşilova**, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 101 vd; **Balkar Bozkurt**, s. 16 vd.

70 **Selçuk**, s. 12; **Karan**, s. 207.

71 **Balkar Bozkurt**, s. 15.

72 **Selçuk**, s. 12; **Lew**, s. 52; **Sarısözen**, s. 7; **Karan**, s. 207, 208; **Yeşilova**, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 101,102; **Özbek**, Tahkim I, s. 153.

sebebiyle usul hukuku kurallarıdır⁷³. Bu kurallar çerçevesinde hakemlerin de devlet yargısındaki hakimler gibi uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları ve karar vermeleri⁷⁴, yargılama esnasında ispat vasıtalarının kullanılması, hakem kararlarına karşı kanun yollarının açık olması, tahkim anlaşması ile devlet yargısına başvurulmasının önünün kapatılması, tahkim sonucunda hakemleri ve tarafları bağlayıcı bir kararın verilmesi, tahkim yargılaması esnasında hakemlerin bilirkişiye başvurusu, kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gibi meseleler usuli meselelerdir⁷⁵. Bu hususlar dahi, tahkimin devlet yargısına ikame bir yol olduğunu ortaya koymaktadır. Yine tahkimin sözleşmeye dayanması, tahkimin yargısal bir yol olması ve bu yargılama sonucunda verilen kararın da hüküm olduğu gerçeğini değiştirmemektedir⁷⁶. Bu sebeplerle tahkimin kazai nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir.

Tahkimin niteliğini açıklayan diğer bir görüş ise *karma teoridir*. Karma görüşe göre, tahkimin dayanağı olan tahkim anlaşmasının ortaya çıkışının bir özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle akdi niteliği aşikar olsa da⁷⁷ tahkim anlaşmasının kurulduğu andan sonra hakemlerin kural olarak usul hukukunu esas alarak devlet yargısındaki hakimler gibi yargısal faaliyette bulunmaları tahkimin kazai niteliğini ortaya koymaktadır⁷⁸. Benzer biçimde taraflar, gerek seçtikleri hakemlerce belirledikleri usul kurallarına uygun olarak verilen kararların icrası bakımından gerek hakem yargılaması sonucunda verilen kararların kendi arzularını tam olarak karşılayamama ihtimali bakımından tahkimin az da olsa devletin gücü ile desteklenmesine ihtiyaç duyabilirler⁷⁹. İşte bu noktada kazai teori devreye

73 Süha **Tanrıver**, Medeni Usul Hukuku- C. II, Yetkin, Ankara 2021, s. 354; Yavuz **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 81; **İzgi**, s. 138; **Selçuk**, s. 24; **Özbek**, Tahkim Hukuku-I, s. 408; **Balkar Bozkurt**, s. 15..

74 “...tahkimin temel esaslarından biri, hakem kararının tarafların hak ve borçlarını **kesin ve bağlayıcı** (*final and binding*) olarak karara bağlamasıdır. Hakem kararları sadece iç hukukta değil, **tenfiz edilerek milletlerarası hukukta da ilâmlı icra yoluyla icra edilebilir**. Böylece devle[t]ler, sahip oldukları ve mahkemeler eliyle kullandıkları yargı yetkisini, tarafların yaptığı tahkim sözleşmesi yoluyla **dolaylı olarak hakemlere tevdi etmiş** (hakemleri yetkilendirmiş) olurlar” (Özbek, Tahkim II, s. 1202). Aynı yönde bkz. Nigel **Blackby**/Alan **Redfern**, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford 2015, s. 587; **Balkar Bozkurt**, s. 15.

75 **Selçuk**, s. 12-17; **Özbay**, s. 68, 69;

76 **Alangoya**, s. 52; **Yeğengil**, s. 195; **Özbay/Korucu**, s. 43; **Selçuk**, s. 15.

77 **Karan**, s. 209; **Özbek**, Tahkim I, s. 155.

78 **Selçuk**, s. 17; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 79, dn. 36; **Alangoya**, s. 47-50; **Özbay**, 66-67; **Karan**, s. 209, 210; **Özbek**, Tahkim I, s. 155; **Balkar Bozkurt**, s. 24.

79 **Karan**, s. 209.

girmektedir. Böylece tahkim hem akdi hem de kazai olmak üzere iki yönü bulunduğu doktrinde “iki başlı ejderha”ya⁸⁰ benzetilerek tahkimin karma nitelikte olduğu ifade edilmektedir.

Tahkimin hukuki niteliğini açıklayan son görüş ise *bağımsız (otonom) teoridir*. Bu görüş önceki görüşlerde olduğu gibi tahkimin maddi hukuk ve usul hukuku boyutları ile milli hukuktaki konumu ile ilgilenmek yerine tahkime bir milletlerarası nitelik tanınması gerektiğinden hareket eder⁸¹. Görüşe göre, tahkimin milletlerarası niteliği ön plana çıkarılarak irade serbestisi ve taraf iradelerinin sınırları bakımından milli hukukun değil de onun ötesinde milletlerarası özel hukukun özellikle de milletlerarası kamu düzenine ilişkin ölçütler esas alınarak değerlendirmeler yapılması ve bu değerlendirmelerden elde edilen sonuçlara istinaden milletlerarası tahkimin niteliğinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁸². “*Teorinin tahkime bakışı, her hâlükârda tahkimin neyi amaçladığıyla ve amaçladığı doğrultuda nasıl bir işlev gördüğüyle ilgilidir*”⁸³. Teori, “... tahkimdeki gerek sözleşmesel gerekse yargısal yapı taşlarını kabul etmiş; lakin ağırlık merkezini, irade serbestisinden veya tahkim yerinin olası etkilerinden, tarafların tahkime yönelik anlaşmalarının ve tahkim sürecine olan katılımlarının ticari ve hukuki düzeyine/yeterliliğine kaydırmıştır”⁸⁴.

Kanaatimizce, devlet, kendi toprakları üzerinde egemenlik hakkına sahiptir ve bu egemenlik hakkı, yargılama yetkisini kullanma gücünü de içerir. Genellikle devlet, bu yetkisini mahkemeleri aracılığıyla kullanır. Ancak, bazı özel durumlarda, devlet, taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için hakemlere başvurulmasına olanak tanır. Bu durumda devlet, yargı yetkisini, uluslararası hukuk ilkeleri doğrultusunda, devlet mahkemeleri ile hakem mahkemeleri arasında paylaştırmaktadır⁸⁵. Tahkimin bir anlaşmaya dayanıyor olması, yargısal bir süreç olduğu ve yargılama sonunda verilen kararın da hüküm olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz⁸⁶. Keza, Özbay tarafından da ifade edildiği gibi, “... hakem kararlarının mahkeme kararlarına benzer şekilde yargısal karar olduğunun kabulü, hem tahkimin amacı hem de tahkime ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenlemelerin gereğidir. Zira, hakem kararlarının

80 Yeğengil, s. 201.

81 Erdoğan, s. 37, 38; İzgi, s. 139.

82 İzgi, s. 139; Karan, s. 211, 212; Yeşilova, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 112; Lew, s. 59, 60; Balkar Bozkurt, s. 28-38.

83 Yeşilova, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 112.

84 Yeşilova, Tahkimin Hukuki Niteliği, s. 115.

85 Karan, s. 206, 207.

86 Alangoya, s. 81; Yeğengil, s. 195, Özbay/Korucu, s. 43; Balkar Bozkurt, s. 25.

da mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etmesi, hakemlerin bir yargılama faaliyeti icra etmeleri, kararın mahkemeye tevdi edildikten sonra tarafların rızası ile ortadan kaldırılamaması, hakemlerin tıpkı hakimler gibi reddedilebilmeleri ve kararın ancak kanun yolları ile düzeltilebilmesi gibi hususlar, hakem kararının yargısal nitelik taşıdığını göstermektedir.⁸⁷ Tahkimin amacı, tahkim anlaşmasının sonuçlarını doğurduğu alan ve tahkime ilişkin kanuni düzenlemeler dikkate alındığında tahkimin devlet yargısına alternatif diğer bir ifadeyle devlet yargısının yanı sıra ve ona ikame olarak kabul edilen yargısal bir yol olduğunu açıklayan kazai teoriyi benimsemektiriz⁸⁸.

IV. HAKEM HEYETİNİN “KANUNLA KURULMUŞ MAHKEME” NİTELİĞİNE YÖNELİK TESPİTLER

A. Genel Olarak

Tahkimin hukuki niteliğinin kazai olduğunun kabulü, tahkimin temelini anlaşılmaya yani taraf iradelerine dayandığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Taraf iradesi çerçevesinde taraflar uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurma hakları yerine uyuşmazlığın yine kendilerinin belirleyeceği hakemlerin başrolü olduğu tahkim yolunu seçebilirler. Bu halde tahkim, *ihtiyaridir*⁸⁹. Ancak bazen kanun hükümleri taraf iradesini es geçerek uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurulmasını zorunlu kılıyor olabilir. Bu durumda *mecburi tahkim*den bahsedilir⁹⁰. Özellikle ihtiyari tahkimde, hakem heyeti taraf iradesine istinaden fakat kanunda yazılı hususlar dairesinde kurulur. Benzer şekilde, *özel kanunlar*⁹¹ gereği tah-

87 Özbay, s. 68-69.

88 Aynı yönde bkz. Selçuk, s. 18 vd.; İzgi, s. 139-140; Özbay, s. 68, 69; Alangoya, s. 81; Erdoğan, s. 38-42.

89 Akıncı, s. 8; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 618; Arslan ve diğerleri, s. 852; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 762; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 805; Özbay, s. 31, 32; Özbay/Korucu, s. 18; Ekşi, s. 18; Okumuş, s. 7; Karadaş, s. 35; Can, s. 91 vd.; Göksu, s. 135; Abdullah Uz, “Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, , S. 13, Y. 2011/1, s. 243.

90 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 618; Arslan ve diğerleri, s. 852; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 762; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 806; Özbay, s. 31, 32; Özbay/Korucu, s. 18; Ekşi, s. 47; Okumuş, s. 7; Karadaş, s. 35; Uz, s. 243; Can, s. 91 vd.; Göksu, s. 135.

91 Özel kanunlarda düzenlenen mecburi tahkim hallerinden başka yine bazı özel kanunlarda düzenlenmiş ihtiyari tahkim halleri de hukukumuzda mevcuttur. Örneğin,

kime gidilmesi zaruri olan mecburi tahkim hallerinde de yine bu özel kanunlar uyarınca yargılamayı yapacak olan hakem heyeti belirlenir. Örneğin, Türk hukukunda futbol faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında çıkan bazı uyuşmazlıkların çözümünde mecburi tahkim yolu öngörülmüş, bunun için de *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu* kurulmuştur⁹². Hukukumuzda istisnai⁹³ nitelik taşıyan mecburi tahkim hallerinde taraflar özel kanunda gösterilen hakemlere başvurmak zorunda olduklarından mahkemede dava açamamaktadır⁹⁴.

AİHM Sramek v. Australia davasında, her ne kadar iç hukuk bakımından mahkeme niteliği taşımıyor olsa da yetki alanı içerisinde kalan konularla ilgili uyuşmazlıkları hukuka ve yargılama kurallarına göre karara bağlama görevi bulunan makamların (davada Bölge Kurulu olarak geçmektedir) “kanunen kurulmuş mahkeme” niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. AİHM, yine sayılan nitelikleri haiz ancak idari işler yapan bir kurul da mahkeme niteliğinde görmektedir. Ne var ki, Mahkeme bu kurullardan yargılama yetkisi tam ve bağımsız olmayanları ise mahkeme olarak

Odalar Birliği Kanunu, Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu, Kooperatifler Kanunu’nda düzenlenen tahkim özel kanunlarda düzenlenen ihtiyari tahkim hallerinden bazılarıdır (Detaylı açıklamalar için bkz. **Özbay**, s. 33, dn. 60). Ayrıca, ihtiyari tahkim-mecburi tahkim ayrımından başka milli –milletlerarası tahkim, ad hoc (arizi)-kurumsal tahkim ayrımları da mevcuttur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıncı**, s. 6, 7; **Ekşi**, s. 18 vd.; **Karadaş**, s. 35 vd.; **Özbay/Korucu**, s. 18 vd.; **Arslan ve diğerleri**, s. 851; **Nuray Ekşi**, *Türkiye’de Kurumsal Tahkim*, Beta, İstanbul 2020, s. 7 vd.; **Yeşilirmak**, s. 75-77; **Can**, s. 91 vd.. Ancak çalışma konumuz ile birebir alakalı olmadıklarından bu tahkim ayrımlarına çalışmamızda yer vermemekteyiz.

- 92 **Can**, s. 92; **Uz**, s. 272; **Ekşi**, *Kurumsal Tahkim*, s. 84-98; Erkan **Küçükgüngör**, “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı Ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s. 146. TFF Tahkim Kurulu’nun mecburi tahkim heyeti sıfatına yönelik açıklamalar için ayrıca bkz. Nuray **Ekşi**, *Spor Tahkim Hukuku*, İstanbul 2015, s. 356. Spor tahkiminden başka Türk hukukundaki mecburi tahkim hallerinin düzenlendiği bazı kanunlar şöyledir; 3533 sayılı *Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu İle Halli Hakkında Kanun*, *Noterlik Kanunu*, *Gümrük Kanunu*, *Çeltik Ekim Kanunu*, *Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu*. Türk hukukundaki mecburi tahkim hallerine ilişkin açıklamalar için bkz. **Özbay**, s. 31, s. 32, dn. 54; **Akıncı**, s. 8, 9; **Kuru**, Cilt VI, s. 5876; **Arslan ve diğerleri**, s. 852; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 762; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 805; **Ekşi**, *Kurumsal Tahkim*, s. 22 vd.; **Can**, s. 91 vd.

- 93 **Özbay**, s. 32.

- 94 **Akıncı**, s. 8; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 618; **Arslan ve diğerleri**, s. 852; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 762; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 806; **Özbay**, s. 31, 32; **Özbay/Korucu**, s. 18; **Ekşi**, s. 47; **Okumuş**, s. 7; **Karadaş**, s. 35; **Uz**, s. 243

değerlendirmemektedir⁹⁵. Sonuç olarak AİHM, tam yetkili ve bağımsız nitelikteki hakem heyetlerini mahkeme niteliğinde kabul etmektedir⁹⁶. Doktrin de AİHM’in bu yaklaşımını destekleyerek kanun koyucu tarafından mahkemenin oluşturulması ile bu mahkemede görev alan hakimlerin atanması bakımından ayırım yapmaktadır. Bu ayırım neticesinde “... iç hukukta hakimlerin bile kanun koyucu tarafından oluşturulmayarak seçildiği (hakim yardımcısı olarak çalışan avukatlar) veya olaya özgü atandığı (bir jürinin üyeleri) halleri buna örnek göstermektedirler”⁹⁷.

AİHM belli şartlar dâhilinde mahkeme tanımında yelpazeyi geniş tutmaktadır. Ancak yine de ihtiyari ve mecburi hakem heyetlerinin AİHS m. 6 (1) bağlamında kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde olup olmadığına tespiti noktasında doktrinde tartışmalar mevcuttur. *Topuz*’a göre, “Yargı yetkisi, objektif hukuk kurallarının yargısal usullere uyularak somut uyuşmazlığa bağımsız ve tarafsız kişi veya kişilerce uygulanması olup, yargı yetkisi kural olarak devletin mahkemelerine aittir. Ancak zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkimde hakem mahkemeleri de yargı yetkisini kullanan merciiler olarak kabul edilmelidir”⁹⁸. Aksî yönde olan görüşe göre ise, Sözleşmede geçen mahkeme, kuruluşu, işleyişi ve uygulayacağı usuller yönünden de kanuni bir nitelik taşımamalıdır⁹⁹. Bu görüşe göre ayrıca hakem heyetleri, her ne kadar kanuni bir temele sahip olsalar da AİHM içtihatlarında¹⁰⁰ benimsenen türde kanuni bir nitelik taşımamaktadır; zira kuruluşları ve işleyişleri tamamen tarafların iradesine dayanmaktadır. Bu sebeple de hakem heyetleri, tıpkı mahkemelerin yürütmenin etkisinde kalmalarının tarafsız mahkeme olarak değerlendirilmelerinde engel olduğu gibi, hakem heyetlerinin de taraf iradesi altında olması onların mahkeme niteliğinde sayılmasının önünde engeldir¹⁰¹. Esasen bu noktada ihtiyari

95 *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, Application No: 7819/77, kn. 77 vd.; *Beaumont v. France*, Application No: 15287/89, kn. 28.

96 İlgili açıklamalar için bkz. yuk. II, 1.

97 **Özbek**, Tahkim II, s. 1211’den naklen.

98 **Topuz**, s. 1914-1915; aynı yönde bkz. Bilgehan **Yeşilova**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel, İzmir 2008, s. 141 vd.

99 **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İkinci Bölüm, §3, dn. 50’deki yazarlar.

100 Bkz. ve karşı. *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, Application No: 7819/77, kn. 77 vd.; *Beaumont v. France*, Application No: 15287/89, kn. 28.

101 **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İkinci Bölüm, §3, dn. 50’den naklen; aynı yönde detaylı açıklamalar için bkz. **Özbek**, Tahkim II, s. 1211.

tahkimde hakem heyetinin resmi olarak olmasa da dolaylı biçimde kanunla kurulduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁰². Hakem heyeti her ne kadar tahkim anlaşmasına istinaden taraf iradesi ile kuruluyor olsa da tahkim anlaşmasının hakem heyetini kurma gücünü kanundan aldığı gerçeği göz ardı edilememelidir. Özüne baktığımızda hakem heyetini oluşturan irade yine bir kanundan kaynağını alıyor olduğundan ihtiyari hakem heyetlerinin de kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde kabul edilmesi gerekir.

B. Mecburi tahkimde

Tahkim yargılamaları bakımından âdil yargılanma hakkının geçerliliği tahkimin mecburi ya da ihtiyarî tahkim olmasına göre farklı izah edilmektedir. “Mahkemeye ulaşma hakkı” gereği, bireyler tarafı oldukları uyuşmazlığın mahkeme yolu ile çözümünü isteyebilecekleri gibi tahkim yolu ile de çözümünü isteyebilirler. AİHM, *Lithgow and Others v. The United Kingdom* davasında¹⁰³ verdiği kararda, Sözleşme’nin 6’ncı maddesinde ifade edilen “kanunla kurulmuş mahkeme” tâbirinin klasik manada yasama organının çıkardığı yasalara dayanılarak kurulmuş, görev ve yetki sınırları yine yasalarla belirlenmiş devlet mahkemeleri ile dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁴. İlâveten, 1977 tarihli Uçak ve Gemi İnşaa Endüstrileri Kanunu ile kurulan ve bu Kanun kapsamına giren uyuşmazlıkların çözümünü yetkilendirilen mecburi hakem heyetinin AİHS m. 6 (1) çerçevesinde “kanunla kurulmuş mahkeme” niteliğinde olduğunu hükme bağlayarak mecburi tahkim bakımından tartışmaları sona erdirmiştir. Ancak, ihtiyarî tahkim bakımından sorunun çözümü mecburi tahkimdeki kadar net değildir.

C. İhtiyari Tahkimde

Âdil yargılanma hakkı, her ne kadar AİHS ile evrensel olarak teminat altına alınmış, medeni usul hukuku gereğince “olmazsa olmaz” nitelikte olsa ve hatta bu hakkın ihtiyarî tahkimde uygulanamayacağı görüşü¹⁰⁵ ileri

102 **Özbek**, Tahkim II, s. 1211, dn. 103’deki yazardan naklen.

103 *Lithgow and Others v. The United Kingdom*, Application No: 9006/80, s. 67, kn. 201 (Aynı yönde verilmiş AİHM kararları için bkz. *X v. The United Kingdom*, Application No: 7215/75, s. 20, kn.53; *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, s. 33, kn.76).

104 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özbek**, Tahkim II, s. 1189.

105 **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 95; **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, s. 135-136, 140; Emel **Hanağası**, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin, Ankara 2016, s. 197-198, dn. 107’deki yazarlar.

sürülse de, doktrinde aksini savunan bir görüş mevcuttur¹⁰⁶. Âdil yargılanma hakkının ihtiyarî tahkimde uygulanamayacağını ifade eden görüşe göre, öncelikle, Sözleşme'nin hiçbir maddesinde, bu hükmün tahkimde uygulanabileceği yönünde bir ibare bulunmadığı gibi; hakem heyetleri de Sözleşmenin 6. maddesinde bireylerin âdil yargılanma hakkına saygı göstermekle yükümlü tutulan ve “*the tribunal established by law*” (*kanunla kurulmuş mahkeme*) olarak ifade edilen mahkemeler arasında kabul edilmemektedir. Görüşe göre ayrıca, böyle bir hükmün tahkim açısından da geçerli olması hiç beklenmemelidir, zira, bir tahkim anlaşmasına taraf olan kişi, bu vesileyle hem devlet yargısından yararlanmaktan feragat etmekte, hem de devlet yargısı karşısında AİHS’de korunan haklarından feragat etmektedir¹⁰⁷.

Bu görüşün aksini savunan diğer görüşe¹⁰⁸ göre, AİHS’in 6. maddesinde yer alan mahkeme terimi, hakem heyetlerini de kapsayacak nitelikte yorumlanmalıdır. Buna göre, AİHM kararlarında¹⁰⁹ AİHS’in 6. maddesinde geçen “*established by law*” (*kanunla kurulmuş mahkeme*) ifadesi “*hukuka uygun biçimde oluşmuş*”; “*tribunal*” (mahkeme) ifadesi de “*yargı yetkisine sahip, yargısal işlev görev, taraflar için bağlayıcı karar veren, verdiği kararlar da yargı organları dışındaki organlarca değiştirelemeyen kurum*” olarak kullanılmaktadır. Ayrıca doktrinde belirtildiği üzere, “*... Hakem mahkemesi de hakim gibi bir hukuki uyumsuzluk hakkında karar verme yetkisi kazanır; kararını bir hakim gibi, en azından tarafları bağlayıcı olarak beyan eder. Bu çerçevede, hakem mahkemesi, bir devlet mahkemesi olmamakla beraber, devlet mahkemesinin yerine geçmiş olur. ... Şu halde, bir hakem mahkemesi de kamu otoritesi formunda olmasa dahi, bir hukuki karar verdiği göre, usul hukukuna ait temel prensiplere riayet etmek durumundadır. ...*”¹¹⁰. Böylece Nomer tarafından bu hükmün sadece mecburi tahkim değil, ihtiyarî tahkim hallerini de kapsadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, tahkim anlaşması yaparak devlet yargısından feragat eden tarafların, AİHS’in devlet yargı organları huzurunda kendilerine sunduğu asgarî korumadan da feragat etmediği farklı bir görüş

106 Detaylı bilgi için bkz. Yeşilova, Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, s. 136, dn. 28’deki yazarlar.

107 Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, s. 153; Yeşilova, Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, s. 135.

108 Petrochilos, s. 153 – 154; Yeşilova, Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, s. 141.

109 Bkz. yuk. dn. 30’da belirtilen AİHM kararları.

110 Nomer, s. 566.

olarak ileri sürülmektedir¹¹¹. Aslında tahkim yargılamasının avantajı¹¹² olarak görülen gizlilik esası dolayısıyla tahkimi tercih eden tarafların adil yargılama hakkının sadece aleniyet ilkesinden feragat ettikleri kanaati uyanmaktadır¹¹³.

Kanaatimizce de, AİHS'in 6. maddesi devlet yargısı ile birlikte mecburi tahkimi ve ihtiyarî tahkimi de kapsamaktadır. Tahkim yargılamasının cereyan ettiği yer, tahkim yargılamasının usulüne ya da esasına uygulanacak hukuk nerenin hukuku olursa olsun, AİHS ile teminat altına alınan âdil yargılanma hakkının, herhangi bir makam önünde görülen yargılama usulünün temel taşı olduğunun altı çizilmelidir. Böylelikle, hak devlet mahkemelerinin yargılama sırasında taraflara yapacağı muamelenin asgari sınırını çizdiği gibi, tahkim yargılamasında da hakemlerin taraflara yapacağı muamelenin asgari sınırını çizdiği kabul edilmelidir. Zira bu ilke *usuli kamu düzeninin* gereğidir ve devlet dışındaki gerçek ve tüzel kişiler AİHS'de yer alan haklara saygı göstermekle yükümlüdürler¹¹⁴. Binaenaleyh, tahkime gitmeyi kararlaştırmanın, kişinin devlet yargısında sahip olduğu evrensel yargılama haklarından feragat ettiği şeklinde yorumlanması oldukça geniş bir yorum olacak ve kişinin mağduriyeti ile sonuçlanacaktır¹¹⁵. Her ne kadar, tahkim sözleşmesinin akdedilmesiyle devlet yargısına

111 Görüşler için bkz. Didem **Kayalı**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Seçkin, Ankara 2015, s. 29, dn. 56.

112 Milletlerarası uyumazlıkların çözüm yöntemi olarak tahkimin avantajları hakkında detaylı bilgi için bkz. American Bar Association, Benefits Of Arbitration For Commercial Disputes, 2014, s. 2- 12.

113 Sébastien **Besson**, "Arbitration and Human Rights", ASA Bulletin, Vol. 24, No. 3, 2006, s. 401.

114 **Hanağası**, s. 199; Aynı yöndeki görüşler için bkz. Selim **Kaneti**, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", İÜHFM, C. 53, S. 1-4, 1990, s. 200-210; Merih **Öden**, Anayasa Hukuku Bakımından Eşitlik İlkesi, Yetkin, Ankara 2003, s. 155, dn. 101'deki yazarlar), s. 156-157.

115 **Özbek**'e göre, "*Netice olarak âdil yargılanma güvencelerinin feragat edilme şartları hepsinde aynı değildir. Bazı âdil yargılanma güvenceleri diğerlerinden daha esaslı olduğundan kamu düzenine ilişkindir. Sırf tahkim sözleşmesi yapmakla temel âdil yargılanma güvencelerinden feragat edilmiş olmaz. Çünkü imza anında taraflar, böyle bir feragatin tüm sonuçlarını önceden kestiremez. Tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkan durumlar, önceden feragat edilemeyen bu temel hakları (âdil bir duruşma yapılması ve tarafsız ve bağımsız hakemlerce yargılama yapılması hakkını) etkileyebilir. Böylece tahkim sözleşmesi imzalanmasıyla, sadece devletin mahkemesi önünde ve makul sürede alenî şekilde yargılanma hakkından feragat edilmiş olur. Buna karşılık tahkim sözleşmesi imzalayan kişiler, yargılamanın âdil yapılması (silahların eşitliği, hukukî dinlenilme hakkı gibi) ile bağımsız ve tarafsız bir hakem kurulunca yargılanma yapılması hakkından feragat etmiş olmaz. Bu sebeple*

başvurma hakkından feragat edildiği yönündeki görüşe katılıyorsak da, bu feragatin kapsamının âdil yargılanma hakkından feragati kapsayacak ölçüde genişletilmesine katılmamaktayız¹¹⁶. Zira, tahkim prosedürünün, devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılama süreci gibi bir hüküm tesis etme süreci olduğu ve adaletin gerçekleşmesi için konulmuş bulunan usul hukuku teminatlarının dışında kalması¹¹⁷ ve ayrıca devlet yargısına gitmekten feragatin, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği insanlık onurundan doğan yargısal nitelikteki temel hakların bizzat özünden feragat edilmesi¹¹⁸ şeklinde yorumlanması mümkün olamamalıdır. Ayrıca, tahkimi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul eden devletin, sadece mahkemeye alternatif olarak tahkime gidilebilmesinin yolunu açmak şeklinde değil, aynı zamanda tahkimin yargısal bir faaliyet olmasından dolayı milletlerarası sözleşmeler ile teminat altına alınan yargısal temel hakların tahkim yargılaması bakımından da korunması yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁹. Bu gerekçeyle, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkının, ihtiyarî tahkim yargılamaları açısından da geçerli olacağı görüşündeyiz.

Bu yönden hem mecburi hem ihtiyari tahkim yargılamaları açısından uygulanabilirliği kabul edilen âdil yargılanma hakkının unsurları; *tarafklarının mahkeme huzurunda eşit olduğunun kabul edilmesi (AİHS m. 14), yargılamanın yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından; makûl sürede, aleni ve hakkaniyete uygun biçimde yapılmasıdır.*

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biridir ve İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (AİHS) ile güvence altına alınan en temel insan haklarından biridir. AİHS'in 1. ve 14. maddeleri, bu hakların vatandaş ve yabancı ayrımı ya-

İHAS'ı imzalayan ülkelerde hem hakemler hem hâkimler, ulus ötesi usûl kurallarında ifadesini bulan insan hakları ilkelerini doğrudan veya dolaylı olarak dikkate almalıdır." (Özbek, Tahkim II, s. 1199, 1200). Balkar'ın benzer yöndeki açıklamaları için bkz. **Balkar**, s. 709.

116 Aynı yönde bkz. *Albert ve Le Compte v. Begium*, Application No: 7299/75 (Şahin, s. 375'ten naklen).

117 **Kayalı**, s. 30.

118 **Hanağası**, s. 201.

119 Devletlerin tahkimde temel yargısal insan haklarının korunması ve denetimi yükümlülüğü hakkında açıklamalar için bkz. **Yeşilova**, Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, s. 155-162.

pılmaksızın herkes için geçerli olduğunu belirtmektedir. AİHS'in 6. maddesi, adil yargılanma hakkını düzenler ve kişilere mahkemeye başvurma hakkı ve bağımsız, tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı tanır.

AİHM içtihatları, adil yargılanma hakkının sadece hukuki engelleri değil, aynı zamanda fiili engelleri de ortadan kaldırmayı gerektirdiğini vurgulamaktadır. Ancak, mahkemeye başvurma hakkı, bazı koşullarda sınırlandırılabilir. Örneğin, *Ashingdane v. The United Kingdom* kararında, mahkemeye başvurma hakkının mutlak bir hak olmadığı, ancak orantılılık ilkesine uygun olarak sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir.

AİHS'in 34. maddesi, AİHM'ye başvuru hakkını, yalnızca gerçek kişilere değil, aynı zamanda şirketlere ve kişi gruplarına da tanımaktadır. Bu, özellikle ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin AİHM'in adil yargılanma hakkı ile uyumlu olduğunu gösterir. Ancak, doktrinde AİHS m. 6'daki güvencelerin tahkim yargılanmasında uygulanması noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar bu güvencelerin tahkim yargılanmasında uygulanacağını ifade ederken bazı yazarlar ise bu güvencelerin uygulanamayacağını ifade ederler. Kanaatimizce de tahkim, adil yargılanma hakkının sağlanması açısından esnek bir yaklaşım gerektirmemekle birlikte, tahkimde taraflarca seçilen yargılama usulüne bakılmaksızın, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi temel ilkelere uyulması gerektiği tartışmasıdır.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak taraflar kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına sahiptir. Bu bağlamda öncelikle mahkeme kavramı ardından kanunla kurulmuş olma şartının üzerinde durulması zorunluluktur. Mahkeme, devletin yargı görevini yerine getiren ve yasayla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir organ olarak tanımlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bir yargı merciinin mahkeme olarak kabul edilebilmesi için; üyelerinin hakimlerden oluşması, yargılama usullerinin yasayla belirlenmesi ve yargılamanın hukuki kurallara uygun olması gibi şartların gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM ise, mahkemenin yalnızca iç hukukta "mahkeme" olarak adlandırılan yerler değil, bağımsız, tarafsız ve yargı usullerine uygun şekilde karar veren tüm organları kapsadığını belirtmektedir. AİHM kararlarına göre, mahkemelerin bağlayıcı kararlar verebilmesi, hukuken düzenlenmiş bir usul çerçevesinde faaliyet göstermesi gerekmektedir. Bir yargı merciinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkeme niteliğinde kabul edilebilmesi için kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinin olması gerekmektedir. Bu nitelik, AİHM tarafından geniş bir şekilde yorumlanmıştır. AİHM, mahkemelerin sadece yasama organı tarafından kurulduğunda değil, yasaya uygun bir şekilde kurulduğunda da "kanunla kurulmuş mahkeme" sayılabileceğine karar vermiştir. Kanun,

mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usullerini belirlemeli, ancak bu düzenlemeler her detay için değil, temel ilkeler çerçevesinde yapılmalıdır. Yine AİHM, mahkemelerin “kanunla kurulmuş” olmasının, sadece yasal düzenlemeyle ilgili değil, o düzenlemeye uygun şekilde işleyiş göstermesini de kapsadığını ifade etmiştir. Nihayetinde bir merciinin mahkeme olarak kabul edilebilmesi için, belirli yargı güvenceleri ve usullere uygun olarak faaliyet göstermesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Tahkim, özel hukukta tarafların kendi iradeleriyle belirledikleri hakemler aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümlendiği alternatif bir yargı yöntemidir. Bu noktada iki önemli noktada tartışmalar doğmuştur. Birincisi, tahkimi yürüten hakem heyetinin mahkeme olarak kabul edilip edilmeyeceği; ikincisi, hakem heyetinin adil yargılanma hakkı bağlamında kanunla kurulmuş mahkeme sayılıp sayılmayacağıdır. Tartışmalara girmeden evvel netleştirilmesi gereken diğer bir husus ise tahkimin hukuki niteliğidir. Tahkimin hukuki niteliği konusunda çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bu teoriler akdi teori, kazai teori, karma teori ve bağımsız (otonom) teoridir. Bu teoriler arasında en çok benimsenen kazai teoridir. Bu teoriyi savunan yazarlara göre mahkemelerinin yetkisi genellikle kanundan doğarken, tahkimde hakemlerin yetkisi tarafların aralarındaki tahkim sözleşmesinden kaynaklansa da tahkimin yargısal bir faaliyet olduğu ve mahkeme kararlarına benzer şekilde bağlayıcı etkisi olduğu kabul edilmektedir. Hakem kararlarının, mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil etmesi, yargılama sürecinde devletin müdahalesinin gerekmemesi gibi özellikler, tahkimin devlet yargısına alternatif, fakat ona yakın bir yargı yolu olduğunu göstermektedir. Bu yüzden kazai teori benimsenerek, tahkimin devlet yargısına alternatif bir yargı yolu olduğu, hakem heyetinin de mahkeme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Hakem heyetlerinin kanunla kurulmuş mahkeme niteliğine yönelik tartışmalarda ise mecburi ve ihtiyari tahkim ayrımına göre değerlendirmeler yapılmaktadır. Tahkim, tarafların iradeleri doğrultusunda uyuşmazlık çözümü sağlamak amacıyla başvurdukları bir yöntem olup, mecburi ve ihtiyari olarak iki şekilde uygulanabilir. Mecburi tahkimde, devlet özel kanunlar aracılığıyla belirli uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini zorunlu kılabilir. İhtiyari tahkimde ise taraflar, kendi iradeleriyle anlaşarak hakemler aracılığıyla çözüm arayabilirler. AİHM'in yaklaşımına göre, bazı şartlar dahilinde, özellikle mecburi tahkimde, hakem heyetleri “kanunla kurulmuş mahkeme” olarak kabul edilebilir. AİHM, mahkeme teriminin kapsamını geniş tutarak, bazı idari kurulların ve hakem heyetlerinin de “kanunla kurulmuş mahkeme” niteliğine sahip olabileceğini belirtmiştir. Ancak ihtiyari tahkimde bu durum daha karmaşıktır, çünkü taraflar

kendi iradeleriyle tahkimi seçtiklerinde, AİHM'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkının uygulanıp uygulanamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bazı görüşler, tahkimde adil yargılanma hakkının hiç uygulanamayacağına savunsa da, başka bir görüş, AİHM'nin 6. maddesindeki “kanunla kurulmuş mahkeme” ifadesinin hakem heyetlerini kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğini öne sürer. Bu görüş, tahkimde adil yargılama hakkının, devlet mahkemelerine benzer şekilde geçerli olduğunu ve tahkime başvuran kişilerin, devlet yargısında sahip oldukları evrensel yargılama haklarından feragat etmediklerini savunur. Kanaatimizce de ihtiyari tahkimde dahi adil yargılanma hakkının uygulanması gerekmekte ve tahkimin yargısal bir faaliyet olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, tahkim devlet yargısına alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Tahkim sonucunda verilen kararlar ve karar aşamasına dek yargılama esnasında hakemlerin uyguladıkları usuller, davanın görüldüğü esnada başvurulmuş usuli kurumların her biri hakem yargılamasının devlet yargısına eşdeğer olduğunu ortaya koymakta, böylece hakem heyetleri mahkeme niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak mecburi tahkim hallerinde tahkimde uygulanacak kurallar öyle dursun tarafların tahkime başvurma iradesi dahi kanuna dayandığından mecburi tahkimdeki hakem heyetlerinin kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde kabul edilmesinde şüphe yoktur. Ancak, bu tespiti yapmak ihtiyari tahkimde bu kadar kolay değildir. Zira, iradi tahkimde taraf iradesinin ön planda ve yönetici pozisyonunda olması tespiti zorlaştırmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlara göre, devletin kanunlarla yargı erkinin bir kısmını tahkim uyuşmazlık çözüm yolu vasıtasıyla hakem heyetleri ile paylaştığından bahisle mahkeme niteliği sabit olan hakem heyetlerinin kanunla kurulmuş olduklarını kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla hakem heyetleri mecburi ve ihtiyari tahkim ayrımı yapılmaksızın AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat, İstanbul 2021.
- Akkurt**, Kemal, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- Alangoya**, Yavuz, Medenî Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973.
- Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1960.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, Ankara 2024.
- Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, Ankara 2024.
- Aydemir**, Fatih, Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Balkar**, Süheyla, “AİHM Kararları Işığında AİHS md. 6 ve Tahkim”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 209, 2022, s. 683-722.
- Balkar Bozkurt**, Süheyla, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, On İki Levha, İstanbul 2016.
- Başlar**, Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, AYM Yayını, Ankara 2005.
- Besson**, Sébastien, “Arbitration and Human Rights”, ASA Bulletin, Vol. 24, No. 3, 2006, s. 395-416.
- Blackby**, Nigel/**Redfern** Alan, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford 2015.
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medenî Usul Hukuku, Filiz, İstanbul 2024.
- Can**, Hacı, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Seçkin, Ankara 2024.
- Çelik**, Adem, Adil Yargılanma Hakkı, Adalet, Ankara 2007.
- Ekşi**, Nuray, Türkiye’de Kurumsal Tahkim, Beta, İstanbul 2020. (Kurumsal Tahkim)
- Erdoğan**, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin, Ankara 2017.
- Ertekin**, Erol/**Karataş**, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin, Ankara 1997.
- Esen**, Emre, Uluslararası Ticari Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta, İstanbul 2008.
- Fouchard**, Philippe/**Gaillard**, Emmanuel/**Goldman**, Berthold, On International Commercial Arbitration, The Hague-London-Boston, 1999.
- Göksu**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, Seçkin, Ankara 2024.

Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama””, AÜSBFD, C.49, S. 1, 2004, s. 199-234.

Görgün, Şanal/**Börü**, Levent/**Kodakoğlu**, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, Ankara 2024.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin, Bursa 2011.

Gülgün, Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Seçkin, Ankara 2003.

Gündoğdu, Fatih, “TFF Tahkim Kurulu Yargılama Hakkı Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S. 140, 2019, s. 141-170.

Güngör, Burak, Suç İsnadı Altında Bulunanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında, On İki Levha, İstanbul 2021.

Hanağası, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin, Ankara 2016.

Harris, David/**O’boyle**, Michael/**Warbrick**, Colin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, Ankara 2013.

İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Konseyi, Ankara 2007.

İzgi, Mehmet Feridun, Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları, On İki Levha, İstanbul 2023.

Kaneti, Selim, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, İÜHFM, C. 53, S. 1-4, 1990, s. 19-35.

Karadaş, İzzet, 6100 sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet, Ankara 2013.

Karan, Hakan, “Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan, İzmir 2001, s. 201-230.

Kaşıkar, Serhat M., Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet, Ankara 2009.

Kayalı, Didem, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Seçkin, Ankara 2015.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü- Cilt VI, Demir Demir, İstanbul 2001.

Kuru, Baki/**Aydın**, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2022.

Küçükgüngör, Erkan, “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s. 137-146.

Lew, Julian D. M./**Loukas**, A. Mistelis/ **Kroll**, Stefan, Comparative International Commercial Arbitration, 2003.

Lew, Julian D.M., Applicable Law in International Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Awards, 1978.

Metin, Yüksel/**Alp**, Erhan, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 81-120.

Nomer, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihi Yargıtay HGK Kararı)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.19, S. 1-2 (Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan), 1999, s. 555-576.

Okumuş, Nagehan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali, On İki Levha, İstanbul 2021.

Öden, Merih, Anayasa Hukuku Bakımından Eşitlik İlkesi, Yetkin, Ankara 2003.

Özbay, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, s. 459-475. (ADR)

Özbay, İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin, Ankara 2004.

Özbay, İbrahim/**Aydemir**, Fatih/**Bölükbaşı**, Özge/**Kaya**, Seyithan, Yargı Örgütü, Yetkin, Ankara 2022.

Özbay, İbrahim/**Korucu**, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444, Adalet, Ankara 2016.

Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Cilt I, Yetkin, Ankara 2016.

Özbek, Mustafa Serdar, Tahkim Hukuku-Cilt I, Yetki, Ankara 2022. (Tahkim I)

Özbek, Mustafa Serdar, Tahkim Hukuku-Cilt II, Yetkin, Ankara 2022. (Tahkim II)

Özkan, Işıl/**Kavlak**, Bengül, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara 2024.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, İstanbul 2024.

Petrochilos, Georgios, Procedural Law in International Arbitration, Oxford, 2004.

Postacıoğlu, İlhan/**Altay**, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat, İstanbul 2015.

Sarısözen, Mustafa Serhat, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Kitap Yayınları, İstanbul 2005.

Selçuk, Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin, Ankara 2018.

Sungurtekin Özkan, Meral/**Aykutalp**, Aslı, Yargı Örgütü Hukuku, Seçkin, Ankara 2022.

Şahin, Furkan, “Milletlerarası Ticari Tahkimin Adil Yargılanma Hakkının Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi”, TAAD, Y. 14, S. 54, 2003, s. 369-394.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul 2012.

Tanriver, Süha, Medeni Usul Hukuku- C. II, Yetkin, Ankara 2021.

Tanriver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin, Ankara 2016.

Torun, Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkeme Yargılanma Hakkı, Anayasa Yargısı”, C. 37, S. 1, 2020, s. 281-323.

Yeğengil, Rasih, Tahkim (L’arbitrage), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.

Yeşilirmak, Ali, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha, İstanbul 2011.

Yeşilova, Bilgehan, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 83-164. (Tahkimin Hukuki Niteliği)

Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel, İzmir 2008. (Mahkemelerin Yardım ve Denetimi)

Yılmaz, Ejder, “Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu 5-8 Nisan İzmir, İzmir 2000, s. 268-286.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi orijinal metni”, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, E. T. 01.10.2017.

“Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi orijinal İngilizce metni”, [http://www.ohchr.org/Documents/ ProfessionalInterest/ccpr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf), E. T. 01.10.2017.

“Cambridge İş İngilizcesi Sözlüğü”, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/alternative-dispute-resolution>, E.T. 07.01.2025.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Gönüllü Sertifika Sisteminden Özel Marka Korumasına
Türkiye Çevre Etiketleri Hakkında Sınai Mülkiyet Kanunu
Bağlamında Bir Değerlendirme**

**From Voluntary Certification System to Private Trade Mark
Protection an Evaluation of Turkish Environment Label in the
Context of Industrial Property Law**

  Dr. Öğr. Üyesi İfakat BALIK*

 10.60002/ebyuhfd.1660353

ÖZ

Türkiye’de çevre etiketi sistemi, 25 Kasım 2009 tarih ve 66/2010 sayılı Avrupa Birliği Eko-Etiketi Hakkında Tüzük esas alınarak hazırlanan Çevre Etiketleri Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde 2018 yılında uygulanmaya başlamıştır. Ürün ve hizmet grupları temelinde çevre etiketi kriterlerini belirleme ve doğrulama işlemlerinin koordinasyonunda, sistemin sahibi ve yürütücüsü sıfatıyla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı görevlidir. Bakanlık tarafından doğanın renklerinden ilhamla hazırlanmış logo ile “Türkiye Çevre Etiketleri” söz-

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.
Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 18.03.2025 | **Kabul/Accepted:** 25.04.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: İfakat Balık, “Gönüllü Sertifika Sisteminden Özel Marka Korumasına Türkiye Çevre Etiketleri Hakkında Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Bir Değerlendirme”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (353-394).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

cüklerinden oluşan işaretin hukuki niteliği ise hâlen tartışmalıdır. Öğretide işaretin marka -özellikle garanti markası- niteliği tartışılmış, gönüllü bir sertifika sistemi olduğu vurgulanmıştır. Ancak etiketin verilmesinde ve doğrulama işlemlerinde Bakanlığın görevli olması, çevreyi koruma amacının ön plana çıkması, çevre etiketinin resmî kontrol ve garanti işareti niteliğini güçlendirmektedir. Bu işaretler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu madde 5.1.g atfıyla Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi 2. mükerrer madde 6 çerçevesinde özel marka korumasından yararlanmaktadır. Zira ilgili düzenlemeler uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kabul edilen işaret ve damgaların Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tescili mümkündür.

Anahtar Kelimeler: “Türkiye Çevre Etiketi”, sürdürülebilir ürün, çevre etiketine sahip ürün, çevre etiketi, standart işaretleri, resmî kontrol ve garanti işaretleri, ortak marka ve garanti markası.

ABSTRACT

The environment label system in Türkiye started to be implemented in 2018 within the framework of the Environment Label Regulation, which was prepared based on Regulation (EC) No 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel. Republic of Türkiye, The Ministry of Environment, Urbanization, and Climate Change, as the owner and executor of the system, is responsible for coordinating the process of determining and verifying the environment label criteria based on product and service groups. The legal nature of the sign, which consists of the logo prepared by the Ministry and inspired by the colors of nature and the words Turkish Environment Label, is still controversial. In the doctrine, the quality of the mark as a trade mark -especially a certification trade mark- has been discussed, and it has been emphasized that it is a voluntary certification system. However, the fact that the Ministry is responsible for the issuance and verification of the label and that the purpose of protecting the environment comes to the forefront strengthens the nature of the environment label as an official control and warranty sign. These signs benefit from special trade mark protection within Article 5.1.g of the Industrial Property Law No. 6769 framework and Article 6 of the 2nd Repeated of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. According to the relevant regulations, signs and hallmarks recognized by the Republic of Türkiye can be registered before the Turkish Patent and Trademark Office.

Keywords: “Turkish Environment Label”, sustainable product, product with environment label, environment label, standard signs, official control and warranty signs, collective mark and certification mark.

GİRİŞ

Çevre etiketi (eko-etiket) sistemi, bir ürünün “sürdürülebilir” niteliğinin doğrulanması yoluyla döngüsel ekonomi politikalarının hayata geçirilmesinde önemli bir araçtır¹. Zira döngüsel ekonomide kullanımlarından sonra kaynakların, ürün döngüsüne geri kazandırılarak değerlerinin mümkün olduğunca uzun süre korunması ve atık oluşumunun en aza indirilmesi esastır². Etiket sistemiyle de yaşam döngüsü boyunca çevreye olumsuz etkileri azaltılmış ürün veya hizmetler teşvik edilmektedir. Bu nedenle küresel iklim krizinin artan etkileriyle mücadele zorunluluğu, çevre etiketi uygulamalarının yaygınlaşması sonucunu doğurmuştur³. İlk kez 1978 yılında Almanya’da “*Blue Angel*”⁴ isimli çevre etiketi sistemi ile ortaya çıkan etiketleme uygulamaları, 1992 yılında AB Eko-Etiketi (*EU Eco-Label*)’nin⁵, 1994 yılında ise Küresel Etiketleme Ağı (*Global Ecolabelling*

-
- 1 European Commission, Circular Economy Action Plan, For a cleaner and more competitive Europe (Avrupa Birliği Döngüsel Ekonomi Eylem Planı) 2020, <https://dongusel.csb.gov.tr/dongusel-ekonomi-icin-ab-cyem-planı---2020-i-106857>, E.T. 02.04.2025. Çevre etiketini sürdürülebilir kalkınma aracı olarak tanımlayan görüş için bkz. John **Polak**, “Trade as an Environmental Policy Tool? GEN, Ecolabelling and Trade”, World Trade Organization Public Symposium Challenges Ahead on the Road to Cancun (June 16-18, 2003), s. 1.
 - 2 Döngüsel Ekonomi Avrupa Birliği Eylem Planı (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy-COM/2015/0614 final) giriş metni. Yeni Döngüsel (Dairesel) Eylem Planı Avrupa Komisyonu tarafından 2020 yılında hazırlanmıştır. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A New Circular Economy Action Plan for A Cleaner and More Competitive Europe COM/2020/98 final.
 - 3 Fabio **Iraldo**/Rainer **Griesshammer**/Walter **Kahlenborn**, “The Future of Ecolabel”, The International Journal of Life Cycle Assessment, Vol. 25, No. 5, 2020, s. 833; Jason J. **Czarnecki**/K. Ingemar **Jönsson**/Katrina **Kuh**, “Crafting Next Generation Eco-Label Policy”, Environmental Law, Vol. 48, No. 3, 2018, s. 417.
 - 4 <https://www.blauer-engel.de/en/blue-angel/our-label-environment/ecolabel-history>, E.T. 02.04.2025. *Blue Angel* isimli çevre etiketine ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Kilian **Delbrück**, “The German Eco-Label “Blue Angel” and International Trade”, Eco-Labeling and International Trade, Ed. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar, Londra 1997, p. 189.
 - 5 European Commission, About the EU Ecolabel (AB Eko Etiketi Hakkında), https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel/about-eu-ecolabel_en, E.T. 02.04.2025.

Network-GEN)'nin⁶ kurulmasıyla yaygınlaşmaya başlamıştır⁷. Türkiye'de de çevre etiketi sistemine ilişkin düzenlemeler, 25 Kasım 2009 tarih ve 66/2010 sayılı Avrupa Birliği Eko-Etiketi Hakkında Tüzük (AB Eko-Etiket Tüzüğü)⁸ esas alınarak hazırlanan Çevre Etiketi Yönetmeliği (ÇEY)⁹ çerçevesinde 2018 yılında yürürlüğe girmiştir.

Bir döngüsel ekonomi aracı olarak çevre etiketinin genişleyen uygulama alanına rağmen hukuki niteliği üzerine hâlen tartışmalar söz konusudur. Öğretide çevre etiketinin hukuki niteliği, ferdi ve ortak marka ile garanti markasına ilişkin hükümler temelinde değerlendirilmiştir¹⁰. Ancak çevre etiketi sisteminin yürütücüsünün Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (Bakanlık)¹¹ olması, kriterlerin yine Bakanlıkça belirlenmesi gibi hususlar çevre etiketinin hukuki niteliğini resmî kontrol ve garanti işaretlerine yaklaştırmaktadır¹².

Paris Sözleşmesi¹³ 2. mükerrer m. 6'da düzenlenen resmî kontrol ve garanti işaretleri, taraf devletlerce bu nitelikleri kabul edilmiş standart be-

-
- 6 GEN kâr amacı gütmeyen ve Tip 1 Eko-Etiketlemesini esas alarak sürdürülebilir ürün ve hizmet sertifikası veren bir kuruluştur (<https://globalecolabelling.net/about-us/>, E.T. 02.04.2025).
 - 7 Dünyada kullanılan eko-etiketlere ilişkin veriler için bkz. **Czarnecki/Jönsson/Kuh**, s. 416.
 - 8 Regulation (EC) No 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel, OJ L 027, 30.1.2010; Commission Regulation (EU) 2017/1941 of 24 October 2017 Amending Annex II to Regulation (EC) No 66/2010 of the European Parliament and of the Council on the EU Ecolabel, OJ L 275/9, 25.10.2017.
 - 9 RG. 19.10.2018, S. 30570.
 - 10 Çiğdem **Yatağan Özkan/Berrin Dinçer Özbey**, "Green Is the New Black: The Rise of Green Marks and Possible Solutions to Greenwashing", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, No. 73, 2023, s. 193 vd.; Esra Ş. **Kiraz**, "Ticarette Yeşil Dönüşüm: Çevre Etiketi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 4, S. 2, 2024, s. 663; Alexandra **Mogyoros**, "Improving eco-labels: are green certification marks up to the task?", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Vol. 18, No. 5, 2003, s. 367-373.
 - 11 ÇEY m. 4/1, a hükmü ile Bakanlık ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kastedildiği belirtilmiş olsa da 29.10.2021 tarih ve 31643 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bakanlığın adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.
 - 12 Öğretide "TSE" ve "CE" işaretlerini SMK m. 5.1.g bağlamında değerlendiren görüş için bkz. Rıza **Ayhan/Hayrettin Çağlar/Burçak Yıldız/Dilek İmirlioğlu**, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 59.
 - 13 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi (Paris Convention for the Protection of Industrial Property-1883) Anlaşma metni için bkz. <https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement/>, E.T. 02.04.2025.

lirten işaret ve damgaları ifade etmektedir. Sözleşme'nin ilgili düzenlemesi çerçevesinde her devlet, hem kendi ülkesindeki hem de Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization-WIPO*) aracılığıyla diğer devletlerce bildirilen bu nitelikteki işaretlere özel marka koruması sağlamayı taahhüt etmiştir. Ülkemizde de SMK m. 5.1.g'nin Paris Sözleşmesi'ne atıf yapan hükmü gereği söz konusu işaretler marka korumasından yararlanabilmektedir. Bu bağlamda çalışmanın amacı; çevre etiketini Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ilgili tüm maddeleri bağlamında inceleyerek kavramın marka korumasından yararlanma şartlarını açıklamaktır.

Kavramın hukuki niteliğinin tespiti yönünden ÇEY m. 1 uyarınca hukuk belirlenmiş tüketiciyi bilgilendirme işlevinin öncelikle dikkate alınması gerekir. Ancak doğru bir değerlendirme için çevre etiketinin sürdürülebilir kalkınma ve döngüsel ekonomi hedefleri doğrultusunda uygulamadaki gelişimi de göz önünde tutulmalıdır. Zira küresel iklim kriziyle mücadelede Birleşmiş Milletler (BM) 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi (*The 2030 Agenda for Sustainable Development*)¹⁴ ve Avrupa Yeşil Mutabakatı (*The European Green Deal*)¹⁵ çerçevesinde benimsenen sürdürülebilirlik politikaları, tüketici tercihleri ile işletmelerin pazarlama stratejilerinde değişimler yaratmıştır¹⁶. Öyle ki; büyüyen sürdürülebilir ürün pazarında yer alma ve rekabette öne geçme düşüncesi, işletmeleri temelde gönüllülük esasına dayanan çevre etiketi sistemine katılmaya zorlamaktadır¹⁷. Ancak ortaya çıkan fiili zorunluluk, işletmeleri, yeşil pazarlama uygulamalarına ve sorumlu üretim anlayışına yönlendirici etki yarattığı gibi tüketicinin çevre duyarlılığını istismar eden uygulamaların artmasına da yol açmaktadır. Bununla birlikte işletmelerin sürdürülebilir olma-

14 United Nations, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development (2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi), <https://sdgs.un.org/2030agenda>, E.T. 02.04.2025.

15 European Commission, The European Green Deal (Avrupa Yeşil Mutabakatı), https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Avrupa Yeşil Mutabakatı Paris Anlaşması'yla öngörülen gereklilikler çerçevesinde hazırlamıştır. Paris Anlaşması (The Paris Agreement) 12 Aralık 2015'te Paris'te düzenlenen Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Konferansı'nda (COP21) 196 ülke tarafından kabul edilerek 4 Kasım 2016'da yürürlüğe girmiştir. Anlaşma ile ülkeler küresel ortalama sıcaklıktaki artışını 1,5°C ile sınırlamak üzere çaba sarf etme hedefinde mutabık kalmıştır (<https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement>, E.T. 02.04.2025).

16 Gabriele Engels/Ulrike Grubler, "Sustainable Brands, Eco-Labels and the New EU Certification Mark", *Managing Intellectual Property*, Vol. 264, 2017, p. 91.

17 Iraldo/Griesshammer/Kahlenborn, s. 834.

yan ürünleri için yanlış ve yanıltıcı bilgi vermek suretiyle tüketiciyi istismar eden ve yeşil aklama¹⁸ denilen uygulamalarla mücadelede de en etkin araç yine çevre etiketi sistemidir.

Tüketiciyi bilgilendirme ve yeşil aklama uygulamalarını önleme işlevi ile temelde çevreyi koruma yönündeki kamusal amaçlara hizmet eden özelliği, çevre etiketinin niteliğini tespit yönünden belirleyicidir¹⁹. Bu itibarla çalışmada öncelikle çevre etiketi sistemini ortaya çıkaran süreç ve ilgili kavramlar açıklanacak, sonrasında sistemin işleyişi ve işlevleri üzerinde durulacaktır. Çevre etiketinin hukuki niteliği, sistemin işleyişi ve işlevleri dikkate alınarak hem marka türleri hem de Paris sözleşmesi kapsamında özel marka koruması sağlanan resmî kontrol ve garanti işaretlerine ilişkin düzenlemeler uyarınca değerlendirilecektir.

I. BİR ŞEMSIYE KAVRAM OLARAK SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK

A. Kavramın Gelişimi

Sürdürülebilirlik; sürdürülebilir ürün, çevre etiketine sahip ürün, yeşil pazarlama ve yeşil aklama gibi kavramların temelini oluşturan bir şemsiye kavramdır. Kavramın ilk ortaya çıktığı tarihi tespit mümkün olmamakla birlikte, “sürdürülebilir kalkınma (*sustainable development*)” kavramına ilk kez 1980 tarihli BM Dünya Koruma Stratejisi (*The World Conservation Strategy-WCS*)’nde²⁰ yer verildiği görülmektedir. 2015 yılından bu yana devam eden süreçte ise küresel iklim krizinin artan etkilerine bağlı olarak kavram önem kazanmış, BM ve AB politikalarında sürdürülebilirliği planlama düşüncesi hâkim olmuştur. 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi ile Avrupa Yeşil Mutabakatı bu anlayışın sonucu olarak hazırlanan belgelerdir.

Küresel iklim krizinin yanı sıra 2019 yılı sonundan itibaren etkili olan Covid19 salgını sonrası yaşanan ekonomik sorunlar ile Rusya-Ukrayna savaşının yarattığı enerji krizi ise sürdürülebilirliğin AB genelinde düzenlemeye tâbi tutulması sürecini hızlandırmıştır. Zira bir yandan iklim krizi

18 Çalışmamızda “*greenwashing*” kavramını karşılamak üzere Türk Hukuk öğretisinde ağırlıklı olarak tercih edilen “yeşil aklama” kavramı tercih edilmiştir. Alternatif kullanımlar için bkz. Evren **Sapmaz Veral**, “Yeşil Yıkama İle Mücadele: Avrupa Birliği’nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi”, *Sayıştay Dergisi*, C. 33, S. 124, 2022, s. 106.

19 **Iraldo/Griesshammer/Kahlenborn**, s. 834.

20 United Nations, *The World Conservation Strategy-WCS* (Birleşmiş Milletler Dünya Koruma Stratejisi) <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/wcs-004.pdf>, E.T. 02.04.2025.

ile mücadele eden AB, savaş sonrası dönemde enerji bağımlılığını azaltmaya yönelik yeni bir ekonomik model oluşturmaya mecbur kalmıştır. Bu çerçevede ortaya çıkan AB Döngüsel Ekonomi Planı (*Circular Economy Action Plan*)²¹ ile daha verimli ve uzun süre kullanılabilen, daha az enerji tüketen, geri dönüştürülebilir ve tamir edilebilir ürünler üretilmesine yönelik politikalar geliştirilmesi birincil öncelik olarak benimsemiştir²².

AB’de yaşanan bu gelişmeler sonucu Türkiye’de de sürdürülebilir ekonomiye geçiş planlanarak hem Avrupa Yeşil Mutabakatı²³ ile öngörülen kapsamlı değişikliklere uyum sağlamak hem de Türkiye-AB Gümrük Birliği²⁴ kapsamında sağlanan bütünleşmeyi korumak ve daha da ileriye

-
- 21 Avrupa Komisyonu, 2015 yılında, Avrupa’nın döngüsel ekonomiye geçişini teşvik etmek ve sürdürülebilir ekonomik büyümeyi desteklemek amaçlarıyla ilk döngüsel ekonomi eylem planını kabul etmiştir (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy-COM/2015/0614 final). Eylem planında, üretim ve tüketimden atık yönetimine, ikincil hammadde pazarına kadar tüm yaşam döngüsünü kapsayan tedbirlerle somut ve iddialı eylemler ortaya konulmuş ve atık konusunda revize edilmiş bir mevzuat teklifi sunulmuştur. 4 Mart 2019 tarihine gelindiğinde ise Komisyon, doğal ve tatlı su kaynakları ile ekosistemler üzerindeki baskının en aza indirildiği, iklim açısından nötr, döngüsel bir ekonomiye giden yolda gelecekte karşılaşılabilecek zorlukları içeren, eylem planının uygulanmasına ilişkin kapsamlı bir rapor hazırlamıştır (https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en, E.T. 02.04.2025). Yeni Döngüsel (Dairesel) Eylem Planı Avrupa Komisyonu tarafından 2020 yılında hazırlanmıştır. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A New Circular Economy Action Plan for A Cleaner and More Competitive Europe COM/2020/98 final.
 - 22 Döngüsel (dairese) ekonomi, mevcut malzeme ve ürünleri mümkün olduğunca uzun süre kullanmayı, paylaşmayı, kiralamayı, yeniden kullanmayı, onarmayı, yenilemeyi ve geri dönüştürmeyi içeren bir üretim ve tüketim modelidir. Döngüsel ekonomi ile ürünlerin yaşam döngüsünün uzatılması hedeflenmektedir (<https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20151201STO05603/circular-economy-definition-important-ce-and-benefits>, E.T. 02.04.2025).
 - 23 Avrupa Yeşil Mutabakatı hukukun bağlayıcı bir belge olmayıp, gelecekte yürürlüğe girecek bağlayıcı hükümler için bir geçiş dönemi sağlayan “esnek hukuk aracı” olarak nitelendirilmektedir (Kamile Türkoğlu Üstün, “Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkisi”, Memleket Siyaset Yönetim, C. 16, S. 36, 2021, s. 334; Gamze Çakı Çifci, “Avrupa Yeşil Mutabakatı Hukukî Çerçevesi”, İşletmeler İçin Avrupa Yeşil Mutabakatı, Ed. Prof. Dr. Ruziye Cop/Doç. Dr. Sertaç Çifci, Gazi Kitabevi, Ankara 2023, s. 48).
 - 24 Gümrük Birliği, Türkiye-AB Ortaklık Konseyi’nin 6 Mart 1995 tarihli toplantısında kabul edilen 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca, 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren tamamlanmıştır.

taşımak amaçlarıyla 2021 tarihli Yeşil Mutabakat Eylem Planı²⁵ uygulamaya konulmuştur. Ayrıca On İkinci Kalkınma Planında da²⁶ coğrafi konumu itibarıyla iklim değişikliğinden en çok etkilenecek ülkeler arasında yer alan Türkiye'nin sorunla mücadele planı ve yeşil büyüme hedefleri belirtilmiştir. Anılan planlar doğrultusunda hedeflenen Türkiye ekonomisi ve sanayisinin yeşil dönüşümü; kapsayıcı ve sürdürülebilir bir büyümenin tesis edilmesinin yanı sıra, ülkemizin AB başta olmak üzere, üçüncü ülkelere ihracatında rekabetçiliğinin korunması ve güçlendirilmesi bakımından da elzem görülmektedir²⁷. Sürdürülebilirlik ilkeleri çerçevesinde değişen üretim yapısı ve hizmet sunum biçimlerinin oluşturduğu standartlarla küresel değer zincirlerine²⁸ Türkiye'nin uyumunun geliştirilmesi ve böylece uluslararası yatırımlardan alacağı payın artırılması amaçlanmaktadır²⁹.

B. Tanımı

Sürdürülebilirlik, küresel iklim krizi ile mücadele ve enerji bağımlılığının azaltılması bakımından elzem olmasına rağmen konuya ilişkin düzenlemelerde açık bir tanımlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Tanıma en

-
- 25 Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, 2021 tarihli Yeşil Mutabakat Eylem Planı, <https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTABAKAT%20YE%C5%9E%C4%B0L.pdf>, E.T. 02.04.2025. Eylem Planının gereğinin yerine getirilmesi hususu 2021/15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile düzenlenmiştir (RG. 16.07.2021, S. 31543).
- 26 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On İkinci Kalkınma Planı, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf, E.T. 02.04.2025.
- 27 On İkinci Kalkınma Planı, s. 6, N. 28 vd.; Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Onuncu kalkınma Planı, s. 13, N. 62, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma-Plani-2019-2023.pdf, E.T. 02.04.2025.
- 28 Küresel değer zinciri; üretim sürecinin farklı aşamalarının değişik ülkelerde gerçekleştiği, uluslararası ticaret ve yatırım hareketlerini içeren bir üretim modelini ifade etmektedir (United Nations, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, Switzerland 2013; João Amador/Sónia Cabral, "Global Value Chains: A Survey Of Drivers And Measures", *Journal of Economic Surveys*, Vol. 30, No. 2, 2016, p. 278). Kavram, Türkiye'nin ihracatındaki önemi nedeniyle kalkınma planlamalarında vurgulanmıştır. Bkz. On İkinci Kalkınma Planı, s. 18, N. 115; s. 46, N. 266; On Birinci Kalkınma Planı, s. 39, N. 231.1; s. 54, 278; Onuncu Kalkınma Planı, s. 5, N. 18; s. 21, N. 99; s. 57, N. 424.
- 29 Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021, s. 7; On İkinci Kalkınma Planı, s. 46, N. 266.

çok yaklaşan ifadeye 1987 tarihli Birleşmiş Milletler Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu Ortak Geleceğimiz Raporunda³⁰ yer verilmiştir. Raporun sonuç kısmında yer alan tanıma göre “*sürdürülebilir kalkınma; gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılama kabiliyetinden ödün vermeden, bugünün ihtiyaçlarını karşılamaktır.*”³¹ Ayrıca Maastricht Anlaşması’nda³² kaynakların akılcı kullanımından; “Sürdürülebilir Ürünler için Eko-Tasarım Tüzüğü (*Eco-design for Sustainable Products Regulation-ESPR*)”nde³³ ise verimli kullanımdan söz edilmektedir. Tüm bu açıklamalardan hareketle sürdürülebilirliğin, olumsuz çevresel etkileri en aza indirmek ve kaynakları etkin kullanmakla ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

Hukukumuzda da aynı anlayış doğrultusunda Çevre Kanunu³⁴ m. 2 düzenlemesiyle sürdürülebilir kalkınma; “(b)*ugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi*” ifade etmek üzere tanımlanmıştır. Bu itibarla ortak özelliğe sahip alt kavramların tanımlanması bakımından taşıdığı önem de dikkate alınarak, BM ve AB’nin ilgili düzenlemeleri ışığında sürdürülebilirlik; *kaynakların, üretimden pazarlamaya tüketimden atık yönetimine kadar devam eden tüm süreçlerde çevreye zarar vermeyecek şekilde kullanımı* olarak tanımlanabilir³⁵.

30 United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future 1987. “Brundtland Raporu” olarak da anılan 1987 tarihli Birleşmiş Milletler Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu: Ortak Geleceğimiz Raporu, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, E.T. 02.04.2025.

31 Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future 1987, s. 41.

32 Treaty on European Union (TEU)/Maastricht Treaty OJ C 191, 29.7.1992, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992M/TXT>, E.T. 02.04.2025.

33 Regulation (EU) 2024/1781 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for sustainable products, amending Directive (EU) 2020/1828 and Regulation (EU) 2023/1542 and repealing Directive 2009/125/EC (Text with EEA relevance) OJ L, 2024/1781, 28.6.2024.

34 RG. 11.08.1983, S. 18132.

35 Bir başka tanıma göre sürdürülebilirlik; doğal ürünlerin ve enerjinin çevreye zarar vermeyecek şekilde kullanılmasıdır (<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>, E.T. 02.04.2025). Kavrama ilişkin ekonomik, çevresel ve sosyal yaklaşımlar için ayrıca bkz. Çakı Çifci, s. 52-53.

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR ÜRÜN VE ÇEVRE ETİKETİNE SAHİP ÜRÜN

A. Sürdürülebilir Ürün

Sürdürülebilir ürün, AB Döngüsel Ekonomi Eylem Planı doğrultusunda belirlenen ve Avrupa Yeşil Mutabakatı ile desteklenen hedefler doğrultusunda tüketicilerin bilinçli karar alma tercihlerini teşvik eden bir politikanın sonucu ortaya çıkmış bir kavramdır³⁶. Sürdürülebilir ürün, AB Komisyonu tarafından *aynı kategorideki benzer ürünlerle karşılaştırıldığına, kaynakları daha verimli kullanan ve hammaddelerin çıkarılmasından üretimine, dağıtımına, kullanımına kadar tüm süreç (ve hatta yeniden kullanma, geri dönüştürme ve geri kazanma dâhil yaşam döngüleri) boyunca daha az çevresel zarara yol açan ürünler olarak tanımlanmıştır*³⁷. Bu bakımdan döngüsel olan; daha az enerji tüketen, daha uzun süre kullanılabilen, geri dönüştürülebilir, tamir edilebilir ürünler sürdürülebilir ürün niteliği taşımaktadır³⁸.

B. Çevre Etiketine Sahip Ürün

Çevre etiketi (eko-etiket) sistemi, bir ürünün “sürdürülebilir” niteliğinin doğrulanması yoluyla döngüsel ekonomi politikalarının hayata geçirilmesinde işlev gören bir sistemi ifade etmektedir³⁹. Sistem, tüketicilerin bilinçli tercih yapabilmelerini sağlama ve çevresel duyarlılıklarının istismasını engelleme hedeflerinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Çoğunlukla gönüllülük esasına dayanan bu sistem⁴⁰, bağımsız bir kurulun ürün ve ürün

36 Sürdürülebilirliğin AB genelinde düzenlemeye kavuşturulması amacıyla 30 Mart 2022 tarihinde Sürdürülebilir Ürün İnisiyatifi açıklanmıştır. İnisiyatif kapsamında, çevresel sürdürülebilirlik için AB genelinde ortak kuralların genel çerçevesini oluşturan Sürdürülebilir Ürünler Tüzüğü hazırlanmıştır. Sürece ilişkin detaylı açıklama için ayrıca bkz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat/ab-dongusel-ve-surdurulebilir-sanayi-politikalari/surdurulebilir-urunler-icin-eko-tasarim-tuzugu-espr>; https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12567-Sustainable-products-initiative_en, E.T. 02.04.2025.

37 Communication From the Commission to The European Parliament and The Council Building The Single Market for Green Products Facilitating Better information on the Environmental Performance of Products and Organisations, Brussels, 9.4.2013 COM (2013) 0196 final), 2.2, The environmental benefits of green products and green organisations.

38 <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat/ab-dongusel-ve-surdurulebilir-sanayi-politikalari/ab-surdurulebilir-urun-inisiyatifi>, E.T. 02.04.2025.

39 Kiraz, s. 654.

40 Çevre etiketi türlerine ilişkin ayrıca bkz. Polak, s. 1; Kiraz, s. 657.

grupları itibariyle belirlenen ölçütlere uygunluk değerlendirmesine dayanmaktadır⁴¹. Böylece tüketicinin ürüne ilişkin doğru, aldatıcı olmayan ve bilime dayalı bilgiye ulaşması temin edilerek, çevreye olumsuz etkisi azaltılmış ürünlerin tüketimi teşvik edilmektedir. Diğer taraftan sistem sayesinde, işletmelerin herhangi bir kanıt olmaksızın, ürün ve hizmetlerini aynı kategorideki benzerlerinden ayırt etmek üzere kullandıkları çevre dostu vurgusu içeren etiket, marka veya logolar ya da yaptıkları reklamlar ile tüketicilerin çevresel duyarlıklarının istismarı engellenmektedir⁴².

Ülkemizde çevre etiketi sistemi, AB Eko-Etiket Tüzüğü esas alınarak hazırlanan Çevre Etiketi Yönetmeliği ile oluşturulmuştur⁴³. Anılan Yönetmelik tanımına göre; *“hammadenin temininden başlamak üzere üretim, tüketim, kullanım ve kullanım ömrünü tamamladıktan sonra bertaraf edilmesini de içeren yaşam döngüsü süreçlerinde, aynı ürün veya hizmet grubunda yer alan diğer ürün veya hizmetlerle karşılaştırıldığında, çevreye karşı olumsuz etkileri azaltılmış ve bu etkilerin ürün veya hizmet grubuna göre belirlenmiş kriterlere uygunluğu kanıtlanmış ürün”* çevre etiketine sahip üründür.

Ürün veya hizmet grubu kriterleri, Yönetmelik m. 8.2 uyarınca en yüksek çevresel performansa ulaşma hedefiyle ürün veya hizmetlerin tüm yaşam döngüsü dikkate alınarak bilimsel bir temelde belirlenmektedir. Kriterleri sağlayan kişi ya da kuruluşların ürettiği, ihraç ettiği, sunduğu, toptancı veya perakendeci olarak piyasaya sürdüğü ürün veya hizmetler için çevre etiketi kullanıcısı olabilmesi ise Bakanlık ile sözleşme imzalanmasına bağlıdır (ÇEY m. 4/1, c, m. 13.1). İşte çevre etiketine sahip ürünün sürdürülebilir üründen ayıran unsur da kendini bu noktada göstermektedir. Zira çevre etiketine sahip ürün, Yönetmelik hükümleri çerçevesinde çevre dostu (çevreye karşı olumsuz etkileri azaltılmış) niteliği kanıtlanarak gönüllülük esaslı çevre etiketi sistemine dâhil olan sürdürülebilir ürünü ifade etmektedir.

41 **Kiraz**, s. 654.

42 **Yatağan Özkan/Dinçer Özbey**, s. 185; **Kiraz**, s. 654.

43 Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021, s. 18. On Birinci Kalkınma Planı ile On İkinci Kalkınma Planı’nda çevrenin korunması hedefleri arasında çevre etiket sisteminin yaygınlaştırılması hedefine yer verilmiştir (On Birinci Kalkınma Planı, s. 169, N. 713.4; On İkinci Kalkınma Planı, s. 211, N. 866.5, s. 212 Tablo 50). Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile Tarım ve Orman Bakanlığının On İkinci Kalkınma Planı’nda yer alan verilerine göre, çevre etiket sistemi kapsamında 2022 yılında 9 ürün ve hizmet grubu bulunmaktayken bu sayı 2023 yılı itibariyle 12’ye yükseltilmiştir. Plan’da 2028 hedefi 27 ürün ve hizmet grubu olarak belirlenmiştir (On İkinci Kalkınma Planı, s. 212 Tablo 50).

III. ÇEVRE ETİKETİ SİSTEMİ

A. Sistemin İşleyişi

Türkiye’de çevre etiketi sistemi, ÇEY hükümleri çerçevesinde çeşitli ürün ve hizmet grupları itibariyle belirlenen kriterleri sağlayan kişi ve kuruluşlara çevre etiketi verilmesi amacıyla oluşturulmuş gönüllü bir sistemdir. Çevre etiketi sisteminin işleyişinde başvuru, doğrulama, etiket kullanımı yetkisi verilmesi ve kullanım olmak üzere dört aşama söz konusudur. Çevre etiketi alınabilecek ürün veya hizmet grupları ile bunlara ilişkin kriterleri belirleme Bakanlığın yetkisindedir (ÇEY m. 15.1.d ve e). Hâlihazırda kriterleri belirlenen on iki ürün ve hizmet grubu⁴⁴ bulunmakta olup bu sektörlerde üretici, imalatçı⁴⁵, ihracatçı, ithalatçı, hizmet sağlayıcı, toptancı ve perakende satıcı olan kişi veya kuruluşlar Bakanlığa çevre etiketi başvurusunda bulunabilmektedir (ÇEY m. 11).

Başvuranın çevre etiketi almaya hak kazanabilmesi için öncelikle, başvuruya konu ürün veya hizmetin, belirlenmiş çevre etiketi kriterlerine uygunluğunu gösteren doğrulama işleminin tamamlanması gerekir (ÇEY m. 4.1.ğ). Doğrulama işlemi de kural olarak Bakanlığın görev ve sorumlulukları arasındadır (ÇEY m. 15.1.e). Ancak Bakanlığın doğrulama işlemlerinin yürütülmesi bakımından hizmet satın alması mümkündür (ÇEY m. 21.6). Bu yetkisi doğrultusunda Bakanlık, 2020 yılında Türk Standardları Enstitüsü (TSE) ile bir protokol imzalamıştır.

44 Şubat 2025 tarihi itibariyle on iki ürün ve hizmet grubu yönünden kriterler belirlenmiş olup, bu ürün ve hizmetler için çevre etiketi başvurusu yapılabilmektedir. Bu ürün ve hizmet grupları, seramik kaplama ürünleri, tekstil grubu ürünleri, temizlik kâğıdı grubu ürünleri, elde yıkama bulaşık deterjanı, turistik konaklama hizmet grubu, kişisel bakım ve kozmetik grubu ürünleri, cam grubu ürünleri, bulaşık makinesi deterjanı grubu ürünleri, çamaşır deterjanı grubu ürünleri, sert yüzey temizleyiciler grubu ürünleri, doğal taş grubu ürünleri, yatak grubu ürünleridir.

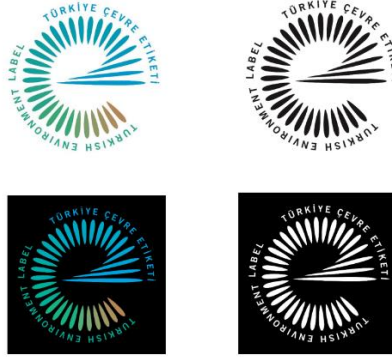
45 ÇEY m. 11 düzenlemesinde “üretici” ve “imalatçı” ifadesi bir arada kullanılmıştır. Yönetmelikte üretici tanımlanmış olmakla birlikte imalatçı tanımlanmamış olmamakla birlikte ifadelerin eşanlamı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira ilgili düzenlemeler çerçevesinde üretici, imalatçıdan çok daha kapsamlı şekilde tanımlanmıştır. ÇEY m. 4.1.n uyarınca “*Bir ürünü üreten, imal eden, işlah eden veya ürüne adını, ticari markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan, üreticinin ülke dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciyi ve/veya ithalatçıyı; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmektedir. “CE” İşareti Yönetmeliği m. 4.1.ç’ye göre imalatçı ise “*Ürünü, imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmek üzere tanımlanmıştır.

Doğrulama işleminin ardından Bakanlık ile çevre etiketi almaya hak kazanan başvuru sahibi arasında imzalanan sözleşmeyle başvuru sahibi, çevre etiketi kullanıcısı sıfatını kazanmaktadır (ÇEY m. 13.1).

Çevre etiketinin kullanım aşamasında ise, ÇEY hükümlerinin yanı sıra Bakanlık tarafından “Çevre Etiketleri Kullanım Kılavuzu”⁴⁶ ile belirlenen esaslar geçerlidir. Buna göre etiket, aşağıda gösterilen renklerde, “Türkiye Çevre Etiketleri” ifadesini içerecek şekilde ve yalnızca izin verilen ürünler ile ilgili olarak kullanılabilir⁴⁷.

Çevre etiketine ilişkin söz konusu Yönetmelik ve Kılavuz düzenlemeleri, kullanım hakkının kazanılmasından kullanım şeklinin denetlenmesine kadar tüm süreçte Bakanlığın yetkili olduğu resmî nitelikte bir işleyiş olduğunu göstermektedir.

Şekil 1: Türkiye Çevre Etiketleri logosu



B. Çevre Etiketleri Sisteminin Amacı

Çevre etiketi sisteminin temel amacı; yaşam döngüsünün bütün süreçlerinde, doğal kaynakların kullanımının çevre, insan, sağlık, iklim ve doğal yaşam üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması suretiyle ekosistemlerin bozulmasının önlenmesi ve çevrenin korunmasıdır (ÇEY m. 1.2). Bu itibarla sistem, sürdürülebilirliğin ve döngüsel ekonominin sağlanması yönündeki esasen küresel ölçekli ve kamusal nitelikli amaçlarla yakından

46 T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Temizlik Kağıdı Ürün Grubu Çevre Etiketleri Başvuru Kılavuzu, Ankara 2020, s. 8.

47 Çevre etiketi kullanımı kural olarak 4 yıllık süre ile sınırlıdır. Ancak süre bitiminden 180 gün önce talep edilmesi hâlinde Bakanlık tarafından teknik inceleme komisyonuna yaptırılan değerlendirme sonucunda sürenin uzatılması mümkündür (ÇEY m. 14.8).

ilişkilidir⁴⁸. Ayrıca sistem tüketicinin korunması, piyasa gözetimi ve haksız rekabetin önlenmesi hedeflerine ulaşmada da bir araç olarak kullanılmaya uygundur. Nitekim tüketiciyi bilgilendiren, doğru ve bilimsel temeli olan bilgiye ulaşılmasını sağlayan rolü nedeniyle çevre etiketi, tüketicinin korunmasını sağlar niteliktedir. Ayrıca etiket, kaynakları daha verimli kullanan ve tüm yaşam döngüsü boyunca daha az çevresel zarara yol açan ürünlerin aynı kategorideki benzer ürünlerden ayırt edilmesini sağlama ve yeşil aklama uygulamalarını önlemedeki rolü nedeniyle haksız rekabetin önlenmesine hizmet etmektedir⁴⁹.

C. Çevre Etiketi Sisteminin İşlevleri

1. Mevzuata Uygunluğun Garanti Edilmesi

Çevre etiketi sistemi temelde, ürünün “sürdürülebilir”, “çevresel etkileri azaltılmış” niteliğini ve mevzuat çerçevesinde belirlenen kriterlere uygunluğunu doğrulamaktadır. Zira etiket sistemiyle etiket kullanıcısı sıfatı taşıyan kişi veya kuruluş ürettiği, ihraç ettiği, sunduğu, toptancı veya perakendeci olarak piyasaya sürdüğü ürün veya hizmetlerin ÇEY hükümleri çerçevesinde belirtilen kriterleri sağladığını kanıtlamış olmaktadır (ÇEY m. 4.1.e). Çevre etiketi kriterleri, ürünün çevresel performansının araştırılmasına yöneliktir. Bu bağlamda kriterler en yüksek çevresel performansa ulaşma amacıyla ürün veya hizmetlerin tüm yaşam döngüsü dikkate alınarak bilimsel bir temelde ürün veya hizmet grubu bazında belirlenmektedir. Kriterlerin belirlenmesinde; uluslararası, bölgesel ve ulusal boyutta resmî olarak tanınmış TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi,

48 **Iraldo/Griesshammer/Kahlenborn**, s. 834. Eko-etiket sisteminin kamusal amaçları gerçekleştirmedeki başarısızlığına ilişkin değerlendirme için bkz. **Czarnezki/Jönsson/Kuh**, s. 412 vd.

49 Ulusal düzeyde ise etiket devletlerce belirlenen bazı amaçlara ulaşmada bir araç olarak kullanılmaktadır. Nitekim ülkemizde Yeşil Mutabakat Eylem Planı ve kalkınma planları çerçevesinde, AB'ye üye ülkeler ile üçüncü ülkelere ihracatta rekabetçiliğinin korunması ve güçlendirilmesi, uyumlu pazar oluşturulması suretiyle uluslararası yatırımlardan alınan payın artırılması amacı ortaya konulmuştur. Bu çerçevede çevre etiketi küresel ve ulusal düzeyde çeşitli kamusal amaçlara hizmet eder nitelikte bir sistemdir. Bkz. (Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021, s. 7; Onuncu Kalkınma Planı, s. 39, N. 231.1, s. 54, 278, s. 169, N. 713.4; On İkinci Kalkınma Planı, s. 5, N. 18, s. 21, N. 99, s. 57, N. 424, s. 46, N. 266, s. 211, N. 866.5 ve s. 212, Tablo 50).

Prensip ve Yöntemler standardı için belirlenen kriterlere uyum esas alınmıştır⁵⁰.

2. Sürdürülebilir Tüketim ve Sorumlu Üretimin Desteklenmesi

Küresel iklim krizinin, doğanın ve dolayısıyla insanlığın geleceğine dair kaygı ve korkuları tetiklemesi, tüketicilerin işletmelerden olan beklentilerinde önemli değişikliklere neden olmuştur. Tüketiciler bireysel istek ve ihtiyaçlarını karşılamanın yanı sıra işletmelerin faaliyetlerini çevreye duyarlı biçimde yürütmelerini önemsemeye başlamıştır⁵¹. 2021 yılında yapılan küresel ölçekli bir araştırma⁵², tüketicilerinden yarısının sürdürülebilirliği satın alma ölçütleri arasında ilk beşte değerlendirdiklerini göstermiştir. 2022 yılında tekrarlanan araştırmada⁵³ ise bu oranın %66'ya ulaştığı tespit edilmiştir⁵⁴. Tüketicilerde oluşan çevresel kaygıların ve güçlenen çevre bilincinin satın alma tercihlerini bu denli etkilemesi, tüketicilerin istek ve ihtiyaçlarının çevreye en az zararla karşılanmasına yönelik

50 TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi, Prensip ve Yöntemler standardı ile kastedilen Uluslararası Standartlar Teşkilatı (*ISO- International Organization for Standardization*) tarafından çevresel etiketler için belirlenen bir standarttır. ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesinde bir dizi kriteri yerine getirmeleri hâlinde ürün veya hizmetlere bir işaret veya logo verilmektedir (<https://www.iso.org/publication/PUB100323.html>, E.T. 02.04.2025).

51 Engels/Grubler, s. 88.

52 Shikha Jain/Olivier Hagenbeek, “2021 Global Sustainability Study: What Role do Consumers Play in a Sustainable Future?”, October 28, 2021.

53 Shikha Jain/Olivier Hagenbeek, “2022 Global Sustainability Study: The Growth Potential of Environmental Change”, October 23, 2022.

54 Temmuz 2021’de 17 ülkede (Avustralya, Avusturya, Brezilya, Çin, Danimarka, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda, Norveç, İspanya, İsveç, İsviçre, BAE, İngiltere ve ABD) 10.000’den fazla tüketiciyle gerçekleştirilen anketler sonucu hazırlanan Küresel Sürdürülebilirlik Araştırması, tüketicilerin “çevre dostu/sürdürülebilir” ürünlere ilgisini gösteren küresel ölçekli bir araştırma olması bakımından önemlidir. Çalışmaya göre; tüketicilerin %78’i çevresel sürdürülebilirliğin önemli olduğunu düşünmekte, %50’si sürdürülebilirliği satın alma ölçütleri arasında ilk beş ölçütten biri olarak değerlendirmektedir. Ayrıca araştırma sonuçları; tüketicilerin %63’ünün daha sürdürülebilir bir hayat için tüketim davranışlarında önemli değişiklikler yaptığını, küçük değişiklikler yapan tüketicilerle oranın %85’e ulaştığını göstermektedir. Sürdürülebilir ürün ve hizmetler için daha fazla ödeme yapmayı göze alanların oranı ise %34’tür (Jain/Olivier, 2022 Study). Araştırmanın, 2022 yılında 11.500’den fazla tüketiciye ulaşılarak tekrarlanması ile elde edilen sonuçlar ise çarpıcı olmuştur. Anket sonuçları çerçevesinde araştırmada sürdürülebilir işletme politikalarının şirketler için bir zorunluluk olduğu değerlendirilmiştir. Daha sürdürülebilir bir hayat için tüketim davranışlarında değişiklik yapan tüketicilerin oranı %85’den %89’a yükselmiştir (Jain/Olivier, 2022 Study).

bir pazarlama anlayışını doğurmuştur⁵⁵. Bu itibarla mevcut üretim süreçlerinin olumsuz çevresel etkilerini azaltmaya çalışan ve çevreye daha az zarar veren ürün ve hizmetleri teşvik eden pazarlama faaliyetleri yeşil pazarlamayı ifade etmektedir⁵⁶. Örneğin, ürünleri geri dönüşümlü içerikte üretme, üretimde su ve enerji tasarrufu, daha az ambalaj ve geri dönüşümlü ambalaj kullanımı, geri dönüşüm ve yeniden kullanım amaçlı olarak ürünleri geri çağırma çabaları yeşil pazarlama faaliyetleri kapsamındadır⁵⁷.

Çevre etiketi sistemiyle bir taraftan tüketicilere doğru, yanıltıcı olmayan, bilimsel temeli olan bilginin sunulmasıyla sürdürülebilir tüketim teşvik edilmekte⁵⁸ bir taraftan da tüketici beklentilerini karşılar nitelikte yeşil pazarlama faaliyetleriyle sorumlu üretim anlayışı sergileyen işletmelerin rekabette öne geçmesi desteklenmektedir. Bu itibarla çevre etiketi sistemi iklim krizinin çevresel, ekonomik ve sosyal etkileriyle mücadelede hukuki bir araç niteliği taşımaktadır.

3. Yeşil Aklamanın Önlenmesi

Küresel iklim krizi ile sürdürülebilirlik politikalarına bağlı olarak değişen tüketici tercihleri, işletmeleri yeşil pazarlama faaliyetlerine yönlendirici etki yarattığı gibi tüketicinin çevresel duyarlılıklarını istismar eden uygulamaların artmasına da yol açmaktadır. İşletmelerin sürdürülebilir olmayan ürünleri için yanlış ve yanıltıcı bilgi vermek suretiyle tüketiciyi istismar eden tüm uygulamalarına yeşil aklama denilmektedir⁵⁹.

55 **Yatağan Özkan/Dinçer Özbey**, s. 185; Ümit **Almaçık**, “Tüketicilerin Çevreye Duyarlılığı ve Reklamlardaki Çevreci İddialar”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 18, S. 2, 2009, s. 49.

56 Ken **Peattie**, “Towards Sustainability The Third Age of Green Marketing”, The Marketing Review, Vol. 2, No. 2, 2001, p. 129; Diego Palacio, “Marcas Verdes y Sustentabilidad en Argentina”, 2001, s. 1.

57 Ruziye **Cop/Sertaç Çiftci**, Avrupa Yeşil Mutabakatı Süreci ve İşletmelerin Rolü, İşletmeler İçin Avrupa Yeşil Mutabakatı, Ed. Prof. Dr. Ruziye **Cop/Doç. Dr. Sertaç Çiftci**, Gazi Kitabevi, Ankara 2023, s. 10 ve 15; İsmail Erkan **Çelik/Öznur Akman/Ayben Ceyhan/Vedat Akman**, “Yeşil Pazarlamada Sürdürülebilirlik ve Dünya’dan Bir Örnek: Tchibo”, International Conference on Eurasian Economies (Kaposvár – Hungary 29-31 August 2016), Beykent University Publications, 2016, s. 279.

58 **Polak**, s. 1.

59 **Yatağan Özkan/Dinçer Özbey**, s. 186; Daniel **Silva**, “The fight against greenwashing in the European Union”, UNIO–EU Law Journal, Vol. 7, No. 2, 2021, p. 127; Jari **Karna/Heikki Juslin/Virpi Ahonen/Eric Hansen**, “Green Advertising: Greenwash or a True Reflection of Marketing Strategies”, Greener Management

Yeşil aklama uygulamalarıyla işletmeler, sürdürülebilir ürün pazarında kendilerine yer bulmak ve rekabette öne geçmek üzere, tüketiciler gözünde çevreye duyarlı kurumsal bir imaj yaratmaya çalışmaktadır⁶⁰. “Yeşil”, “organik”, “çevre dostu” gibi ifadeleri veya doğa görselleri slogan ve reklamlarda ürünlerin sürdürülebilir nitelikte olduğu algısı uyandırılmak üzere kullanılmaktadır. Çevresel duyarlılıkların güçlenmesine paralel değişen sürdürülebilir tüketim anlayışı karşısında yaygınlaşan yeşil aklama uygulamaları ile mücadelede çevresel beyanları doğrulama ihtiyacı çevre etiketi sistemini ortaya çıkarmıştır⁶¹. Zira çevre etiketi ile işletmeler ürün veya hizmetlerinin yaşam döngüsü boyunca çevresel etkilerinin azaltılmış olduğunu kanıtlamış olurken, tüketiciye de doğru ve bilimsel temeli olan bilgi akışı sağlanmaktadır.

IV. ÇEVRE ETİKETİ SİSTEMİNİN GÖNÜLLÜ SERTİFİKA SÜRECİ OLARAK TANIMLANMASI HAKKINDA

Çevre etiketi, ÇEY hükümleri uyarınca gönüllü bir sistem olarak düzenlenmiştir (ÇEY m. 1.1, m. 4.1.b). Özellikle etiketin marka niteliğindeki belirsizlik, sistemin bir sertifika (belgelendirme) sürecinden ibaret olarak değerlendirilmesine yol açmıştır⁶². Bu görüşe göre; ÇEY hükümleri çerçevesinde, Uluslararası Standartlar Teşkilatı (*International Organization for Standardization-ISO*) tarafından çevre etiketleri için belirlenmiş TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi, Prensipler ve Yöntemler standardının dikkate alınması, sistemin bir “sertifika süreci” olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir⁶³. Nitekim ÇEY m. 4.1.b’nin tanımlayıcı hükmü gereği çevre etiketi de sertifika sistemini temsil eden bir işaret olarak düzenlenmiştir. Ancak sisteme ve etikete ilişkin söz konusu tanımlayıcı düzenlemelerden hareketle çevre etiketine sağlanabilecek hukuki korumanın tespiti mümkün değildir. Etiketin hukuki niteliğinin ve etikete sağlanabilecek korumanın tespitinde sertifika sürecinin yanı sıra sistemin işleyiş ve

International, No. 33, 2021, s. 59; Leyla **Leblebici Koçer**/Tuğba **Delice**, “Yeşile Boyama ve Yeşil Güven Arasındaki İlişkide Algılanan Yeşil Riskin ve Algılanan Tüketici Şüpheliğinin Aracılık Rolü”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 50, 2007, s. 25.

60 Nancy E. **Furlow**, “Greenwashing in The New Millennium”, The Journal of Applied Business And Economics, Vol. 10, No. 6, 2010, s. 22.

61 **Yatağan Özkan/Dinçer Özbey**, s. 186; **Kiraz**, 654; **Silva**, s. 127; **Karna/Juslin/Ahonen/Hansen**, s. 59; **Leblebici Koçer/Delice**, s. 25.

62 **Kiraz**, s. 654.

63 **Kiraz**, s. 654.

işlevleri ile kamusal amaçlar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması zorunludur.

V. ÇEVRE ETİKETİNİN MARKA KORUMASINDAN YARARLANMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HAKKINDA

A. Ferdi Marka Yönünden

ÇEY hükümleri çerçevesinde belirlenen kriterlere uygun şekilde olumsuz çevresel etkileri azaltılmış ürünleri ayırt etmek üzere bir logodan oluşan (ÇEY m. 18) çevre etiketinin hukuki niteliğine ilişkin ilk akla gelen ihtimal, işaretin marka korumasından yararlanmasının mümkün olup olmadığıdır⁶⁴. Önemle işaret edilmelidir ki; bu başlık altında marka koruması yönünden incelemeye konu edilen çevre etiketi/etiketleridir. Yoksa “yeşil”, “sürdürülebilir”, “çevre dostu” vb. ifadeleri içeren ya da doğa görselleriyle ürünün çevre dostu nitelik taşıdığı algısı uyandıran işaretlerin (yeşil marka-*green trade mark*)⁶⁵ tescili hususu SMK m. 5 ve 6’da sıralanan mutlak ve nispi ret nedenleri çerçevesinde ayrıca değerlendirme gerektirmektedir.

Öğretide savunulan görüşe göre; “çevre etiketi”, “eko”⁶⁶ etiket” ya da “Türkiye Çevre Etiketi” ile bunların benzerlerinin veya İngilizce karşılıklarının marka olarak tescil edilmesi önündeki temel engel, ifadelerin çevre dostu nitelik taşıyan ürünler için somut ayırt edicilikten yoksun olmasıdır⁶⁷. Gerçekten de bir işaret, tescili talep edilen mal veya hizmetlerin özelliğine, amacına ya da vasfına ilişkin bilgi veriyorsa işaretin ilgili mal veya hizmetler yönünden somut ayırt ediciliğinden söz edilemez⁶⁸. Bu bakımdan ürünün çevre dostu niteliğini açıklayan ya da doğrulayan söz konusu ifadeler somut ayırt edicilikten yoksun olmaları nedeniyle SMK m. 5.1.b

64 Kiraz, s. 668-669; Mogyoros, s. 368.

65 Constantin Eikel, “Going Green: The Dos and Don’ts of Green Trade Marks”, 5 Nisan 2024; Kathryn Park, “Green Trademarks and the Risk of Greenwashing”, 13 Aralık 2022.

66 Günümüzdeki anlamı ile kökeni Fransızcaya dayanan ekoloji kelimesi “canlıların hem kendi aralarındaki hem de çevreleriyle olan ilişkilerini tek tek veya birlikte inceleyen bilim dalı”nı kısaca çevre bilimini ifade etmektedir (<https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025). “Ecology” sözcüğünün kısaltması olan “eco”, çevre ile bağlantılı olan anlamına gelmektedir (<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/>, E.T. 02.04.2025).

67 Kiraz, s. 669.

68 Dilek İmirlioğlu, Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmemesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 21; Sevilay Uzunallı, Marka Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 55.

uyarınca bir mutlak ret nedeni oluşturmaktadır. Diğer taraftan çevre etiketi, etiketin kullanıldığı ürünlerin özelliğini; ÇEY ile belirlenen kriterler doğrultusunda çevreye olumsuz etkilerinin azaltılmış olduğunu açıkladığı ölçüde tanımlayıcıdır. SMK m. 5.1.c düzenlemesine göre; ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, ... veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten tanımlayıcı işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler, tekeli bir hakka konu olamayacak niteliktedir. Bu itibarla ürünün çevre dostu niteliğini açıklayan ya da doğrulayan “çevre etiketi” vb. ifadeleri münhasır ve esas unsur olarak içeren işaretlerin marka olarak tescili, SMK m. 5.1.c hükmü bağlamında da mümkün görülmemektedir. Türk Patent de belirtilen gerekçelerle “*ecolabel*”⁶⁹, “*e eco label ecological product certification*”⁷⁰ ve “eko-etiket”⁷¹ sözcüklerinin tescili talebiyle yapılan başvuruları SMK m. 5.1.b ve c’ye dayanarak reddetmiştir⁷². Ancak bu uygulama karşısında “çevre etiketi” ve benzeri sözcükler ile bunların benzerlerini veya İngilizce karşılıklarını tali unsur olarak içeren marka başvurularının hangi kapsamda değerlendirileceği açık değildir.

Kanaatimizce kamusal amaçlarla oluşturulan, kullanım şartları hukuki düzenlemelerle belirlenmiş olan, resmî kurum ve kuruluşların gözetim ve denetiminde kullanılan işaretlerin marka olarak tescili önündeki temel engel, SMK m. 5.1.g düzenlemesidir. Zira Yönetmelik uyarınca belirlenen özellikleri dikkate alındığında marka ve çevre etiketi, her şeyden önce, işlevleri yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesinde işlev görürken (SMK m. 4), çevre etiketi belirli standartları (kriterleri) sağlayan ürünlerin diğerlerinden ayırt edilmesinde işlev görmektedir (ÇEY m. 4.1.b ve e). Çevre etiketi, işletmelerin ticari amaçlarına değil, sürdürülebilirlik temelli kamusal amaçlara hizmet etmek üzere oluşturulmuştur. Bu bakımdan tanımlayıcı nitelikte olması, somut ayırt edicilikten yoksun olan işaretleri münhasır ya da esas unsur olarak içermesi gibi şartlardan bağımsız olarak yalnız kamusal amaçlara hizmet eden garanti işlevi ve resmî niteliği dolayısıyla çevre etiketine, SMK m. 5.1.g bağlamında özel koruma sağlanmalıdır. Zira ilgili düzenleme, çevre etiketi gibi

69 Türk Patent 27.04.2023 tarih ve 2023/055162 sayılı başvuru (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025).

70 Türk Patent 26.10.2018 tarih ve 2018/96207 sayılı başvuru (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025).

71 Türk Patent 13.03.2020 tarih 2020/31827 sayılı başvuru (<https://www.turkpatent.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025).

72 Başvurulara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Kiraz**, s. 664-665.

kamusal amaçlarla oluşturulmuş, hukuki düzenlemeler çerçevesinde belirlenen ilkelere uygunluk şartıyla kullanılabilen, kullanım hakkı kamu kurum veya kuruluşlarınca verilen resmî kontrol ve garanti işaretlerine yöneliktir⁷³.

B. Ortak Marka Yönünden

SMK m. 31.3 düzenlemesi uyarınca ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılmaya imkân sağlayan bir marka türüdür. Ortak marka, ferdi markadan farklı olarak, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmede işlev görmektedir (SMK m. 31.4). Çok sayıda işletme tarafından kullanılabilme özelliği nedeniyle çevre etiketinin ortak marka niteliği öğretide tartışma konusu olmuştur⁷⁴. Ancak ortak markanın işlevi ve işleyişine ilişkin SMK düzenlemeleri dikkate alındığında, çevre etiketi sistemi ile uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır⁷⁵.

Ortak marka ve çevre etiketi -her şeyden önce- işlevleri yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Ortak markanın temel işlevi bir gruba dâhil olan işletmelerin mal ve hizmetlerinin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesidir (SMK m. 31.4). Oysa çevre etiketi, çevresel etkileri azaltılmış ürünlerin diğer ürünlerden ayırt edilmesinde işlev görmektedir (ÇEY m. 4.1.b ve e), etiketi kullanma hakkına sahip olan işletmelerin arasında ekonomik bir bağlantı bulunduğundan ya da bir grup oluşturduklarından söz edilemez. Diğer taraftan çevre etiketi sistemi, ürün veya hizmet grubu gerekliliklerini sağlayan işletmelerden ibaret olmayıp, etiketi kullanma hakkı vermeye yetkili Bakanlık da sisteme dâhildir. Bakanlık etiketi kullanan değil; kriterleri belirleyen, onlara uygunluğu değerlendiren ve etiketi kullanım hakkı verendir (ÇEY m. 15). Ortak marka ise markayı kullanmaya yetkili işletmeler adına tescillidir.

73 Özel marka koruması ve koruma markalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için aşağıya bkz. V.C.2 ve VI. nolu başlıklar.

74 Kiraz, s. 668-669.

75 Kiraz, s. 664-665.

C. Garanti Markası Yönünden

1. Garanti Markası ile Çevre Etiketinin Benzerlikleri ve Farkları

a. Marka Sahibinin Kontrolü

SMK m. 31.1 uyarınca garanti markası, “*marka sahibinin kontrolü altında*” birçok işletme tarafından o işletmelerin mal veya hizmetlerinin⁷⁶ ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Tanımda belirtilen marka sahibinin kontrol yetkisi, garanti markasını diğer marka türlerinden ayırt eden temel bir unsurdur. Bunun sonucu olarak garanti markası çok sayıda işletme tarafından kullanılabilir. Ancak markayı kullanacak işletmelerin ürünlerinin teknik şartnamede gösterilen usul ve esaslara uygun olması gerekir. Bu doğrultuda marka sahibi; markanın kullanım usullerini, markayı kullanma hakkının ne şekilde elde edileceğini ve markanın kullanma hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağını teknik şartname ile belirleyerek kontrol yetkisini kullanmaktadır⁷⁷. Teknik şartnamenin kontrol yetkisinin kapsamını gösteren içeriği Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Uygulama Yönetmeliği) m. 8.8 uyarınca belirlenmektedir⁷⁸.

Öğretide marka sahibinin kontrol yetkisi yönünden çevre etiketi sisteminin de garanti markasına benzer olduğu savunulmuştur⁷⁹. Çevre etiketi

76 Madde metninde geçen “işletmelerin ortak özellikleri” ifadesinin garanti markasının işlevine uygun olmadığı öğretide genel kabul görmektedir. Bkz. Sabih Arkan, Marka Hukuku, C. I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 46; Hamdi Yasaman/Tolga Ayoğlu/Fülürya Yusufoglu Bilgin/Pınar Memiş Kartal/Sinan H. Yüksel/Zeynep Yasaman, Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 2826; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 372; Uzunalli, s. 40.

77 Hayri Bozgeyik, “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 93.

78 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (RG 24.04.2017, S. 30047) m. 8/8 uyarınca; “*teknik şartnamenin garanti markasına ilişkin olması halinde, başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgilerinin başvuruya ilişkin tek bir yazışma adresinin, marka örneğinin, markanın garanti ettiği mal veya hizmetlerin ortak özelliklerinin, markanın hangi mal veya hizmetlerde ne şekilde kullanılacağını, markanın kullanım usullerinin özellikle markayı kullanmaya yetkili kişilerin, markayı kullanma hakkının ne şekilde elde edileceğinin markanın kullanma hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağını ve teknik şartnameye aykırı kullanma halinde uygulanacak yaptırımların belirtilmesi zorunludur.*”

79 Kiraz, s. 667.

sisteminde etiketi kullanma hakkı verme (ÇEY m. 11.2, e ve 15.1.e) ve etiketin kullanımını denetleme (ÇEY m. 14.4 ve 15.1.f) yetkilerinin Bakanlığa ait olması marka sahibinin kontrol yetkisine benzer görülmektedir. Oysa devlet tarafından kontrol ve garanti işareti olarak kabul edilmiş standart işaretlerinin üçüncü kişilere kullandırılmasında garanti markalarına kıyasla önemli farklılıklar söz konusudur. Garanti markaları yönünden başvuru sürecinde Türk Patent'e sunulması gereken bir teknik şartname-nin varlığı aranmakta, işareti kullanım şartları ile denetim usulleri buna göre yapılmaktadır. Resmî kontrol ve garanti işaretlerinin kullanılabilmesi yönünden ise aranan şartlar ve uygunluk denetim usulü hukuki düzenlemeler (kanun, yönetmelik vb.) çerçevesinde belirlenmektedir⁸⁰. Kaldı ki teknik şartnamede hukuki düzenlemelere atıf yapılabileceği düşünülse dahi, kriterlerde (şart/standart) değişiklik yapılması usulü, çevre etiketinin garanti markası niteliğini zayıflatan bir başka özelliktir. Zira resmî kontrol ve garanti işaretleri yönünden kriterlerin değiştirilmesi usulü, SMK'nın garanti markasına ilişkin hükümlerinden farklıdır. Resmî kontrol ve garanti işaretlerinin kullanılması için aranan kriterler hukuki düzenlemeler çerçevesinde yeniden düzenlenerek değiştirilebilirken, SMK m. 32.5 bağlamında teknik şartname değişikliği ancak Türk Patent onayı ile uygulanabilir. Bu bakımdan çevre etiketi, sürecin tümüyle Bakanlık tarafından yürütülmesi, ürün veya hizmet grubu temelinde kriterlerin yine ÇEY hükümleri çerçevesinde Bakanlıkça belirlenmesi nedeniyle resmî kontrol ve garanti işareti niteliğindedir.

b. Marka Sahibinin Markayı Kullanamaması

Garanti markası, tıpkı ferdi marka gibi bir ya da birden fazla kişi adına tescil edilmektedir⁸¹. Ancak SMK m. 31.2 hükmü çerçevesinde markanın sahibinin markayı kullanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla garanti markasının marka sahibi tarafından kullanılması değil, onun izniyle üçüncü kişilere kullandırılması esas geçerlidir. Garanti markası bu yönüyle diğer markalardan ayrılmaktadır. Zira ferdi markada bir ya da birden fazla kişi,

80 TSE markası yönünden mal ve hizmetlerin Türk Standartlarına uygunluk denetiminin garanti markasına ilişkin düzenlemeler ile teknik şartnameye göre değil, TSE'nin kendi mevzuatı kapsamında yapıldığına ilişkin değerlendirme için bkz. **Bozgeyik**, s. 101; Mehmet Fahrettin **Önder**, Standardizasyona Bağlı Belgelendirmelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 53 vd.

81 Garanti markasında ortak markadan farklı olarak tescili talep edecek kişilerin bir grup oluşturması şartı aranmaz. Ancak bu garanti markasının mutlaka tek kişi adına tescilini zorunlu kılmamaktadır. Garanti markasının tescili için birden fazla kişinin birlikte başvurması mümkündür. Bkz. Uygulama Yönetmeliği m. 8/8.

ortak markada ise bir grup oluşturan kişilerin tamamı marka sahibi sıfatıyla markayı kullanım hakkına sahiptir. Marka sahibinin markayı kullanamaması, garanti markasının çevre etiketi ile benzerliğinin en güçlü olduğu unsurdur. Zira Bakanlığın da çevre etiketi sisteminin sahibi ve yürütücüsü olarak işareti kullanma hakkından söz edilememektedir.

c. Garanti Etme İşlevi ve Amaç

Garanti markası, sahipleri yönünden yapılan marka sınıflandırmasında diğer marka türlerinden işlevi itibarıyla ayrılmaktadır. Ferdi marka bir işletmenin mal veya hizmetlerinin, ortak marka ise bir gruba dâhil işletmelerin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesinde işlev görmektedir⁸². Buna karşılık garanti markasının temel işlevi, işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etmek değil, mal ve hizmetlerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmektir. Bu çerçevede mal veya hizmetin hangi işletme tarafından piyasaya sürüldüğüne dair kaynak gösterme işlevi garanti markasına ek olarak kullanılan ferdi marka ile sağlanmış olmaktadır⁸³. Benzer şekilde çevre etiketi sisteminde de Türkiye Çevre Etiketiyile ürün ve hizmet gruplarının, ÇEY çerçevesinde belirlenen kriterleri sağladığı ve çevresel etkileri azaltılmış nitelikte olduğu garanti edilmektedir⁸⁴. Ancak çevre etiketi, oluşturulma amacı yönünden garanti markasından ayrılmaktadır. Zira çevre etiketi sistemi ile amaçlanan ürünlerin, sürdürülebilirlik temelli kamusal amaçlara ulaşılmasını sağlamak üzere belirlenen kriterlere uygunluğu tespit etmektedir⁸⁵. Bu özelliği nedeniyle çevre etiketi ve benzeri resmî standart işaretlere özel marka koruması sağlanmalıdır.

d. Belgelendirme ve Sertifikasyon Süreci

Garanti markasını resmî kontrol ve garanti işaretlerinden ayıran belirleyici unsurlardan biri, belgelendirme ve sertifikasyon sürecidir. Esasen çevre etiketi sisteminde ÇEY çerçevesinde belirlenen kriterleri sağlayan herkes kendiliğinden çevre etiketi kullanma hakkı kazanmadığı gibi garanti markasında da teknik şartnamede belirtilen şartların sağlanması kişilere kendiliğinden markayı kullanma hakkı tanımaz⁸⁶. Çevre etiketi siste-

82 Sami **Karahan**, Garanti Markası, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S. 2, 2005-2006, s. 1205.

83 **Bozgeyik**, s. 92.

84 **Kiraz**, s. 666.

85 Kamusal amaçlar için bkz. yuk. III. C başlığı.

86 **Bozgeyik**, s. 93; **Karahan**, s. 1224.

minde doğrulama süreci ardından Bakanlık ile yapılacak bir sözleşme çerçevesinde kişiler Türkiye Çevre Etiketini kullanma hakkı elde etmektedir. Belirtilen süreç, TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi, Prensipler ve Yöntemler Standardının dikkate alınması ve etiketi kullanma hakkı kazananlara Bakanlık tarafından bir belge verilmesi nedeniyle esasen bir “resmî bir sertifikasyon süreci” niteliğindedir⁸⁷. Ayrıca Bakanlığın rolü, ürün ve hizmet grupları yönünden temelde ÇEY ile belirlenen hukuki düzenlemelere uygunluk esas olduğundan süreç her hâlde resmî niteliktedir. Buna karşılık garanti markasına ilişkin düzenlemelerde⁸⁸, markanın kullanım hakkının teknik şartnamede gösterilen usul çerçevesinde tanınacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Garanti markasında teknik şartnamede gösterilen usul esas olduğundan markayı kullanma hakkı tanınması sürecinde farklılıklar ortaya çıkabilir. Söz gelimi garanti markası sahibinin kamu hukuku tüzel kişisi olması ihtimalinde markanın belgelendirme ya da sertifikasyon sürecine bağlı olarak kullanandırılması mümkündür. Buna karşılık gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişinin marka sahibi olduğu diğer bir ihtimalde kullandırma, taraflar arasındaki bir sözleşme çerçevesinde gerçekleşebilir⁸⁹. Bu bağlamda standart belirten işaretleri resmî olanlar ve olmayanlar olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutarak yalnız resmî nitelikte olmayan standart işaretleri yönünden garanti markası korumasının söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekir.

e. Teknik Şartnameye Aykırı Kullanımlar Nedeniyle Markanın İptali

SMK m. 32.7 çerçevesinde garanti markasının devamlılık arz eder biçimde teknik şartnameye aykırı kullanılması bir iptal nedeni olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre marka sahibi markanın devamlılık arz eder biçimde teknik şartnameye aykırı kullanılmasını önlemek için gerekli önlemleri almaz ve verilen süre içinde aykırılıkları düzeltmez ise markanın iptaline karar verilir. Buna karşılık çevre etiketi sisteminde kriterlere uy-

⁸⁷ **Kiraz**, s. 668.

⁸⁸ Konuya ilişkin düzenlemeler SMK m. 32/2 ile Uygulama Yönetmeliği m. 8/8’de yer almaktadır. SMK m. 32/2’de “markayı kullanım hakkı verilmesinden” söz edilmekle yetinilmiş, Uygulama Yönetmeliği m. 8/8’de ise teknik şartname markayı kullanma hakkının ne şekilde elde edileceğinin gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

⁸⁹ Belgelendirme sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Önder**, s. 66 vd.; Ahmet Furkan **Türkdoğan**, Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla “CE” İşareti, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 120 vd. Garanti markasının lisans sözleşmesine konu edilemeyeceğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Karahan**, s. 1220.

gunluğun kaybedilmesi kullanıcının kullanım hakkının iptaline neden olmaktadır. Dolayısıyla çevre etiketi sisteminde kriterlere aykırılık hâlinde yaptırım kullanıcı hakkında uygulanmaktadır⁹⁰. Kamusal amaçlarla oluşturulmuş, yürütücüsü Bakanlık olan işaretin marka hukuku ilkeleri çerçevesinde iptali söz konusu olmaz.

2. Değerlendirme

Çevre etiketi sistemi ile benzerlik içeren özellikleri bulunmakla birlikte, çok da ayrıntılı olmayan düzenlemeler, garanti markası temelli pek çok sorunun cevapsız kalmasına yol açmaktadır. Konuya ilişkin belirsizlik yalnız çevre etiketi ile sınırlı olmayıp, kullanım şartları ve usulleri birbirinden belirli noktalarda farklılaşan “CE” ve “TSE” gibi standart belirten diğer işaretler bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce SMK’nın garanti markasına ilişkin düzenlemeleri standart belirten resmî kontrol ve garanti işaretlerine uygulanamaz niteliktedir⁹¹. Zira garanti markaları hakkında uygulanması mümkün olan başvuru ve tescil sürecinden, iptal ve yenilemeye kadar ilgili tüm SMK hükümlerinin resmî nitelikteki standart işaretleri yönünden uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Standart belirten işaretler kamu güvenliğinin veya piyasa denetiminin sağlanması, çevrenin korunması ve tüketicinin bilgilendirilmesi gibi pek çok amaçla oluşturulabilir. Çevre etiketi sisteminde çevrenin korunması, sorumlu üretim ve sürdürülebilir tüketimin teşviki ile tüketicinin bilgilendirilmesi amaçları ön plana çıkmaktadır. Bu itibarla Türkiye Çevre Etiketinin SMK m. 5.1.g atfıyla Paris sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 anlamında resmî kontrol ve garanti işareti olarak tescili mümkündür. İlgili hüküm çerçevesinde tescilin yapılması ihtimalinde üçüncü kişiler tarafından yapılacak başvurular işaretin ayırt edici olmadığı (SMK m. 5.1.b) ya da tanımlayıcı olduğu (SMK m. 5.1.c) gerekçesi ile değil, Paris Sözleşmesi bağlamında elde edilen özel koruma çerçevesinde (SMK m. 5.1.g) reddedilir. Dolayısıyla kamusal amaçlarla oluşturulmuş resmî standart kuruluş-

90 CE işareti yönünden benzer değerlendirme için bkz. **Türkdoğan**, s. 113.

91 Teknik şartnamelerde çevre etiketi ve benzeri işaret kriterlerine veya ilgili mevzuata atfı yapılabileceğine, bu itibarla resmî nitelikteki standart belirten işaretlerin de garanti markası olarak tescil edilebileceğine ilişkin aksi görüş için bkz. **Iraldo/Griesshammer/Kahlenborn**, s. 834. Standart işaretlerinin garanti markası olarak kabul edildiğine ilişkin değerlendirme için bkz. Elif Banu **Varlı**, “Garanti Markalarından Doğan Sorumluluğun Sigortalanması”, R&S - Research Studies Anatolia Journal, Vol. 3, No. 1, 2020, s. 38; **Karahan**, s. 1208-1209.

larına ait işaretlerin üçüncü kişiler tarafından tescilinin önlenmesi için Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 çerçevesinde öngörülen özel koruma, işaretlerin işlevlerine uygun ve yeterlidir.

Çevre etiketinin resmî kontrol ve garanti işareti niteliğini en net biçimde açıklayan örnek “TSE” markasının tescilidir⁹². “TSE” markası 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁹³ çerçevesinde açıkça Enstitü markası olarak düzenlenmiştir. Düzenlemede markanın türüne ilişkin bir belirleme söz konusu değildir. Ancak öğretî görüşleri⁹⁴ ve yargı kararlarıyla⁹⁵ işaretin garanti markasına örnek oluşturduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte Türk Patent nezdinde işaret özel korumadan yararlanan “koruma markaları” sınıflandırmasında yer almaktadır⁹⁶. Türk Patent, Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6’ya atıfla SMK m. 5.1.g uyarınca resmî kontrol ve garanti işaretlerine sağlanan korumayı “özel marka koruması” kapsamında “koruma markaları” olarak adlandırmaktadır⁹⁷. Türk Patent

92 Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 59.

93 Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (4 sayılı), RG. 15.07.2018, S. 30479. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden önceki dönemde TSE işaretinin marka niteliği 132 Sayılı Türk Standardları Enstitüsü İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun (RG. 22.11.1960, S. 10661) m. 1’de düzenlenmişti.

94 Arkan, s. 49 ve dpn. 59; Tekinalp, s. 372; Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu, s. 43; İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 51; Karahan, s. 1202; Varlı, s. 38; Ayşenur Şahin Caner, “Garanti Markaları Nedeniyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 357; Tayfun Ercan/Nebile Teke Akbulut, Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 30.

95 Yarg. HGK, E. 2018/11-503, K. 2021/897, 01.07.2021; Yarg. HGK, E. 2017/29, K. 2021/896, 1.07.2021; Yarg. HGK, E. 2019/686, K. 2019/1290, 5.12.2019; Yarg. 11. HD., E. 2015/3977, K. 2015/11031, 26.10.2015 (HukukTürk veri tabanı, <https://www.hukukturk.com/>, E.T. 02.04.2025).

96 Resmî kontrol ve garanti işareti olması nedeniyle koruma markası niteliğinde olan TSE’nin, Türk Patent kayıtlarına göre başvuru numarası K/00875, K/02051 olup “K” kodu ile başlamaktadır. Bu hususta aşağıda bkz. V.C.2 ve VI. nolu başlıklar. Türk Patent verilerine göre aynı düzenleme çerçevesinde örneğin; Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin hükümrânlığı ile ilgili işaretlere (Cumhurbaşkanlığı forsu), mahalli idarelere ait iktisadi nitelik arz etmeyen işaret ve adlandırmalar (Çeşme Belediyesi) ile siyasi parti amblemleri gibi kamu yararı açısından korunması gereken diğer işaretlere de resmî kontrol ve garanti işaretleriyle birlikte özel koruma sağlamaktadır <https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap>, E.T. 02.04.2025.

97 Beşir Abidin Hamarat, Garanti Markası ve Helâl Sertifikası, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 139.

verilerine göre aynı düzenleme çerçevesinde; “TSE GMP” ve “TSE Helal” standart işaretlerine de özel koruma sağlamıştır⁹⁸. Kanaatimizce TSE markaları yönünden söz konusu olan garanti markası niteliği değil, garanti işlevidir. Bu bakımdan marka niteliği açıkça belirtilmemiş olsaydı dahi Türk standartlarını düzenleyen ve söz konusu standartlara uygun ürün ve hizmetleri belgelendiren bir kamu kurumu işareti olarak “TSE”, özel marka korumasından yararlanabilirdi.

“TSE” yönünden yapılan değerlendirme çevre etiketiyle de örtüşmektedir. Zira Türkiye Çevre Etiketleri de -tıpkı “TSE” gibi- ülkemizde çevre etiketi kullanım şartlarını düzenleyen, bu şartlara uygunluğu belgelendiren Bakanlık tarafından şekli Çevre Etiketleri Kullanım Kılavuzu ile belirlenmiş resmî nitelikte bir işarettir⁹⁹.

Aşağıdaki tabloda tescilli olmayan “Türkiye Çevre Etiketleri”, tipik bir garanti markası örneği olan “WOOLMARK” ve Türkiye’de özel marka korumasından yararlanan, resmî kontrol ve garanti işareti olması nedeniyle “koruma markası” olarak tescilli “TSE” işareti ile karşılaştırılmıştır.

“Koruma markası” sınıfına dâhil diğer örnekler için bkz. Türk Patent ve Marka Kurumu, “Özel Korunan Markalar Bilgisi”, <https://www.turkpatent.gov.tr/ozel-korunan-markalar-bilgisi>, E.T. 02.04.2025.

Türk Patent verilerine göre aynı düzenleme çerçevesinde örneğin; Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin hükümleriyle ilgili işaretlere (Cumhurbaşkanlığı forsu), mahalli idarelere ait iktisadi nitelik arz etmeyen işaret ve adlandırmalar (Çeşme Belediyesi) ile siyasi parti amblemleri gibi kamu yararı açısından korunması gereken diğer işaretlere de resmî kontrol ve garanti işaretleriyle birlikte özel koruma sağlamaktadır <https://www.turkpatent.gov.tr/araştırma-yap>, E.T. 02.04.2025.

98 TSE ve TSEK markalarının ilanı için bkz. 435 sayılı Resmî Marka Gazetesi, TSE Helal markasının tescil ilanı için bkz. 455 sayılı Resmî Marka Gazetesi, <https://www.turkpatent.gov.tr/bultenler>, E.T. 02.04.2025.

99 Öğretide TSE markası neredeyse oybirliği ile garanti markasına örnek gösterilmektedirken, **Bozgeyik** TSEK ve Helal markaları ile birlikte TSE markasını standart işaretleri olarak açıklamaktadır. Ancak yazar standart işaretlerinin de garanti markası işlevine sahip olduğunu belirtmektedir (**Bozgeyik**, s. 101). Bununla birlikte **Dönmez**, TSE markasının yalnız kamu yararı amacıyla standartlar belirlenerek devletin ticari ürünleri ve ticari faaliyetleri kontrol altında tutmak üzere oluşturduğu bir işaret olarak açıklamıştır. Yazar, TSE markasının hiçbir kişi ve kuruluş adına tescilli olmadığını, piyasada yalnız kalite ve güven unsuru sağlamak üzere kullanıldığını belirtmiştir (İrfan **Dönmez**, *En Son İçtihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, İstanbul 1992, s. 4).

Şekil 2: Karşılaştırma Tablosu

		
Resmî nitelikte olmayan, standart belirten bir işaret olması nedeniyle garanti markası	Resmî kontrol ve garanti işareti olması nedeniyle koruma markası (Türk Patent, başvuru numarası K/00875, K/02051)	Resmî nitelikte standart belirten bir işaret olarak koruma markası olarak tescili talep edilebilir.
Ürünün %100 yün olduğunu garanti etmektedir. Standart, markanın sahibi olan şirketin web sayfasından da ilan edilmiştir¹⁰⁰.	İlgili mevzuat veya Türk Standardları Enstitüsü tarafından belirlenen standartlara uygunluk garanti edilmektedir.	ÇEY ve Bakanlık tarafından ürün ve hizmet grupları itibarıyla belirlenen kriterlere uygunluk garanti edilmektedir.
Markanın sahibi ve kontrole yetkili olan <i>The Woolmark Company</i>'dir¹⁰¹.	Türk Standardları Enstitüsü'nün kuruluşuna dair 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çerçevesinde "TSE" kısaltmasının Enstitü'nün markası olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.	ÇEY m. 11.5 uyarınca; "Çevre etiketinin şekli Bakanlık tarafından yayımlanan çevre etiketi şekline uygun olmak zorundadır. Etiketle bulunacak bilgiler Bakanlık tarafından belirlenir".

100 <https://web.archive.org/web/20130427153355/http://www.woolmark.com/1268>, E.T. 02.04.2025.

101 <https://web.archive.org/web/20130522150839/http://www.woolmark.com/about-woolmark>, E.T. 02.04.2025.

VI. TÜRKİYE ÇEVRE ETİKETİNİN RESMÎ KONTROL VE GARANTİ İŞARETİ OLARAK ÖZEL MARKA KORUMASINDAN YARARLANABİLMESİ

A. Resmî Kontrol ve Garanti İşaretinin Tanımı

“Standart işaretleri”¹⁰², ürün veya hizmetin uluslararası, bölgesel ve ulusal kuruluşlar tarafından kabul edilmiş standartları (kriter/şart) sağlandığını gösteren işaretlerdir.¹⁰³ Standartların belirleyicisi özel hukuk kişisi ya da kamu kuruluşları olabilir. Standartlar; kalite, güvenlik, güvenilirlik, verimlilik veya uyumun sağlanmasına yönelik belirlenmiş özellikleri kapsamaktadır. “ISO”¹⁰⁴, “TSE GMP”¹⁰⁵, ve “Helal” işaretleri bunlara örnek verilebilir. Söz gelimi “TSE” işareti ürünün Türk Standardları Enstitüsü tarafından kabul edilen Türk Standardı yeterliliklerini sağladığını doğrulamaktadır. İşaretin sahibi olan Enstitü, tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen özel bütçeli bir kamu kurumudur.

Standart işaretlerinin bir türü olarak değerlendirilebilecek resmî nitelikteki standart belirten işaretlerin kamusal amaçlara hizmet etmeleri nedeniyle özel bir korumaya tabi olmaları esastır. Resmî kontrol ve garanti işaretleri olarak Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 kapsamında hükme bağlanan bu işaretler; kullanım hakkının elde edilmesi, işlevleri ile piyasa gözetimi yönünden birbirinden ayrılan özelliklere sahiptirler. Ancak bu işaretler, işaretin (logo, amblem, sözcük ya da bunlardan bir ya da bir kaçını içeren kompozisyon) ve standartların hukuki düzenlemelerle ya da idari işlemle oluşturulması, sürece kamu kuruluşlarının etkisi ve kamusal amaçların varlığı yönünden ortak özellikler taşımaktadır. Bu itibarla resmî kontrol ve garanti işaretleri, hukuki düzenlemeler ya da idari işlemlerle belirlenen standartların sağlandığını gösteren işaretler olarak tanımlanabilir.

102 Kavramın kullanımına ilişkin bkz. **Bozgeyik**, s. 100.

103 **Bozgeyik**, s. 100.

104 Uluslararası Standardizasyon Örgütü (ISO) da benzer şekilde mal ve hizmetlerin güvenli, güvenilir ve yüksek kalitede olmasını sağlama hedefi ile hareket etmektedir. Ayrıca Örgüt, işletmelerin sürdürülebilir ve etik uygulamaları benimsemesine rehberlik ederek, aynı zamanda gezegenin korunduğu bir gelecek oluşturma hedefini de destekleme iddiasındadır (<https://www.iso.org/home.html>, E.T. 02.04.2025).

105 2010 tarih ve 1223/2009 sayılı Kozmetik Ürünler AB Tüzüğü [Regulation (EC) No 1223/2009 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on cosmetic products (recast) (Text with EEA relevance) OJ L 342 22.12.2009] uyarınca, kozmetik üretim yerleri için kozmetikte iyi üretim uygulamalarına uyum zorunluluğu öngörülmüştür. Bu doğrultuda hem Türkiye’de satışa sunulacak hem de ihraç edilecek ürünler için GMP Belgesi aranmaktadır.

B. Resmî Kontrol ve Garanti İşaretinin Unsurları

Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 kapsamında işaretin resmî kontrol ve garanti işareti niteliğinin devlet tarafından kabul edilmiş olmasına vurgu yapılmakla yetinilmiştir. Uygulamadaki örneklerden hareketle kanaatimizce bu işaretlerin üç unsuru içerdiği kabul edilebilir. Bunlar; işaretin ve standartların hukuki düzenlemelerle ya da idari işlemle oluşturulması, kamu otoriteleri tarafından desteklenen kamusal amaçların varlığı ve sürece kamu otoritelerinin etkisidir.

Resmî kontrol ve garanti işareti niteliği genel olarak kabul edilen¹⁰⁶ “CE”¹⁰⁷, “TSE”¹⁰⁸, “Enerji Etiketi”¹⁰⁹ ve “Türkiye Çevre Etiketi” gibi işaretler kamu güvenliği, enerji kaynakları ile doğal kaynakların korunması gibi kamusal amaçlar çerçevesinde özel düzenlemelerle oluşturulmuştur. İşaretlerin standart belirten nitelikleriyle resmî nitelikleri de bu düzenlemelere dayanmaktadır. Benzer şekilde standartlar da ya hukuki düzenlemeler ya da bu düzenlemeler çerçevesinde yetkilendirilen kurum ve kuruluşlarca belirlenmektedir. Örneğin, “CE” ve “Enerji Etiketi” için öngörülen standartlar AB düzenlemeleri çerçevesinde belirlenmişken “TSE” için Türk Standardları Enstitüsü, “Türkiye Çevre Etiketi” için Bakanlık düzenlemeler çerçevesinde standartları belirlemeye yetkili kılınmıştır.

Resmî kontrol ve garanti işaretlerinin resmî niteliklerini gösteren son unsur ise sürece kamu otoritesinin etkisidir. Bu etki, işaretlerin kullanım hakkının elde edilmesinde veya kullanım aşamasında piyasa gözetiminde ortaya çıkabilir. “Türkiye Çevre Etiketi”, Bakanlık tarafından yapılan doğrulama işlemi ile işaretin kullanım hakkını belgelendiren, üzerinde yer aldığı ürünler yönünden ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen kriterlerin sağlandığını kanıtlayan işaretlerdir. Buna karşılık, “CE” gibi Birlik işaretlerinin kullanımında, işaretin üzerinde yer aldığı ürünün AB mevzuatına uygunluğu onaylanmış kuruluşlara yaptırılan uygunluk değerlendirilme-

106 CE ve TSE’nin resmî kontrol ve garanti işareti niteliğine ilişkin örneklendirme için bkz. **Bozgeyik**, s. 100; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 59.

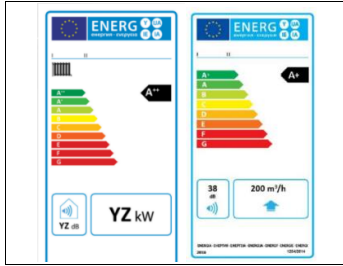
107 “CE” İşareti Yönetmeliği (RG. 27.05.2021, S. 31493). “CE” İşareti Yönetmeliği, “Akreditasyon ile Piyasa Gözetimi ve Denetiminin Kurallarının Belirlenmesi Hakkında 9/7/2008 tarihli ve (AB)765/2008 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü” ile “Ürünlerin Piyasaya Arzına İlişkin Genel Çerçeve Hakkında 9/7/2008 tarihli ve (AB)768/2008 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Kararı” esas alınarak Avrupa Birliği mevzuatına uyum çerçevesinde hazırlanmıştır (m. 16).

108 Enerji Etiketlemesi Çerçeve Yönetmeliği (Cumhurbaşkanı Kararının Tarihi: 01.03.2021, S. 3584; RG. 02.03.2021 S. 31411).

109 132 sayılı Kanun, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

sine bağlı olarak imalatçı veya yetkili temsilcisinin beyanına dayanmaktadır (CE İşareti Yönetmeliği m. 5 ve 6)¹¹⁰. Ancak “CE” işaretinin piyasaya arzında da kamu kuruluşu olan yetkili kuruluşlarca piyasa gözetim ve denetimi söz konusu olmaktadır (CE İşareti Yönetmeliği m. 4.1.ö). Benzer şekilde “Enerji Etiketi”¹¹¹ de devlet ya da kamu kurumunun ön onayına tâbi olmaksızın tedarikçi ve satıcının beyanına dayalı olarak kullanılmaktadır¹¹². Etiket üzerinde yer alan AB bayrağı, ürünün AB tarafından belirlenen standartlara uygunluğunu göstermektedir. Enerji etiketinin kullanıldığı ürünün özelliklerine ilişkin bilgilerin doğruluğu için yapılacak testler tedarikçinin sorumluluğundadır. Ancak kamu kuruluşları piyasa gözetim mekanizmaları çerçevesinde etiketteki bilgilerin doğruluğunu denetlemeye ve yanlış beyanda bulunanlara yaptırım uygulamaya yetkilidir.

Şekil 3: Enerji Etiketi (Energy Label)



Çevre etiketi sisteminde kişi ve kuruluşlara etiketi kullanma yetkisi verilmesinden etiketin usulüne uygun şekilde kullanılmasının gözetim ve denetimine kadar tüm süreçte Bakanlık görevlidir. Doğrulama, belgelen-dirmeye yönelik sözleşme yapılması ve etiketin usulüne uygun kullanımın gözetimi aşamalarında Bakanlığın etkisi, Türkiye Çevre Etiketinin resmî

110 Uygunluk değerlendirmesine ilişkin bkz. **Türkdoğan**, s. 43 vd.

111 Enerji Etiketlemesi Çerçeve Yönetmeliği m. 4/1, e uyarınca etiket; “*Basılı ya da elektronik formatta, her harfin bir enerji sınıfını temsil ettiği ve müşterileri enerji verimliliği ve enerji tüketimi hakkında bilgilendirmek amacıyla enerji tasarrufuna karşılık gelen, koyu yeşilden kırmızıya doğru giden, yedi farklı renkte, sadece A’dan G’ye kadar olan harfleri kullanan, 12 nci maddenin birinci ve ikinci fıkraları gereğince yeniden sınıflandırılan etiketler ve daha az sayıda sınıfları ve renkleri içeren etiketlerin de bu kapsamda yer aldığı, kapalı bir skala da dahil grafik bir şekli*”... ifade eder.

112 Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, Enerji Etiketlemesi, <https://urunkurallari.ticaret.gov.tr/tr/sektorel-rehber/enerji-etiketlemesi>, E.T. 02.04. 2025.

niteliğini güçlendirmektedir. Bu bağlamda “CE”, “TSE”¹¹³, “Enerji Etiket” gibi “Türkiye Çevre Etiket” de Paris Sözleşmesi’nin kamusal amaçlarla düzenlenen işaretleri korumaya yönelik hükmü kapsamında kabul edilmelidir.

C. Kontrol ve Garanti İşaretlerine Sağlanan Korumanın Amacı

Çevre etiketinin hukuki niteliğini tespit yönünden işaretin amaç unsuru belirleyicidir. Zira markadan farklı olarak resmî kontrol ve garanti işaretlerinde piyasa gözetimi, çevrenin korunması, haksız rekabetin önlenmesi, tüketicinin bilgilendirilmesi gibi kamusal amaçlar söz konusudur. Bu çerçevede çevre etiketinin tüketicinin bilgilendirilmesi ve sürdürülebilir ürünlerin teşviki suretiyle çevrenin korunması temel amacına hizmet etmesi, işaretin Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 uyarınca özel marka korumasından yararlanabilmesinin yolunu açmaktadır. Çevre etiketinin resmî kontrol ve garanti işaretleri ile örtüşen niteliği özel marka koruması yoluyla işaretin ticari kullanımlarının önlenmesini sağlayacaktır¹¹⁴. Zira ilgili hüküm çerçevesinde elde edilen özel koruma çevre etiketinin Türk Patent nezdinde tesciline olanak sağlamaktadır. Türkiye Çevre Etiketinin “koruma markası” olarak tescili üçüncü kişilerin marka tescili yoluyla çevre etiketi üzerinde tekeli bir hak elde etmelerinin önlenmesinde kritik öneme sahiptir.

D. Kontrol ve Garanti İşaretine Sağlanan Korumanın Kapsamı

1. Genel Olarak

Kontrol ve garanti işareti kavramının dayanağını SMK m. 5.1.g atfıyla Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6¹¹⁵ oluşturmaktadır. Anılan düzenleme

113 Kanaatimizce TSE, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile açıkça bir marka olarak düzenlenmemiş olsaydı dahi SMK m. 5.1.g’nin Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6’ya atfı yapan hükmü gereği özel korumadan yararlanabilirdi.

114 Markaya ilişkin bazı hükümlerin koruma markaları hakkında uygulanmayacağına ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Hamarat**, s. 139.

115 Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6’nın kontrol ve garanti işaretlerine ilişkin hükümleri şu şekildedir;

“1. (a) Birlik ülkelerine ait armaların, bayrakların ve diğer Devlet amblemlerinin ve bu ülkelere kabul edilmiş olan resmi kontrol ve garanti belirten resmi işaretler ve ayar damgalarının ve hanedan armacılığı bakımından taklitlerinin ticari markalar veya markaların bir unsuru olarak yetkili makamlardan izin almaksızın kullanılması uygun önlemlerle yasaklamak ve tescili reddetmek ya da geçersiz kılmak hususlarında, Birlik ülkeleri mutabık kalmışlardır. ...

kapsamında¹¹⁶ resmî kontrol ve garanti işaret ve damgalarının üçüncü kişiler adına marka ya da marka unsuru olarak tescilinin mümkün olmadığı öngörülmüştür (Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6.1.a). Ayrıca Sözleşme çerçevesinde taraf ülkeler, resmî kontrol ve garanti işaretleri ve damgalarının bir listesini ve bu listede sonradan ortaya çıkacak değişiklikleri WIPO Uluslararası Bürosu aracılığıyla birbirlerine bildirmek hususunda da anlaşmıştır (Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6.3.a). Böylece söz konusu hükümlerle bir taraftan bu işaretlerin üçüncü kişiler adına tescili engellenmiş diğer taraftan da ilgili kurum ve kuruluş adına tesciline olanak sağlanmıştır¹¹⁷.

2. Mutlak Ret Nedeni Olması

Başvuruya konu resmî kontrol ve garanti işaretinin bir tescil engeli (mutlak ret nedeni) oluşturduğundan söz edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6.1.a düzenlemesine göre;

- resmî kontrol ve garanti işaretleri ve damgalarının aynısının münhasıran veya markanın bir unsuru olarak marka başvurusuna konu edilmesi,
- amblemin ait olduğu devletin yetkili mercilerinden işaretin tescili için izin alınmamış olması,
- başvuruya konu işaretin koruma altındaki kontrol ve garanti işaretinin konu olduğu mallar ve hizmetlerle aynı veya benzer mallar ve hizmetleri kapsamı hâlinde ilgili marka tescil başvurusu SMK m. 5.1.g uyarınca başvuru kapsamındaki tüm mal ve hizmetler için reddedilir.

2. Resmi kontrol ve garanti işaretlerinin ve ayar damgalarının kullanımının yasaklanması yalnız bu işaret ve damgaların dâhil edildiği markaların aynı veya benzer cinsteki mallar üzerinde kullanılması istendiğinde uygulanacaktır.

3. (a) Bu hükümlerin uygulanması için Birlik ülkeleri, bu Maddenin korunması altına tümüyle veya belli sınırlar içinde almak istedikleri veya bundan sonra isteyebilecekleri Devlet amblemlerinin ve resmi işaret veya ayar damgalarının bir listesini ve bu listenin müteakip tadillerinin tümünü, Uluslararası Büro aracılığıyla birbirlerine iletmeyi kararlaştırmışlardır. Bu arada bütün Birlik ülkeleri, bu şekilde iletilen listeleri kamuya açık tutacaklardır. Ancak bu iletişime Devletlerin bayraklarının dâhil edilmesi zorunlu değildir.”

116 Birlik üyesi devletlerin, bayrak, arma gibi hükümlerlik alametleri, Birlik üyesi devletlerin en az birinin üyesi olduğu uluslararası örgütlere, kurum ve kuruluşlara ait semboller, kısaltmalar Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 kapsamında yer alan diğer işaretlerdir. Bu işaretlere ilişkin örnek ve açıklamalar için ayrıca bkz. **Arkan**, s. 90; **Tekinalp**, s. 409-410; **Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu**, s. 59; **Güneş**, s. 114.

117 **Tekinalp**, s. 410.

Düzenleme bağlamında resmî kontrol ve garanti işaretleri ve damgalarının yetkili merciler tarafından izin verilmeksizin tescili veya kullanımı yasakladığından, işaretin ait olduğu devletin yetkili mercilerinden tescil için izin alınması hâlinde ret gerekçesi ortadan kalkmaktadır. Ancak söz konusu izin, yalnız başvuruya konu işaretin koruma altındaki kontrol ve garanti işaretinin kullanıldığı mallar ve hizmetlerle aynı veya benzer mallar ve hizmetleri kapsamı hâlinde aranmaktadır. Zira kontrol ve garanti işaretleri yönünden korumanın kapsamı ilgili oldukları mallar ve hizmetlerle sınırlandırılmıştır. Bu bakımdan başvuruya konu işaretin koruma altındaki kontrol ve garanti işaretinin ilgili olduğu mallar ve hizmetler dışında bir sınıf için tescilinin talep edilmesi hâlinde başvuru reddedilmez¹¹⁸.

3. “Koruma Markası” Olarak Tescil Edilmesi

Resmî kontrol ve garanti işaretlerine Paris Sözleşmesi gereği sağlanan korumanın diğer boyutunu özel marka koruması oluşturmaktadır. Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 düzenlemesiyle öngörülen özel koruma hem Birlik ülkeleri hem de Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kabul edilen işaret ve damgaların korunmasını kapsamaktadır. Bu çerçevede Türk Patent nezdinde tescili gerçekleştirilecek işaretler WIPO Koruması ve Türk Koruması olmak üzere iki alt başlıkta sınıflandırılmaktadır¹¹⁹.

Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6.3.a uyarınca taraf ülkelerin, resmî kontrol ve garanti işaretleri ve damgalarının bir listesini WIPO aracılığıyla Türk Patent’e bildirmeleri ile oluşan koruma, WIPO korumasını ortaya çıkarmıştır. Bu kapsamda “*tse turkish standards institution*”¹²⁰ ve çevresel etkileri azaltılmış ürünlerin doğrulamasına ilişkin “*korea eco-label (şekil)*

118 Örneğin; Türk Patent kararına konu “FI” ibaresini içeren başvuruda ibarenin Finlandiya tarafından kullanılan ve Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6/1, a kapsamında korunan “fi” ibaresiyle aynı olması nedeniyle 9. ve 42. sınıflarda yer alan mallar ve hizmetlerle ilişki kurularak reddedilmiş ancak 36. sınıfta yer alan hizmetler için ilânına karar verilmiştir Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu-2021, s. 323. Kılavuz metni için bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/marka>, E.T. 02.04.2025.

119 Sınıflandırma, Türk Patent nezdinde tescil kayıtlarının oluşturulmasında esas alınan ayrıma dayanmaktadır. Bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/ozel-korunan-markalar-bilgisi>, E.T. 02.04.2025.

120 02.11.2006 tarih ve D/01485 sayılı başvuru, <https://www.turkpatent.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025.

reasons for certification”¹²¹ ve “*environmental label of the republic of cuba (şekil)*”¹²² işaretleri marka korumasından yararlanmaktadır.

Şekil 4: Özel Korunan Marka Örnekleri



Paris Sözleşmesi’nin söz konusu hükmü uyarınca özel koruma sağlanan tüm markalar Türk Patent nezdinde “WIPO Koruması” kategorisinde listelenmektedir¹²³.

Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6.1.a’nın resmî kontrol ve garanti işaretleri ve damgalarının üçüncü kişiler adına marka ya da marka unsuru olarak tescilinin reddedilmesini öngören hükmünün kapsamına Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kabul edilen işaret ve damgalar da girmektedir. Bu kapsamda özel koruma sağlanan markalar Türk Patent nezdinde “Koruma Markaları” olarak sınıflandırılmaktadır¹²⁴. Söz gelimi TSE markası koruma markası olarak tescillidir. Kanaatimizce WIPO kapsamında koruma sağlanan Kore çevre etiketi gibi Türkiye Çevre Etiketleri de çevresel etkileri azaltılmış ürünlere yönelik bir doğrulama işareti olarak Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6’ya atıf yapan SMK m. 5.1.g kapsamında marka korumasından yararlanabilmelidir.

SONUÇ

1. Küresel iklim krizinin artan etkilerine bağlı olarak güçlenen sürdürülebilirlik ilkeleri; “sürdürülebilir” ve “yeşil” temelli hukuki kavram ve

121 01.01.2009 tarih ve D/01737 sayılı başvuru, <https://www.turkpatent.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025.

122 04.12.2007 tarih ve D/01573 sayılı başvuru, <https://www.turkpatent.gov.tr/>, E.T. 02.04.2025.

123 Türk Patent web sitesi üzerinden marka araştırma bağlantısı (<https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap>, E.T. 02.04.2025) kullanılarak “WIPO Koruması” kategorisindeki markalar listelenebilmektedir.

124 Türk Patent web sitesi üzerinden marka araştırma bağlantısı (<https://www.turkpatent.gov.tr/arastirma-yap>, E.T. 02.04.2025) kullanılarak “Koruma Markası” kategorisindeki markalar listelenebilmektedir.

kurumları ortaya çıkarmıştır. Bunlardan biri olan çevre etiketi, ülkemizde 66/2010 sayılı AB Eko-Etiket Tüzüğüne dayanılarak hazırlanan Çevre Etiketi Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Çevre etiketi, çevreye karşı olumsuz etkileri azaltılmış niteliği kanıtlanarak gönüllülük esaslı çevre etiketi sistemine dâhil olan sürdürülebilir ürünler için kullanılmaktadır. Çevre etiketi ile Avrupa Yeşil Mutabakatı ve AB Döngüsel Ekonomi Eylem Planı çerçevesinde dünyanın en büyük tek pazarı olarak AB’de tüketicinin doğru ve bilimsel temeli olan bilgiye ulaşması ve sürdürülebilir ürünlerin teşviki hedeflenmektedir.

2. Çevre etiketi sisteminde tüketicinin bilgilendirilmesi ve sürdürülebilir ürünlerin teşviki suretiyle ulaşılmak istenen amaçlar esasen kamusal niteliktedir. İklim krizi ile mücadele ve çevrenin korunmasında bir araç olarak öngörülen çevre etiketiyle küresel ölçekte;

a. ürün ve hizmetlerin doğal kaynak kullanımından nihai bertaraf edilme aşamasına kadar geçen tüm yaşam döngüsü süreçlerinde ekosistemlerin bozulmasını önleme,

b. doğal kaynakların tüketiminde çevre, insan, sağlık, iklim ve doğal yaşamın üzerindeki olumsuz etkileri azaltma amaçlanmaktadır.

3. Çevre etiketi sisteminin oluşturulmasındaki kamusal amaçlar, işaretin hukuki niteliğini tespit yönünden belirleyicidir. Zira markada ön plana çıkan ticari işlevler nedeniyle çevre etiketinin esasen marka olarak tesciline olanak bulunmamaktadır. Çevre etiketinin işlevi işletmelerin mal veya hizmetlerini ayırt etmek değil, ürünlerin sürdürülebilir niteliklerinin doğrulanmasıdır. Esasen bu işlev genel olarak markaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde temin edilebilir nitelikte değildir. Çevre etiketi, ÇEY çerçevesinde öngörülen başvuru sürecinin ardından Bakanlıkla yapılan sözleşme çerçevesinde kriterleri sağlayan her kişi ve kuruluş tarafından kullanılabilir. Çevre etiketi bu yönüyle sürdürülebilir nitelikteki ürün ve hizmet grupları için bir işletmenin mal ve hizmetlerinin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme gücünden yoksundur. Bu nedenle çevre etiketinin tescilli talebiyle yapılan başvurular Türk Patent tarafından -her şeyden önce- ayırt edicilikten yoksunluk gerekçesi ile reddedilmiştir. Ayrıca işaretin tanımlayıcı niteliği de marka olarak üzerinde tekelci hak tesciline engel bir özellik olarak değerlendirilmiştir. Benzer şekilde gruba dâhil işletmelerin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etme işlev görmesi nedeniyle ortak marka da çevre etiketi sistemi ile uyumlu değildir.

4. Garanti markası ise pek çok yönden çevre etiketi ile benzer özelliklere sahiptir. Garanti markası sahibinin markayı kullanamaması, markanın marka sahibinin kontrolünde kullanılması ve belirli standartları sağlayan mal veya hizmetler için kullanılabilmesi bu benzerliklere örnektir. Ancak

SMK'nın garanti markası ile ilgili düzenlemelerinin yetersizliği etiket in bu korumadan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda tereddüt yaratmaktadır. Diğer taraftan garanti markasının iptalini öngören SMK düzenlemesi, kamusal amaçlara ulaşılma üzere oluşturulan çevre etiketi sistemi yönünden uygulanabilir nitelikte değildir.

5. Çevre etiketinin resmî niteliği, SMK m. 5.1.g atfıyla Paris Sözleşmesi 2. mükerrer m. 6 bağlamında standart işaretlerine sağlanan özel marka korumasından yararlanma olanağı tanımaktadır. İlgili düzenleme bağlamında resmî kontrol ve garanti işaretleri bu nitelikleri devlet tarafından kabul edilmiş işaretler olarak tanımlanabilir. Ayrıca uygulamadaki örneklerden hareketle çevre etiketine resmî nitelik kazandıran üç unsurdan söz edilebilir:

a. Etiket ve standartların hukuki düzenlemeler ve idari işlemler ile belirlenmesi: Türkiye Çevre Etiket i logosu ve kullanım şekli Bakanlık tarafından Çevre Etiket i Kullanım Kılavuzu ile düzenlenmiştir. Aynı şekilde standartlar da yine ÇEY hükümleri çerçevesinde Bakanlıkça belirlenmektedir.

b. Devlet tarafından gerçekleşmesi planlanan kamusal amaçların ön plana çıkması: Sistemin işleyişinde ticari amaçlar değil, AB mevzuatına uyum çerçevesinde Türkiye Yeşil Mutabakat Eylem Planı ve kalkınma planları çerçevesinde Devlet tarafından desteklenen kamusal amaçlar ön plandadır.

c. Çevre etiketi sisteminin yürütülmesinin Bakanlığın yetkisinde olması: Çevre etiketi sisteminde kişi ve kuruluşlara etiketi kullanma yetkisi verilmesinden etiketin usulüne uygun şekilde kullanılmasının gözetim ve denetimine kadar tüm süreçte Bakanlığın görevli olması etikete resmî nitelik kazandırmaktadır.

6. Paris Sözleşmesi'nin ilgili hükmü uyarınca, her devlet hem kendi ülkesindeki hem de WIPO aracılığıyla diğer devletlerce bildirilen resmî kontrol ve garanti işaretlerine marka koruması sağlamayı taahhüt etmiştir. Ayrıca aynı düzenleme bağlamında işaretlerin ilgili oldukları mal veya hizmet sınıflarından üçüncü kişiler adına tescilinin engellenmesi de mümkündür. Bu düzenleme doğrultusunda Türkiye'de tescil edilen, Türkiye Cumhuriyeti tarafından söz konusu nitelikleri kabul edilmiş resmî kontrol ve garanti işaretleri Türk Patent nezdinde "koruma markası" olarak sınıflandırmaktadır. Yine aynı düzenleme bağlamında WIPO aracılığıyla bildirilen resmî kontrol ve garanti işaretleri ise "WIPO Koruması" kapsamında sınıflandırılarak tescil edilmektedir.

7. Kanaatimizce SMK m. 5.1.g bağlamında resmî kontrol ve garanti işaretlerine sağlanan özel marka koruması karşısında garanti markası tartışmaları anlamını yitirmektedir. Zira ilgili düzenleme çerçevesinde garanti markası başvurusunda bulunması zorunlu şartların aranmasına gerek olmaksızın, Paris Sözleşmesi'nin ilgili hükmü kapsamında sayılan işaretin varlığını tespit tescil için yeterli kabul edilecektir.

KAYNAKÇA

Alınışık, Ümit, Tüketicilerin Çevreye Duyarlılığı ve Reklamlardaki Çevreci İddialar, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 18, S. 2, 2009, s. 48-79.

Amador, João/**Cabral**, Sónia, “Global Value Chains, A Survey Of Drivers And Measures”, Journal of Economic Surveys, Vol. 30, No. 2, 2016, pp. 278-301.

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, C. I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997.

Ayhan, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Yıldız**, Burçak/**İmirlioğlu**, Dilek, Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Bozgeyik, Hayri, “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 91-102.

Cop, Ruziye/**Çiftci**, Sertaç, “Avrupa Yeşil Mutabakatı Süreci ve İşletmelerin Rolü”, İşletmeler İçin Avrupa Yeşil Mutabakatı, Ed. Prof. Dr. Ruziye Cop/Doç. Dr. Sertaç Çiftci, Gazi Kitabevi, Ankara 2023, s. 1-18.

Czarnezki, Jason J./**Jönsson**, K. Ingemar/**Kuh**, Katrina, “Crafting Next Generation Eco-Label Policy”, Environmental Law, Vol. 48, No. 3, 2018, s. 409-452.

Çakı Çiftci, Gamze, “Avrupa Yeşil Mutabakatı Hukukî Çerçevesi”, İşletmeler İçin Avrupa Yeşil Mutabakatı, Ed. Prof. Dr. Ruziye Cop/Doç. Dr. Sertaç Çiftci, Gazi Kitabevi, Ankara 2023, s. 43-63.

Çelik, İsmail Erkan/**Akman**, Öznur/**Ceyhan**, Ayben/**Akman**, Vedat, “Yeşil Pazarlamada Sürdürülebilirlik ve Dünya’da Bir Örnek: Tchibo”, International Conference on Eurasian Economies (Kaposvár – Hungary 29-31 August 2016), Beykent University Publications, 2016, s. 278-282.

Delbrück, Kilian, “The German Eco-Label “Blue Angel” and International Trade”, Eco-Labeling and International Trade, (Ed. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra 1997, pp. 189-194.

Dönmez, İrfan, En Son İçtihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 4.

Ercan, Tayfun/**Teke Akbulut**, Nebile, Tanınmış Marka Kavramı, Hukukun Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

European Commission, Circular Economy Action Plan, For a cleaner and more competitive Europe, Döngüsel Ekonomi Eylem Planı, 2020, [https://dongusel.csb.gov.tr/dongusel-ekonomi-icin-ab-eylem-planı---](https://dongusel.csb.gov.tr/dongusel-ekonomi-icin-ab-eylem-planı---2020-i-106857) 2020-i-106857, (E.T. 02.04.2025).

European Commision, About the EU Ecolabel (AB Eko Etiketi Hakkında), https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel/about-eu-ecolabel_en, (E.T. 02.04.2025).

European Commission, The European Green Deal (Avrupa Yeşil Mutabakatı), https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en, (E.T. 02.04.2025).

Eikel, Constantin, “Going Green: The Dos and Don’ts of Green Trade Marks”, 5 Nisan 2024, <https://brandwrites.twobirds.com/post/102jao9/going-green-the-dos-and-donts-of-green-trade-marks>, (E.T. 02.04.2025).

Engels, Gabriele/Grubler, Ulrike, “Sustainable Brands, Eco-Labels and the New EU Certification Mark”, *Managing Intellectual Property*, Vol. 264, 2017, pp. 88-91.

Furlow, Nancy E., “Greenwashing in The New Millennium”, *The Journal of Applied Business And Economics*, Vol. 10, No. 6, 2010, s. 22-26.

Güneş, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Hamarat, Beşir Abidin, Garanti Markası ve Helâl Sertifikası, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 139.

Iraldo, Fabio/**Griesshammer**, Rainer/**Kahlenborn**, Walter, “The Future of Ecolabel”, *The International Journal of Life Cycle Assessment*, Vol. 25, No. 5, 2020, s. 833-839.

İmirlioğlu, Dilek, Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmemesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Jain, Shikha/**Hagenbeek**, Olivier, “2022 Global Sustainability Study: The Growth Potential of Environmental Change”, October 23, 2022, <https://www.simon-kucher.com/en/insights/2022-global-sustainability-study-growth-potential-environmental-change>, (E.T. 02.04.2025).

Jain, Shikha/**Hagenbeek**, Olivier, “2021 Global Sustainability Study: What Role do Consumers Play in a Sustainable Future?”, October 28, 2021, <https://www.simon-kucher.com/en/insights/2021-global-sustainability-study-what-role-do-consumers-play-sustainable-future>, (E.T. 02.04.2025).

Karahan, Sami, “Garanti Markası”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, S. 2, 2005-2006, s. 1201-1225.

Karna, Jari/**Juslin**, Heikki/**Ahonen**, Virpi/**Hansen**, Eric, “Green Advertising: Greenwash or a True Reflection of Marketing Strategies”, *Greener Management International*, No. 33, 2021, s. 59.

Kiraz, Esra Ş., “Ticarette Yeşil Dönüşüm: Çevre Etiketi ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 4, S. 2, 2024, s. 651-672.

Leblebici Koçer, Leyla/**Delice**, Tuğba, “Yeşile Boyama ve Yeşil Güven Arasındaki İlişkide Algılanan Yeşil Riskin ve Algılanan Tüketici Şüpheliğinin Aracılık Rolü”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 50, 2017, s. 22-37.

Mogyoros, Alexandra, “Improving eco-labels: are green certification marks up to the task?”, Journal of Intellectual Property Law and Practice, Vol. 18, no. 5, 2023, s. 367-373.

Önder, Mehmet Fahrettin, Standardizasyona Bağlı Belgelendirmelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Palacio, Diego, “Marcas Verdes y sustentabilidad en Argentina”, Argentina 2023, <https://marcasur.com/noticia/marcas-verdes-y-sustentabilidad-en-argentina&f=09-2023>, (E.T. 02.04.2025).

Park, Kathryn, “Green Trademarks and the Risk of Greenwashing”, 13 Aralık 2022 https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2022/04/article_0006.html, (E.T. 02.04.2025).

Peattie, Ken, “Towards Sustainability The Third Age of Green Marketing”, The Marketing Review, Vol. 2, No. 2, 2001, pp. 129-146.

Polak, John, “Trade as an Environmental Policy Tool? GEN, Ecolabelling and Trade”, World Trade Organization Public Symposium Challenges Ahead on the Road to Cancun, June 16-18, 2003, pp. 1-11.

Sapmaz Veral, Evren, “Yeşil Yıkama İle Mücadele: Avrupa Birliği’nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi”, Sayıştay Dergisi, C. 33, S. 124, 2022, s. 101-129.

Silva, Daniel, “The Fight Against Greenwashing in the European Union”, UNIO-EU Law Journal, Vol. 7, No. 2, 2021, pp. 124-137.

Şahin Caner, Ayşenur, “Garanti Markaları Nedeniyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 356-388.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Türkdoğan, Ahmet Furkan, Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla “CE” İşareti, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On İkinci Kalkınma Planı, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf, (E.T. 02.04.2025).

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Onuncu Kalkınma Planı, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Plani-2019-2023.pdf, (E.T. 02.04.2025).

T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Temizlik Kağıdı Ürün Grubu Çevre Etiketleri Başvuru Kılavuzu, Ankara 2020, https://web-dosya.csb.gov.tr/db/cevreetiketi/icerikler/tem-zl-k-kagidi-urun-grubu-basvuru-kilavuzu_ver1.1-20210219083656.pdf, (E.T. 02.04.2025).

Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, 2021 tarihli Yeşil Mutabakat Eylem Planı, <https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTA-BAKAT%20YE%C5%9E%C4%B0L.pdf>, (E.T. 02.04.2025).

Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, Enerji Etiketlemesi, <https://urun-kurallari.ticaret.gov.tr/tr/sektorel-rehber/enerji-etiketlemesi>, (E.T. 02.04.2025).

Türkoğlu Üstün, Kamile, “Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkisi”, Memleket Siyaset Yönetim, C. 16, S. 36, 2021, s. 329-366.

United Nations, The World Conservation Strategy-WCS (Birleşmiş Milletler Dünya Koruma Stratejisi) <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/wcs-004.pdf>, (E.T. 02.04.2025).

United Nations, World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, Switzerland 2013.

United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future 1987.

Uzunalli, Sevilay, Marka Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Varlı, Elif Banu, “Garanti Markalarından Doğan Sorumluluğun Sigortalılaşması”, R&S - Research Studies Anatolia Journal, Vol. 3, No. 1, 2020, s. 37-47.

Yasaman, Hamdi/**Ayoğlu**, Tolga/**Yusufoğlu Bilgin**, Fülürya/**Memiş Kartal**, Pınar/**Yüksel**, Sinan H./**Yasaman**, Zeynep, Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Yatağan Özkan, Çiğdem/**Dinçer Özbey**, Berrin, “Green Is the New Black: The Rise of Green Marks and Possible Solutions to Greenwashing”, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, No. 73, 2023, pp. 183-206.

Yargı Kararları

Yarg. HGK, E. 2018/11-503, K. 2021/897, 01.07.2021, (HukukTürk veri tabanı, <https://www.hukukturk.com/>. E.T. 02.04.2025).

Yarg. HGK, E. 2017/29, K. 2021/896, 1.07.2021, (HukukTürk veri tabanı, <https://www.hukukturk.com/>. E.T. 02.04.2025).

Yarg. HGK, E. 2019/686, K. 2019/1290, 5.12.2019, (HukukTürk veri tabanı, <https://www.hukukturk.com/>. E.T. 02.04.2025).

Yarg. 11. HD., E. 2015/3977, K. 2015/11031, 26.10.2015, (HukukTürk veri tabanı, <https://www.hukukturk.com/>. E.T. 02.04.2025).



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 6502 Sayılı
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında
Değerlendirilmesi**

**Evaluation Of Construction Contracts in Return For Land
Shares Within The Scope Of The Consumer Protection Law
No: 6502**

  Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR*

 10.60002/ebyuhfd.1638991

ÖZ

Nüfus artışının gün geçtikçe artması konut ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Konut ihtiyacının karşılanması adına uygulamada akdedilen sözleşmelerden en önemli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Mevzuatta arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından bir düzenleme bulunmamakla beraber gündelik hayatta yaygın biçimde kullanılan bu sözleşme ile kişiler, maliki oldukları arsa üzerinde bina inşa edilmesine izin vermekte ve bunun karşılığında bir kısım arsa paylarını yükleniciye devretme yükümlülüğü altına girmektedir.

* Harran Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 13.02.2025 | **Kabul/Accepted:** 11.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Mehmet Doğar, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (395-421).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dair hüküm ve sonuçların yasal olarak düzenlenmemesi pratikte ve öğretide birçok sorunu da ortaya çıkarmaktadır. Çalışma konusu nazara alındığında Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tüketici işlemi unsurlarını taşımadığından bahisle ilgili sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda tüketici mahkemelerinin görevli olmadığına dair kararlar vermekte ve sözü edilen karara gerekçe olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibinin, konutu kendi kullanımından ziyade, sahibi olduğu arsayı değerlendirmeyi amaçladığı ifade edilmektedir.

Günümüz ekonomik koşulları göz önüne alındığında bir arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile sahibi bulunduğu taşınmazı değerlendirmesi ve finansal kaynak yaratmak istemesi hayatın olağan akışında yadsınacak bir durum değildir. Nitekim konut ihtiyacının azami düzeylere ulaştığı bir dönemde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tüketici işlemi olamayacağının baştan kabul edilmesi hak kayıplarına da neden olmaktadır. Bu çalışmada, arsa sahibi ve yüklenici arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olup olmadığı ve arsa sahibinin tüketici sayılıp sayılamayacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tüketici, tüketici işlemi, konut, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Increasing population growth has led to the need for housing. The most important of the contracts signed in practice to meet the housing need is the construction contract in return for land share. Although there is no regulation in the legislation in terms of the construction contract in return for land share, with this contract, which is widely used in daily life, persons allow the construction of a building on the land they own and in return, they are under the obligation to transfer some of their land shares to the contractor.

The fact that the provisions and consequences of the construction in return for land share agreements are not legally regulated raises many problems in practice and doctrine. Considering the subject matter of the study, the Supreme Court has ruled that the consumer courts are not authorized to hear disputes arising from construction in return for land share agreements, as they do not have the elements of a consumer transaction. As a justification for this decision, it is stated that the landowner aims to increase the value of the land he owns, rather than using the house for his own use.

Considering the economic conditions, it is normal for a landowner, want to create financial resources for the real estate he owns. As a matter of fact, when the need for housing has reached maximum levels, accepting from the beginning that construction agreements in return for land share cannot be consumer transactions causes loss of rights. In this study, it will be analyzed whether the construc-

tion contract in return for land share signed between the landowner and the contractor is a consumer contract and whether the landowner can be considered a consumer.

Keywords: Construction contract in return for land share, consumer, consumer transaction, resident, Consumer Protection Law.

GİRİŞ

İnsanların en temel ihtiyaçlarından olan ve barınmayı sağlayan konut, bireylerin ve ailelerin iskanını sağlayan ve barınma ihtiyacını karşılayan bir bütündür. Toplumun sağlıklı konut ihtiyacının sağlanması amacıyla başvuru yollarından biri olan ve arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada yaygın olarak kullanılan bir sözleşmedir. Günümüzde kentsel dönüşümün hızlanmasıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin önemi daha da artmıştır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) üçüncü maddesi ile tüketici sözleşmelerinin kapsamı genişletildiğinden Borçlar Hukukuna özgü sözleşmelerin birçoğu artık tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay, bu tip sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olmadığından bahisle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi yönünde kararlar vermektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yapılan inşaat tarafların ticari işletmesi ile alakalı ise Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 4 gereği nispi ticari dava söz konusu olacağından, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesi, sözü edilen sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hangi mahkemeler tarafından çözüleceğinin tespiti hususunda önem arz etmektedir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi olduğunun tespiti halinde bu sözleşmeye ilk olarak 6502 sayılı TKHK hükümlerinin uygulanması gerekecek, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde ise TKHK m. 83/1 gereği genel mevzuat hükümleri uygulanarak sözleşmenin tüketici olan tarafı TKHK'nın koruma şemsiyesinden yararlanacaktır. Bu itibarla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesi önem arz eder.

1 Yarg. 23. HD., E. 2013/239, K. 2013/1677, 19.03.2013, (www.kazanci.com, E.T. 14.09.2024). Bkz. Abdülkerim Yıldırım, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1167, dn. 2; Nezih Sütçü, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 2, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 2073 vd.

Yüklenici, arsa sahibiyle yaptığı sözleşme ile kendisine düşen arsa paylarını veya bağımsız bölümleri üçüncü kişiye devredebilir ki yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme kural olarak tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir². Bu çalışmanın kapsamı yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile sınırlı olup, yüklenici ile sözleşme yapan üçüncü kişilerin durumunu kapsamamaktadır. Aynı şekilde, TKHK m. 40 vd. hükümlerinde düzenlenen ön ödemeli konut satış sözleşmesi de çalışma dışında bırakılmıştır³.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, TANIMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin belirli arsa paylarını yükleniciye devretmeyi, yüklenicinin de bu arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir yapı inşa ederek bunları teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, inşaat yapmayı ücret karşılığında değil, arsa sahibinin arsasında inşa edeceği

- 2 Yüklenici ile sözleşme yapan üçüncü kişilerin, yüklenici ve arsa sahibi ile karşılaşabilecekleri hukuki sorunlar hakkında bkz. İlhan **Kara**, Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Engin Yayınevi, Ankara 2015, s. 288-294; Zafer **Kahraman**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 426 vd.
- 3 Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet **Doğar**, Ön Ödemeli Konut Satışı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2018.
- 4 Tanımlar için bkz. Hasan **Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 6; Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 1166 vd.; Mustafa **Gür**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 19; Murat **Aydoğdu**/Nalan **Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 470; Yasemin **Durak**, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, Özel Sayı, 2015, s. 208 vd.; Bilal **Kartal**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Basımevi, Ankara 1993, s. 15; İsmail **Atamulu**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 25; Pervin **Ayazlı**, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 1, 1987, s. 43; Duygu **Koçak Diker**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 3, 2023, s. 1430; Şebnem **Akipek Öcal**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin TKHK Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Aristo Yayınları, İstanbul 2021, s. 13-14 vd. (Kısaltma: Arsa Payı); Öz **Seçer**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 5 vd.; Derya G. **Bütün Yılmaz**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi

bağımsız bölümlerden kendi arsa payına isabet eden paylarının devredilmesi karşılığında üstlenmektedir⁵.

Bu sözleşme ile yüklenici, sözleşmeye uygun bir yapı inşa etme, arsa sahibi ise belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretme borcu altına girmektedir⁶. Taraflar sözleşme ilişkisinde karşılıklı olarak hem alacaklı hem borçlu sıfatı taşıdıklarından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁷. Yapı inşa etme borcu Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesinin, arsa payını devretme borcu ise taşınmaz satışı sözleşmesinin birer unsuru olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki farklı sözleşmenin bir araya getirilmesi ile oluşan çift tipli karma bir sözleşmedir⁸. Karma sözleşmelere hangi kuralların uygulanacağı hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir⁹. Öğretide ağırlıklı görüş olan kıyas teorisine göre, kanunda düzenlenen sözleşmelere dair hükümler, niteliğine uygun düş-tüğü ölçüde bu sözleşmeler için de uygulanır¹⁰. Bu bağlamda arsa sahiplerinin yükleniciye arsa payı devir borcu “taşınmaz satım sözleşmesi”,

Dergisi, S. 38, 2019, s. 108 vd.; Ali **Avcı**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 4-6; Tanımın eleştirisi için bkz. **Sütçü**, s. 32 vd.

- 5 Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 505 vd. Yazar “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesini kullanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kavramı açısından uygulama ve öğretide yaşanan terim sorunu hakkında açıklamalar için bkz. Çağla Nur **Karabulut Dursun**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2023, s. 3 vd.; **Gür**, s. 24 vd.; **Koçak Diker**, s. 10 vd.; **Yavuz**, s. 1169; **Seçer**, s. 6-24; **Avcı**, s. 9-12.
- 6 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 957; **Akıpek Öcal**, Arsa Payı, s. 4 vd.
- 7 **Yavuz**, s. 1177; **Erman**, s. 4; **Avcı**, s. 14-27; **Atamulu**, s. 32; **Bütün Yılmaz**, s. 114; **Durak**, s. 213; **Koçak Diker**, s. 1433; Umut **Yeniocak**, “Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, C. 2, Editörler, Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 137.
- 8 **Erman**, s. 6; Turgut **Öz**, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editörler, Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun, C. 2, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 209 (Kısaltma: Eser). **Kara**, s. 289; **Durak**, s. 211; **Yavuz**, s. 1174 vd.; **Yıldırım**, s. 1169; Safa **Reisoğlu**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, BATIDER, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 5; **Akıpek Öcal**, Arsa Payı, s. 11.
- 9 Bu görüşler, soğurma, dışlama, birleştirme ve kıyas görüşleridir. Bu görüşler hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. Erden **Kuntalp**, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Banka ve Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 227-260; **Eren**, s. 961-965; **Yavuz**, s. 33 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 8.
- 10 **Kılıçoğlu**, s. 30; **Yıldırım**, s. 1169 vd.

yüklenicinin sözleşme ve projesine göre inşaatı tamamlama borcu ise “eser sözleşmesi” özelliği taşımaktadır. Karma sözleşmeler bakımından her edime ilişkin uyumsuzlığa, tipini yansıttığı sözleşme hükümleri, diğer bir ifadeyle, devredilen veya devredilecek arsa paylarına dair uyumsuzluklar için taşınmaz satımı hükümleri; inşa edilecek yapıdan kaynaklanan uyumsuzluklara ise eser sözleşmesine dair hükümler tatbik edilmelidir¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu tartışmalıdır¹². Bir görüşe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Çünkü, edimler zaman içinde ve bölümler hâlinde sonucu meydana getirmeye yönelik olarak ifa edilmektedir¹³. Ancak Yargıtay kararlarında bu sözleşmelerin “geçici-sürekli karmaşığı” bir yapıya sahip olduğu belirtilmektedir¹⁴. Bunun sonucunda sözleşmenin dönme ya da fesih nedeniyle sona ermesi durumunda ileriye yönelik mi yoksa geçmişe mi etkili olacağı hususu belirlenmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilirse sözleşmede geçmişe etkili biçimde dönme sonucu doğacak, sürekli edimli olduğunun kabulü halinde sözleşme, sona erme etkisini ileriye yönelik gösterecektir¹⁵.

11 Öz, Eser, s. 209; Kuntalp, s. 260-261; Kahraman, s. 427-428; Bütün Yılmaz, s. 111; Atamulu, s. 32 vd.; Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 12 vd.; Koçak Diker, s. 1434; Gür, s. 27-28 vd. Aksi görüşte, Yavuz, s. 1175.

12 Sözleşme ilişkisinin ifa süresi bakımından sözleşmeler ani edimli ve sürekli edimli olarak ayrılmaktadır. Ani ve sürekli edim ayırımında kıstas, alacaklının ifaya olan menfaatinin bir anda mı yoksa bir sürece bağlı olarak mı gerçekleştiğinin belirlenmesidir. Bu konuda bkz. Erman, s. 8 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 471 vd.; Kılıçoğlu, s. 508; Yavuz, s. 11176; Yeniocak, s. 138-139; Durak, s. 212 vd.; Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 12; Seçer, s. 77-86; Kartal, s. 25.

13 Yeniocak, s. 138.

14 YİBK. E. 1983/3, K. 1984/1, 25.01.1984, (www.kazanci.com, E.T. 14.09.2024).

15 Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 19, 22; Kahraman, s. 432 vd.; Koçak Diker, s. 1435 vd. Yargıtay’a göre, inşaat tamamlanma oranı %90 ve üzeri şekilde bitirmiş olan müteahhide karşı, sözleşmenin sonra ermesinin geçmişe etkili sonuç doğurması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan hakkaniyete aykırı bir durum oluşturmaz. Bkz. Yarg. 23. HD., E. 2013/4203, K. 2013/3983, 11.06.2013, (www.kazanci.com, E.T. 14.09.2024). Buna göre, ileriye etkili feshin söz konusu olabilmesi için en az %90 oran aranmaktadır. Sözleşmenin ileriye etkili fesih şartlarının oluşması halinde (sözleşmenin daima geçmişe etkili biçimde feshedileceğine dair bir hüküm varsa) Yargıtay bu düzenlemelerin geçerli olduğunu içtihat etmektedir. Bkz. Erman, s. 119; Kara, s. 289. Ani veya sürekli edimli sözleşme olması fesih yoluyla tarafların sözleşmeye son vermeleri açısından önemlidir. Zira bu sözleşmeyi ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirmek sözleşmeyi geçmişe yönelik olarak; sürekli edimli bir borç ilişkisi doğurduğu kabul edilirse, sözleşme ileriye etkili olarak sona

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 706, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 237 ve Tapu Kanunu m. 26 gereğince resmi şekilde düzenlenmelidir. Resmi şekil geçerlilik şartıdır (TBK m. 12/2)¹⁶. Ancak taraflar edimlerini karşılıklı olarak tamamen veya büyük bir kısmını yerine getirmiş ya da arsa payı yükleniciye devredilmişse şekle aykırılık öne sürülemez. Farklı bir ifadeyle, şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendiriliyorsa taraflar şekle aykırılığı öne süremez¹⁷. Sözleşmeye resmiyet verecek makam, kural olarak tapu memurudur¹⁸. Buna karşılık, Noterlik Kanunu m. 60 gereğince, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini düzenlemek noterlerin görevleri arasında sayılmıştır¹⁹.

II. TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

6502 sayılı TKHK m. 1 vd. maddeleri kapsamına giren sözleşmelere

erecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli sözleşme olması olarak kabul edilmesi, eser tamamlanmadan sözleşmeden dönüldüğü takdirde, kural olarak bu dönmenin geçmişe etkili olacağı ve tarafların verdiğini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca isteyebilmesi sonucunu doğurur. Genel kural bu olmakla birlikte, olayın niteliği ve TMK m. 2 hükmünün uygulanması gerektiği durumlarda sözleşmenin feshi kabul edildiği takdirde sözleşmenin ileriye etkili feshedilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca bkz. Semih **Yünlü**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 909-928.

- 16 Ancak bir görüşe göre taraflar bunun aksini kararlaştırabilir. Bkz. Emrehan **İnal**, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 169 (Kısaltma: İnşaat); **Bütün Yılmaz**, s. 113; **Avcı**, s. 30-44.
- 17 **Erman**, s. 24; **Kılıçoğlu**, s. 10; **Reisoğlu**, s. 8. Şekle aykırılığın sonuçları ve görüşler hakkında bkz. Taner **Türe**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Kurulması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020; **Kartal**, s. 55-58; **Avcı**, s. 48-51 vd.; **Seçer**, s. 53 vd.; **Durak**, s. 218-222. Ayrıca bkz. Herdem **Belen**, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler: Kısa Şerh, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 61.
- 18 **Seçer**, s. 39 vd.; **Belen**, s. 61. YİBK., 24.4.1978 tarih ve 3/4 sayılı kararında bu sözleşmenin tapu memurları tarafından düzenlenmesinin zorunlu olmadığına karar vermiştir. Bkz. **Aydoğdu/Kahveci**, s. 476.
- 19 Türk Medeni Kanunu m. 1009’a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesi mümkündür. TMK m. 1009/II uyarınca şerh verilmekle, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da kişisel hak ileri sürülebilir. Şerh için tarafların anlaşmasının dışında bu hakkın şerhinin mümkün olması da gerekmektedir. Yarg. 15. HD., E. 1991/4479, K. 1991/5820, 03.12.1991, (www.kazanci.com, E.T. 09.10.2024). Ayrıca bkz. Suat **Sarı**, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFM, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 274 vd.; **Erman**, s. 10; **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 16.

“tüketici sözleşmeleri (consumer contract, Konsumentenvertrag)” ya da “tüketici işlemleri” denir²⁰. Tüketici işlemi, TKHK m. 3/1’de “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmaktadır. Madde metni incelendiğinde, yasa koyucunun eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeleri de tüketici işlemi kavramına dahil etmesi, tüketici işlemi kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiğinin bir göstergesidir²¹. İlgili düzenlemede verilen tanımlamaya uyan herhangi bir sözleşmenin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi mümkündür. Sözleşmenin Kanunda düzenlenmiş olması bir koşul değildir. Bu

-
- 20 Hasan Seçkin **Ozanoğlu**, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 65; Çağlar **Özel**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 46; **Kara**, s. 58-59; Mehmet **Akçaal/Alper Uyumaz**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 248; **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 23 vd.; Mehmet **Bahtiyar/Levent Biçer**, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHFHAD, C. 22, Özel Sayı, 2016, s. 396 vd.; Osman Levent **Özay**, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, ASEAD, C. 4, S. 12, 2017, s. 257 vd.; Şafak **Narbay/Muhammed Akkuş**, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 313 vd.; Metin **İkizler**, “Tüketici İle İşlem Yapan (Sonraki) Tüketicinin Korunmasına İlişkin Görüş ve Öneriler” MÜHFHAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 1340 vd.
- 21 Yargıtay, tüketici işlemi kavramını, 6502 sayılı Kanun öncesinde dar anlamda niteleme eğilimindeydi. Bkz. Şebnem **Akipek Öcal**, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Editörler, Esra Hamamcıoğlu/Özge Uzun Kazmacı/M. Ertan Yardım/Argun Karamanlıoğlu/Z. Gizem Sayın, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 11-19 (Kısaltma: Tüketici İşlemi). Yarg. 20. HD., E. 2016/5799, K. 2016/7427, 22.6.2016 sayılı ilamı ile, TKHK’nun kapsamının esaslı biçimde genişletildiğini kabul etmiştir (www.kazanci.com, E.T. 11.10.2024).

nedenle, isimli veya isimsiz bir sözleşme (eğer unsurları varsa) tüketici işlemi olarak kabul edilebilir^{22,23}.

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olup olmadığının tayininde üç kriter nazara alınır. İlk olarak, taraflardan biri TKHK m. 3/k anlamında tüketici sıfatı taşımalıdır. İkincisi, sözleşmenin karşı tarafı TKHK kapsamında satıcı veya sağlayıcı sıfatına sahip tüzel veya gerçek kişi olmalıdır. Son olarak, tüketiciye yönelik TKHK anlamında bir mal veya hizmet sunulmuş ve bu mal veya hizmet, mesleki veya ticari bir amaç dışında satın alınmış olmalıdır²⁴.

B. Tüketici İşleminin Tarafları

1. Tüketici

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılmasının ilk şartı taraflardan birinin TKHK anlamında tüketici olmasıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/k'ya göre tüketici, *“Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”*dir²⁵. Tüketici, ticari veya mesleki faaliyeti dışında ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanabilir²⁶. Bu tanımdan, tüketici kavramının iki unsuru olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki bir mal veya hizmetin ticari

-
- 22 Burada sayılmayan sözleşmelerin, sırf isimleri belirtilmediğinden dolayı uygulamada ve yargı kararlarında tüketici işlemi olmaktan mahrum bırakılabilecek olma tehlikesi olduğu yönünde bkz. Şebnem **Akıpek Öcal**, “Akipek Şerhi”, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi- Milli Şerh, Editörler, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 43 (Kısaltma: Şerh).
- 23 Ayşe **Havutçu**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 16; **Yıldırım**, s. 1171; Mustafa Alper **Gümüş**, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 9 vd.
- 24 **Akıpek Öcal**, Arsa Payı, s. 27 vd.; **Akıpek Öcal**, Tüketici İşlemi, s. 16; Murat **Aydoğdu**, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 58 vd; **Ozanoğlu**, s. 66-75; **Özel**, s. 47-50; **Akıpek Öcal**, Şerh, s. 58; **Kara**, s. 137. Tüketici işlemi kavramına dair eleştiri ve öneriler için bkz. **Havutçu**, s. 16.
- 25 Yargıtay, verdiği kararlarda, bir hukuki işlemin sadece 6502 sayılı yasada düzenlenmiş olmasının tek başına o işlemde kaynaklanan uyumsuzluğun tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmediğini içtihat etmektedir. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin aynı zamanda tüketici olması gerekir. Bkz. Yarg. 13. HD., E. 2015/27516, K. 2015/30201, 15.10.2015, (www.kazanci.com, E.T. 11.10.2024).
- 26 **Kara**, s. 123-124; **Akıpek Öcal**, Şerh, s. 55-56; **Aydoğdu**, s. 59; **Bahtiyar/Biçer**, s. 399; **Özay**, s. 261; **Narbay/Akkuş**, s. 314 vd.; **İkizler**, s. 1339 vd.

veya mesleki olmayan amaçlarla edinilmiş olması, ikincisi tüketicinin gerçek ya da tüzel kişi olmasıdır²⁷. Kişinin tüketici sıfatını haiz olabilmesi için satın aldığı malı bizzat kendisinin kullanması gerekmez. Gerçek veya tüzel kişi olsun, yapılan işlemde kazanç sağlama amaçlanıyorsa bu işlem tüketici işlemi olarak kabul edilmez²⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından tüketici olan taraf arsa sahibidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi arsa sahibinin kendine ait bir taşınmazda, konut veya yazlık yaptırmak üzere, yüklenici ile anlaşması şeklinde gerçekleşebilir²⁹. Zira yüklenici (istisnalar hariç) hemen her ihtimalde, mesleki ve ticari amaçla hareket etmektedir³⁰.

2. Satıcı-Sağlayıcı

Bir tüketici işleminde taraflardan biri tüketici ise, karşı tarafın daima satıcı veya sağlayıcı olması şarttır. TKHK m. 3/1'ya göre sağlayıcı: *“Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmaktadır. Aynı Kanun'un 3/i maddesine göre satıcı: *“Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”*dir. Kanun metninde verilen tanımlardan hareketle, satıcı veya sağlayıcının “ticari veya mesleki amaçlarla” hareket etmesi gerekmektedir³¹. Tüketici sözleşmesi söz konusu olduğunda, tarafların zıt amaçlar taşıması zorunludur. Satıcı veya sağlayıcının işlem yaparken ticari veya mesleki amaçlarla; sözleşmenin karşı tarafında yer alan tüketicinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekir³².

Satıcı, tüketiciye ticari veya mesleki amaçlı bir mal sunarken, sağlayıcı ise tüketiciye bir hizmet sunma gayesiyle hareket eden gerçek veya

27 Aydoğdu, s. 59.

28 Havutçu, s. 10 vd.; Aydoğdu, s. 59-61; Akipek Öcal, Şerh, s. 55-56; Akcaal/Uyumaz, s. 247; Özyay, s. 264 vd.

29 Öz, Eser, s. 210.

30 Ayberk Şensoy, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Tüketici İşlemi Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi SBE, 2024, s. 22 vd.; Öz, Eser, s. 209; Bahtiyar/Biçer, s. 410 vd.

31 Gümüş, s. 15; Akipek Öcal, Şerh, s. 55; Narbay/Akkuş, s. 318 vd.; Kara, s. 126; Sezer Çabri, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 44.

32 Aydoğdu, s. 59-64; Havutçu, s. 10; Şensoy, s. 27 vd.; Özyay, s. 266 vd.; Narbay/Akkuş, s. 318 vd.; İkizler, s. 1340.

tüzel kişidir. Mesleki faaliyette bulunan kişi esnaf veya tacir olabilir. Burada önemli olan husus mal veya hizmet sunma faaliyetinin kâr elde etme amacıyla yapılmasıdır³³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında, yapı inşa etme borcu altına giren yüklenicinin, ticari ya da mesleki amaçlarla hareket etmediğini söylemek mümkün değildir. Zira bu sözleşme ile yüklenici kazanç elde etmeyi hedefler. Satıcının yapılan iş sonunda kâr elde edememesi veya zarar etmesi, satıcı-sağlayıcı sıfatını etkilemez. Bu nedenle, arsa sahibi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan yüklenici, TKHK m. 3/1-i anlamında satıcı-sağlayıcı sıfatını taşımaktadır³⁴.

C. Tüketici İşleminin Konusu

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/1’de tanımlanan tüketici işleminin konusunu mal veya hizmet edimleri oluşturur. Hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu (TKHK m. 3/d); mal ise, alışverişe konu olan taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder (TKHK m. 3/h). Bahsi geçen hükümde dikkat edilirse, “mal” kavramının içine her türlü taşınmazdan ziyade sadece konut ve tatil amaçlı taşınmazlar dahil edilmiştir. Bu noktadan hareketle, sadece konut ve tatil amaçlı taşınmazların konu olduğu sözleşmeler (diğer unsurların da bulunması halinde) tüketici işlemi olarak nitelendirilebilir. Bu sebeple, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar dışında kalan yapılar tüketici işlemine konu olamaz³⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından sözleşmenin konusu yüklenici ve arsa sahibi arasındaki anlaşmaya uygun bir yapının inşa edilip teslim edilmesidir³⁶. Dolayısıyla bu sözleşmenin konusunu her zaman bir taşınmaz oluşturmakta ve taşınmazın tüketici işlemine konu olabilmesi

33 Çabri, s. 45; Akipek Öcal, Şerh, s. 54-55 vd.; Aydoğdu, s. 59-64 vd.; Kara, s. 126 vd.; İkizler, s. 1340.

34 Yeniocak, s. 146-147; Öz, Eser, s. 209; Karabulut Dursun, s. 19; Şensoy, s. 27 vd.

35 Turgut Öz, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Editörler, Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 140 (Kısaltma: Kongre); Gümüş, s. 21-29; Zekeriya Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 458; Özay, s. 269-270 vd.

36 Durak, s. 214.

için TKHK m. 3 gereği barınma amacına yönelik inşa edilmesi gerekir³⁷. Bu nedenle, mimari projede (dükkân, mağaza, büro vb.) ticari alan olarak tasdik edilen bir yerin sözleşmeye konu olması halinde tüketici işleminden bahsedilemez³⁸.

III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Önceki başlıklarda ifade edildiği üzere, hukuki bir işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi, taraflardan birinin tüketici, diğerinin ise satıcı-sağlayıcı sıfatına sahip olması halinde mümkündür (TKHK m. 3/1). Sözü edilen düzenlemenin gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun, gerçek veya tüzel kişilerin hangi durumlarda tüketici sayılması gerektiğine dair sorunlara açık bir çözüm getirmek istediği anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili hüküm gereği, tüketiciler bakımından ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeme kriteri ile önemli bir soruna çözüm getirildiği doktrinde ifade edilmektedir³⁹. Bu noktada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, gerçek veya tüzel kişilerin yapmış oldukları işlemlerde amaçlarının belirlenmesidir. Hukuki işlemlerde gerçek amacın belirlenmesi uygulamada her zaman kolay tespit edilebilecek bir durum değildir. Çünkü günlük hayatta kişilerin hukuki işlem yaparken açıklamış oldukları irade beyanının amacını tam anlamıyla belirlemek mümkün değildir. Ancak, kişinin niyet ve isteklerini içeren iradesinin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmesi önem taşımakla beraber, tüketici işlemi bakımından dikkate alınması gereken zaman bu işlemin yapıldığı andır. Özetle, TKHK, tüketici işleminin tayininde “amaç” unsurunu esas aldığından bu unsurun varlığı ve hangi amaca yönelmiş olduğu, tüketici

37 Bu nedenle, işyeri, büro, yazıhane vb. amaçlı kullanılacak yerler tüketici işleminin konusu dışındadır. Bkz. **Öz**, Eser, s. 211, dn. 465; **Öz**, Kongre, s. 140; **Yeniocak**, s. 146.

38 Örneğin, sözleşme ile arsa malikine beş adet konut ve bir adet ticari amaçla kullanılacak dükkân vasfında taşınmaz verilecekse, sadece barınma amaçlı kullanılacak konutlar bakımından tüketici işlemi söz konusu olmalıdır. Zira (istisnalar söz konusu olsa da) dükkân vasıflı taşınmazda ticari veya mesleki bir faaliyet yürütüleceği varsayılır. Nitekim tüketici işlemine dair yasal düzenlemede (TKHK m. 3/1), yapılan sözleşmenin türü veya niteliği değil, tarafların o işlemi hangi amaçla yaptıklarının dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. **Yıldırım**, s. 1172; **Bahtiyar/Biçer**, s. 397 vd.

39 **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 25 vd.; **Yıldırım**, s. 1172.

işleminin tespitinde hayati derecede önem arz eder⁴⁰.

B. Yargıtay İçtihatları

Yargıtay, mülga 4077 sayılı TKHK döneminde tüketici işlemi kavramını dar anlamda niteleme eğilimindeydi. Farklı bir anlatımla tüketici, rutin ihtiyaçları için tüketmiş olduğu mal ve hizmetlerle sınırlı olmak kaydıyla korunmaktaydı⁴¹. Bu nedenle eser sözleşmeleri tüketici işlemi kapsamına dahil değildi. Yukarıda ifade edildiği üzere, 6502 sayılı Kanun m. 3/1 ile tüketici sözleşmelerinin kapsamı genişletilmiş ve bazı sözleşmeler özellikle zikredilmiştir. Sözü edilen hükümde zikredilmeyen ancak tüketici işlemi sayılması muhtemel diğer bazı sözleşmelerin de TKHK kapsamında olacağı, madde metninde belirtilen “benzeri sözleşmeler” ifadesinden açık bir şekilde anlaşılmaktadır⁴².

Yargıtay, vermiş olduğu bir kısım kararlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olmadığını ve bu sözleşme nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görülemeyeceğine hükmetmektedir⁴³. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin

40 **Bahtiyar/Biçer**, s. 410 vd.; **Yıldırım**, s. 1172 vd.; **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 23-28 vd.

41 **Yıldırım**, s. 1173; **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 17-18.

42 TKHK m. 3/1: Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.

43 “...Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6502 sayılı Kanun’un 3/1 bendi ile tüketici işlemi kapsamına eser sözleşmeleri de alınmışsa da somut olayda olduğu gibi arsasına karşılık bağımsız bölüm alacak olan arsa sahibinin salt kişisel tüketim amacından söz edilemeyeceği, bu amacın tüketim ihtiyacını aştığı, Kanun’un 3/k maddesindeki “tüketici” tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmesini birlikte kapsayan karma bir sözleşmedir. Bu sözleşmede arsa sahibinin tek amacı kullanmak için konut ihtiyacını gidermek değildir. Başlıca amaçlarından birisi de arsasına değer katacak yapının inşa edilmesidir. Bu durum, 6502 sayılı Yasada açıklanan tüketicinin amaçlarından farklıdır. İşbu sözleşmeye konu için, üst düzey teknoloji gerektirmesi, kapsamı, karmaşıklığı dikkate alındığında yasa koyucunun salt kullanma ve tüketim amacıyla yapılan, basit nitelikteki, dar kapsamlı olağan tüketim işlemini konu alan eser sözleşmelerini, 6502 sayılı Kanun’un 3/1 maddesi kapsamına aldığı ve tüketici mahkemesince bakılmasını öngördüğünün kabulü icap eder. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili davaların kapsamı ve karmaşıklığı dikkate alınarak, basit yargılama usulüne tabi tutularak kısa ve basit bir şekilde sonuçlandırılmasının sakıncaları da dikkate alınmalıdır. Buna göre, uyuşmazlığın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanması karşısında, davaya genel mahkeme olarak Asliye Hukuk Mahkemesi’nin bakması gerekirken, yanlışlı

tüketici işlemi olarak kabul edilmemesinin sebebi olarak, arsa sahibinin amacının arsasına değer katmak olduğunu vurgulamakta ve bu gerekçeye göre, arsa sahibi TKHK m. 3/k'da düzenlenen tüketici sıfatına haiz olmamaktadır. Yargıtay, TKHK m. 3/l'da ismi zikredilen eser sözleşmesini ise sadece bir mal ya da hizmetin kullanım veya tüketimine yönelik olarak yorumlamaktadır. Farklı bir anlatımla Yargıtay, rutin sayılabilecek günlük yaşama dair bir kısım basit nitelikteki eser sözleşmelerini (mobilya yaptırmak, araç tamir ettirmek vb.) tüketici işlemi olarak kabul etmekte⁴⁴ ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini (hatalı şekilde)⁴⁵ tüketici işlemi

gerekçeyle Tüketici Mahkemesi'nin görevli olduğuna karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir” Yarg. 23. HD., E. 2016/1972, K. 2017/882, 22.3.2017. Ancak Yargıtay, bazı kararlarında, birden fazla konut satın alan birinin (konutları ihtiyacı dışında almış olsa da) tüketici sıfatına sahip olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 13. HD., E. 2012/10605, K. 2012/17689, 10.07.2012, (www.kazanci.com, E.T. 29.10.2024).

- 44 “...4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/e maddesinde tüketici, “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Bir başka deyişle yasa kapsamına, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri alınmıştır. Aksi bir yorumun kabulü, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi 4077 sayılı yasa kapsamında kalmasını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara da Tüketici Mahkemelerinde bakılmasını gerektirir ki, bunun yasanın amacına aykırı olduğu açıktır. Buna göre istisna sözleşmesinden doğan ilişkileri de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.2.2003 gün ve 2003/15-127 E., 2003/102 K. sayılı kararında bu husus belirtilmiştir. Somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklandığından, davada Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevli olması nedeniyle yerel mahkemece görevsizlik kararı yerine esas hakkında karar verilmesi yerinde görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir...” YHGK, E. 2010/15-68, K. 2010/85, 17.2.2010. Ayrıca bkz. ve karş. Yarg. 23. HD., E. 2015/5711, K. 2017/824; 14.3.2017. “...4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/f maddesinde, tüketici “bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Bundan dolayı istisna (eser) sözleşmesinden doğan ilişkilerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması hukuken mümkün değildir...” YHGK, E. 2003/15-498, K. 2003/493, 24.9.2003, (www.kazanci.com, E.T. 29.10.2024). Akipek Öcal'a göre, Yargıtay, TKHK'da bulunmayan birtakım kriterleri kullanarak tüketici işlemi kavramının kapsamını daraltmakta ve bu şekilde Kanun'un amacına aykırı davranmaktadır. Bkz. **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 33.

- 45 Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, Yargıtay, Kanun'da tüketici işleminin tanımı, sınır-

olarak kabul etmemektedir⁴⁶.

Halbuki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yükleniciden konut satın alan üçüncü kişi ile akdedilen sözleşme doktrinde tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir. Yükleniciden konut satın alan üçüncü kişi tüketici sıfatına sahip olurken, konut ihtiyacını karşılayacak bir arsa sahibi haksız biçimde TKHK korumasından faydalanamamaktadır. Bu anlamda üçüncü kişi tarafından satın alınan konutun zamanında teslim edilmemesi, yoksun kalınan kira geliri ve ayıplı ifa gibi nedenlerle doğan uyumsuzluk-

ları, konusu ve şartları açıkça düzenlendiği halde hatalı uygulamasına devam etmektedir. Bkz. Öz, Eser, s. 203; Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 29-30, 34; Şensoy, s. 64; Yeniocak, s. 144-45.

- 46 Yıldırım, s. 1174; Yeniocak, s. 144 vd.; Karabulut Dursun, s. 19; Şensoy, s. 64 vd. “...28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Kanun’un 3/I. maddesi (1) bendinde “Gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmelerini” tüketici işlemi kapsamına almıştır. Aynı Kanunun 73/I maddesi ise tüketici işlemlerinden doğan davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu belirlemiştir. 6502 Sayılı Kanun’un 3. maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak, Kanun’un sistematigi nazara alındığında, Kanun’da zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK’nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanunu’nun 3/I-(k) maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu sebeple arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin, 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır” Yarg. 20. HD., E. 2017/5262, K. 2017/2746, 3.4.2017. “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu sebeple arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 Sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 Sayılı Kanunda kanun koyucunun salt tüketme ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir”. Yarg. 20. HD., E. 2017/5103, K. 2017/2506 27.3.2017. “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu sebeple arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin, 6502 Sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır” Yarg. 20. HD., E. 2017/5308, K. 2017/2491, 27.3.2017, (www.kazanci.com, E.T. 29.10.2024).

larda tüketici hükümleri uygulanacak iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan bir arsa sahibi genel hükümlere tabi olmaktadır⁴⁷. Yükleniciye satış bedelini ödemek kaydıyla barınma amaçlı konut edinen üçüncü kişi ile sahibi olduğu arsayı vererek barınma amaçlı konut elde etmek isteyen bir arsa sahibi arasında ayırım yapılması Kanun'un amacına da aykırıdır zira bu kişiler yüklenici karşısında eşit durumdadır⁴⁸.

Arsa sahibinden konut satın alanların yapmış olduğu işlem ise (arsa sahibi ticari veya mesleki amaçla konut satmadığı sürece) tüketici işlemi değildir. Tüketici işleminden bahsedebilmek için taraflardan birinin mutlaka tüketici olması gerekirken, diğer tarafın ise daima TKHK m. 3/1 ve 3/i anlamında satıcı-sağlayıcı olması gerekir. Arsa sahibi, konut alım satım işini meslek haline getirmemiş veya sürekli olarak konut satım işini yapmıyorsa hukuki anlamda satıcı olarak nitelendirilmez⁴⁹.

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması Gerekliliği

Yukarıda ifade edildiği üzere, 6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber tüketici sözleşmeleri kavramının genişlediği kabul edilmektedir. Kanun koyucu, 6502 sayılı Kanun m. 3/1 ile eser, taşıma, sigorta,

47 **Havutçu**, s. 12; **Yıldırım**, s. 1175. "...Dava, sözleşmeye konu konut amaçlı bağımsız bölümün kararlaştırılan sürede tesliminin imkânsız hale geldiği iddiasına dayalı borçlu olunmadığının tespiti ile bedel karşılığı düzenlenip henüz ödenmeyen senetlerin iptali istemine ilişkindir. Dava dışı arsa malikleri ile arasında düzenlenen eser sözleşmesinde yüklenici taraf olan davalı inşaatını tamamlamadan satışa sunduğu taşınmazlardan birini davacıya satıp; sözleşmede kararlaştırılan sürede teslimi üstlenmiştir. Şu durumda davacı ile davalı arasındaki sözleşme hukuki nitelikçe satış sözleşmesi olup, eser sözleşmesi değildir. Davalı (satıcı-yüklenicinin) satıcı sıfatıyla inşaatı tamamlamadan veya kat mülkiyeti oluşturmamadan satışa sunduğu taşınmaz konut olarak kullanılmak üzere, ticari ve mesleki olmayan amaçla satın alan davacının, yukarıda ayrıntısıyla açıklanan yasal hükümler karşısında tüketici, davalının da satıcı sıfatını taşıdığı açıktır. Dolayısıyla tüketici ile satıcı arasındaki hukuki işlem de tüketici işlemidir. Bu nedenle eldeki uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olup, bu Kanuna göre çözümü gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır. Anılan Kanunun 23. maddesinde; bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara Tüketici Mahkemelerinde bakılacağı, hükme bağlanmıştır". YHGK, E. 2007/13-100, K. 2007/100, 7.3.2007. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., E. 2009/15949, K. 2010/6975, 24.05.2010, (www.kazanci.com, E.T. 29.10.2024).

48 **Yıldırım**, s. 1177 vd.

49 **Öz**, Eser, s. 209. Yazara göre, konut alım-satım işi (arsa sahibi bakımından) sürekli tekrar eden bir faaliyet olmadığı sürece tüketici işleminden bahsedilemez. Bkz. **Öz**, Eser, s. 212 vd.; Ayrıca bkz. **Ozanoğlu**, s. 83 vd.

vekalet gibi sözleşmeleri örnek vermek suretiyle zikrederek bu tür sözleşmelerin tüketici işlemi niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu noktada, madde metninde geçen “*ve benzeri sözleşmeler*” ifadesi, tüketici işlemi kavramının geniş biçimde yorumlanması gerektiğinin bir göstergesidir⁵⁰. Farklı biçimde ifade etmek gerekirse Kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme dahi (unsurları mevcutsa) tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilir. Zira Kanun’da isimli-isimsiz sözleşme ayrımı yapılmamıştır. Bu bağlamda, eser sözleşmesinin (eser sözleşmesinin esaslı unsuru olan eser meydana getirme edimini içerdiğinden) nitelikli bir görünümü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim TKHK m. 2, Kanun’un “*her türlü tüketici işlemi*” kapsadığını açık şekilde düzenlemektedir⁵¹.

Taşınmazlar günlük hayatta tüketim malı olmaktan çok yatırım malı olarak değerlendirildiği için TKHK m. 3/h’de yer alan “mal” kavramının içine dahil edilmemiştir. Ancak bu durumun istisnası “konut ve tatil amaçlı” taşınmazlardır. Gerçekten de konut ve tatil amaçlı taşınmazların tüketici işlemine konu olacağı, Kanun’un sözü edilen madde metninde açıkça ifade edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tüketici işlemine konu olan konut veya tatil amaçlı taşınmazın (yazlık-kışlık vb.) yalnızca barınma amaçlı kullanılması zorunluluğudur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında inşa edilen bölümler dükkân, işyeri, depo, otel, mağaza vb. ticari amaçlar için kullanılacaksa tüketici sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün değildir⁵².

Arsa payı karşılığı yaptırılan inşaatta bazı bölümlerin konut, bazılarının ise işyeri olması durumunda konut niteliğindeki yerleri etkileyen uyumsuzluklar TKHK, işyeri niteliğindeki yerlerden kaynaklanan uyumsuzluklara ise Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri uygulanmalıdır. Fakat

50 Bazı yazarlar, tüketici işlemi kavramının gereğinden fazla genişletildiğinden bahisle, sınırlama getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Tamer İnal, “Tüketici Hukuku’nda Tüketim Mali Yatırım Malı Ayrımının Gerekliliği”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Editörler, Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 179 (Kısaltma: Tüketim).

51 Havutçu, s. 16-17; Yeniocak, s. 147 vd.; Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 17-18 vd.; Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 35 vd.

52 Çabri, s. 64; Yıldırım, s. 1176; Öz, Eser, s. 211-212; Yeniocak, s. 146. Bu noktada, ticari veya mesleki faaliyet yürütülecek dükkân vasfındaki bir taşınmazın, barınma amaçlı kullanılacak bir taşınmazdan farklı şekilde kullanılacağı hususu dikkatten kaçırılmamalıdır. Bu konuda ayrıca bkz. Mehmet Doğar, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2021, s. 305-326; İnal, Tüketim, s. 161-204.

uyuşmazlık hem konut hem de işyerlerini ilgilendiriyorsa TKHK hükümlerinin uygulanmaması gerekir⁵³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için arsa sahibinin TKHK m.3/k gereği tüketici; yüklenicinin ise TKHK m. 3/1-i kapsamında satıcı-sağlayıcı olması gerektiği ifade edilmişti. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eseri meydana getirme borçlusu olan yüklenici inşaat işi yapmayı meslek haline getirmiş ve bundan gelir elde etme amacını güden kişidir. Yüklenici, arsa üzerine konutu inşa ederek sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi vadettiğinden TKHK kapsamında satıcı-sağlayıcıdır. Bu bağlamda yüklenici, mesleki veya ticari amaçla hareket ettiğinden tüketici işleminin unsurlarından biri gerçekleşmiş olur⁵⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici satıcı-sağlayıcı olduğuna göre, bu sözleşmenin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığı arsa sahibinin durumuna göre belirlenmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında sözleşmenin diğer tarafı olan tüketici öncelikle ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmemelidir (TKHK m. 3/k). Buna göre tüketici, satın aldığı şeyi tekrar satma veya kendi mesleki ya da ticari faaliyetini devam ettirme amacı dışında kişisel ihtiyaçlarını karşılamak için kullanmalıdır. Bu tanımdan hareketle, arsa sahibinin hangi amaçla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini akdettiği hususu önem arz eder. Farklı bir anlatımla, arsa sahibinin konutu edinme saiki esas alınmalıdır. Eğer arsa sahibi kendisi veya ailesinin barınma veya tatil ihtiyacını karşılamak

53 **Öz**, Eser, s. 211-212. Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, s. 62 vd. Yazar, karma amaçlı işlemlerde, yani mal veya hizmetin kısmen ticari kısmen de ticari olmayan amaçla edinildiği durumlarda, her somut olaydaki duruma göre farklı değerlendirme yapılması gerektiğini, satın alınan mal veya hizmetin ticari olmayan amaçla alınan kısmının ticari amaçla alınan kısmından miktarı ya da ölçü olarak ayrılabiliriyorsa bu kısma TKHK m. 1 vd. hükümlerinin uygulanmasını, bu şekilde bir ayırım yapılması mümkün değilse, durumun özelliğine göre (dürüstlük kuralı gerektiriyorsa) tamamen TKHK m. 1 vd. hükümlerinin ya da tamamen genel hükümlerinin uygulanmasını diğer bir anlatımla ticari amaçla alınan kısmın, ticari olmayan amaçla alınan kısmından, ekonomik açıdan daha baskın (değerli) ise, tamamen genel hükümlerin, ticari olmayan amaçla alınan kısım ekonomik bakımdan daha baskın ise tamamen TKHK m. 1 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini fakat çoğu zaman böyle bir ayırım yapmanın güç olduğunu belirtmektedir.

54 **İnal**, İnşaat, s. 208; **Akipek Öcal**, Şerh, s. 55 vd.; **Kara**, s. 126; **Yıldırım**, s. 1177; **Çabri**, s. 44; **Özel**, s. 47 vd.; **Aydoğdu**, s. 62-63 vd.; **Ozanoğlu**, s. 73 vd.; **Kurşat**, s. 458 vd.; **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 36.

amacıyla bu sözleşmeyi yapıyorsa tereddütsüz tüketici olarak kabul edilmelidir⁵⁵.

Ancak asıl sorun, arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile birden fazla konut elde etmesi durumunda tüketici sıfatını kazanıp kazanmayacağıdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi, işin doğası gereği, çoğu zaman ihtiyacından fazla konut elde etmektedir. Bir görüşe göre, arsa sahibinin sırf elde edeceği konut sayısının fazla olması, tüketici sıfatının kaybını gerektirmez. Zira hangi kriterlere göre ve kaç adet konutun arsa sahibini tüketici olmaktan çıkaracağını tespiti mümkün değildir. Bununla birlikte arsa sahibinin elde edeceği gelire göre bir sınırlama getirmek de hukuk güvenliği açısından sakıncalıdır. Kaldı ki TKHK, bir sözleşmenin tüketici işlemi sayılmasının şartları arasında parasal bir değer veya sayısal bir miktar sınırı da getirmiş değildir. Arsa sahibi konut alım-satım işi veya kiralamayı ticari ve mesleki bir faaliyet olarak devam ettirmiyorsa tüketici sayılmalıdır⁵⁶. Ancak arsa sahibinin ticari veya mesleki amaçla bu konutları edinmek istemesi ya da elde edeceği konutları ticari veya mesleki amaçlarla kullanacak olması halinde artık tüketici sıfatını taşıdığından bahsedilemez⁵⁷.

Farklı bir görüşe göre, arsa sahibi, yükleniciden birden fazla konut ediniyorsa bunlardan sadece kendisi ve ailesinin konut veya tatil amacını karşılamak için kullanacağı taşınmaz bakımından tüketici sıfatına sahip olabilir. Arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında elde edeceği konutlar bakımından kâr amacı gütmesi, bu konutları kiraya vermesi veya kendi mesleki ya da ticari amaçları için kullanması tüketici sıfatını kazanmasına engeldir. Aynı görüş, bir hukuki işlemin TKHK kapsamında değerlendirilebilmesi için kişinin o malı edinme amacının önemli olduğunu belirtmektedir⁵⁸. Diğer bir görüşe göre, bir kişi ne kadar yüksek sayıda konut edinirse edinsin veya inşa ettirirse ettirsin, eğer bir kazanç sağlama faaliyeti yoksa tüketici sayılmalıdır⁵⁹.

Öğretide bazı yazarlar, böyle bir durumda “tüketim malı-yatırım malı” şeklinde ayırma gidilmesini savunmaktadır. Buna göre, arsa sahibinin

55 **Yeniocak**, s. 142 vd.; **Çabri**, s. 66; **Öz**, Eser, s. 210 vd.; **Şensoy**, s. 68; **Yıldırım**, s. 1177; **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 36.

56 **Öz**, Eser, s. 213-214.

57 **Yıldırım**, s. 1177-1178. Yazara göre, arsa sahibi, elde edeceği bağımsız bölüm ya da bölümleri başkalarına ivazlı olarak devretmek veya kiralamak amacı taşıyorsa tüketici sayılamaz.

58 **Yıldırım**, s. 1177 vd.; Ayrıca bkz. ve karşı. **Kurşat**, s. 458-459 vd.

59 **Kara**, s. 273; Aynı yönde, **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 28-29 vd.

kendisi ve ailesinin ihtiyacını aşan sayıdaki konutların yatırım niteliği taşıdığından bahisle, tüketici işlemi kapsamında olmaması gerektiği ileri sürülmekte ve ikinci kriter olarak, belirlenen parasal değer üzerindeki işlemlerin tüketici işlemi sayılmaması önerilmektedir⁶⁰.

Bu sorunun cevabı için amaçsal yorum kuralları nazara alınarak sonuca varılmalıdır. Zira, TKHK “tüketici” kavramını belirlerken “amaç” kriterinden hareket etmektedir⁶¹. Katıldığımız görüşe göre, arsa sahibi, sürekli olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamakta ve kendisine kalan taşınmazları sonradan başkalarına ivazlı olarak devretmekte ise kendi ihtiyacı dışında kalan konutlar bakımından tüketici olarak nitelendirilmemelidir. Farklı bir anlatımla, arsa sahibi, kendisine kalacak olan konut veya konutları satmayı meslek haline getirmiş veya bu yolla geçimini sağlıyorsa tüketici sıfatını kazanamaz. Arsa sahibinin mesleki birliğe üye olmaması, ticaret sicili veya vergi kaydı bulunmaması bile sonuç değişmez. Arsa sahibi, kendisine kalan konutları ivazlı ya da ivazsız başkasına devretmek için ediniyor olsa bile; bu onun tekrar eden veya tekrara niyetli bir faaliyeti değilse tüketici sayılmalı, yapılan sözleşme tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁶². Nitekim tüketicinin satın almış bir malı sonradan satmak veya kiralamak istemesi, yapılan işlemi tüketici işlemi olmaktan çıkarmaz. Aksi durumun kabulü halinde tüketici sıfatının kazanılması, o malın kimseye satılmama şartına bağlanmış olur ki bu durum Kanun’un amacına ters olduğu gibi tespiti de mümkün değildir⁶³. Nasıl ki kendisi için cep telefonu satın alan birinin ileri bir zamanda bu cep telefonunu kâr elde ederek satması tüketici sıfatını etkilemiyorsa, gayrimenkul alım-satım işini ticari faaliyet haline getirmemiş bir arsa sahibinin de kazanç sağlaması tüketici sıfatına etki etmemelidir.

Özetle, arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile (ileride bu konutları satacak veya kiralayacak olsa dahi) kaç adet konut edinirse edinsin⁶⁴, bu durum sürekli kazanç sağlama faaliyeti olarak tekrar eden bir iş-

60 İnal, Tüketim, s. 176 vd.

61 Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 28 vd.

62 Şensoy, s. 62; Öz, Eser, s. 212-213; Akipek Öcal, Arsa Payı, s. 29 vd.; Çabri, s. 62.

63 Öz, Eser, s. 213.

64 Arsa sahibinin birden çok bağımsız bölüm elde etmek amacıyla yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılamayacağı yönünde bkz. Yarg. 13. HD., E. 2015/5232, K. 2015/8680 18.3.2015; Yarg. 23. HD., E. 2015/96, E. K. 2015/1657, 16.3.2015. “...Mahkemece sadece satın alınan dairenin sayısı dikkate alınarak davacının tüketici kabul edilmemesi yerinde değildir. Konut alım-satımına dair

lem değilse tüketici sayılmalı ve yapılan işlemler TKHK'na tabi olmalıdır⁶⁵.

D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Haksız Şart ve Tüketici Hukuku'nun Temel İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır (TKHK m. 5). Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerinin bir kısmı veya tümünün müzakere edilmeden akdedildiğine sıklıkla rastlanılmaktadır. Yüklenici tarafından sözleşme kurulmadan önce ve genellikle tek taraflı olarak hazırlanan bu tip sözleşmelerde arsa sahibine müzakere şansı tanınmadığından, sözleşmenin tüketici işlemi niteliği taşıması durumunda arsa sahibinin TKHK m.5'te düzenlenen haksız şart korumasından yararlanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶.

6502 sayılı Kanun m.4'te düzenlenen ilkelerin bir bölümü, tüketici işlemi niteliği taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanabilir. Sözleşme akdedildiği esnada tüketicinin açıkça ve anlaşılır biçimde bilgilendirilmesine dair TKHK m. 4/1 hükmü, tüketici işlemi unsurlarını taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanmalıdır⁶⁷.

uyuşmazlıkların 6502 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için tüketicinin malı satın alma amacı çok büyük önem taşımaktadır. Yasa, nihai tüketici tarafından kullanım amacı ile alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir. Bir mal veya hizmetin, kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma vs. gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilmeyecekleri kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek duruşma açılması ve bundan sonra satın alınan dairelerin satın alma amacının araştırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır". Yarg. 13. HD., E. 2015/36754, K. 2016/2002, 27.1.2016. İki adet stüdyo tipi daire satışı işleminin TKHK kapsamında olduğu yönünde bkz. Yarg. 13. HD., E. 2014/15653, K. 2014/20558, 23.6.2014, (www.kazanci.com, E.T. 08.11.2024).

65 **Akipek Öcal**, Arsa Payı, s. 28-29; **Öz**, Eser, s. 213; **Yeniocak**, s. 145-146 vd. Bkz. ve karşı. **Yıldırım**, s. 1177 vd. Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedildiği sırada, ileride elde edeceği bağımsız bölümleri devretme ya da kiralama amacı taşıyor ancak konutları teslim aldıktan bir süre sonra bunları devrediyor veya kirahıyor ise tüketici sıfatını kaybetmez. Bkz. **Çabri**, s. 64-66; **Şensoy**, s. 68. Kentsel dönüşüm projesi kapsamında yeni ve depreme dayanıklı konut edinmek isteyen kat maliklerinin taraf olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de tüketici işlemi olarak nitelendirilmelidir. Bkz. **Türe**, s. 10; **Yeniocak**, s. 146.

66 **Yeniocak**, s. 154-155; **Öz**, Eser, s. 218. Ayrıca bkz. **Akçaal/Uyumaz**, s. 251 vd.

67 **Öz**, Eser, s. 218; **Yeniocak**, s. 153; **Akçaal/Uyumaz**, s. 249.

Tüketici işlemi niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında tüketici sayılan arsa sahibinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenmesi gerekir. Aksi durumda, düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersiz olacaktır (TKHK m. 4/5).

Tüketici işlemi niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile tüketici sayılan arsa sahibinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacak ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafın verdiği şahsi teminatlar ise (diğer kanunlarda farklı bir düzenleme olmadıkça) müteselsil kefalet sayılacaktır (TKHK m. 4/6). Temerrüt hali dâhil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulanmaz düzenlemesi de tüketici işlemi niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanmalıdır (TKHK m. 4/7)⁶⁸.

SONUÇ

Hukuki bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesinde, taraflardan birinin TKHK m. 3/k anlamında tüketici sıfatını taşıması gerekir. Bu bağlamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bağımsız bölümleri inşa edecek yüklenici daima ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişidir. Zira yüklenici ancak bir para veya arsa payı karşılığı konut inşa etmektedir. Uygulamada yüklenicinin satıcı veya sağlayıcı taraf olması gerçekliği karşısında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesindeki en önemli kriter, tüketicinin taşımış olduğu amacın tespit edilmesidir. TKHK’da, tüketici işlemi ve tüketici kavramı tanımlanırken yapılan işlemin niteliğinden ziyade tarafların o hukuki işlemdeki amaçları esas alınmaktadır.

Bir kişinin tüketici sayılabilmesinin ilk şartı, yapmış olduğu işlemlerde ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etme zorunluluğudur. Diğer bir ifadeyle, kişinin niyeti ve isteğini yansıtan iradesi ticari veya mesleki amaç taşımamalıdır. Bahsi geçen ticari amaçtan kastedilen, kişinin “sürekli bir ticari faaliyet” içerisinde bulunmasıdır. Bu bağlamda, tüketicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden “kâr elde etmesi” onun tüketici sıfatını etkilemez. Arsa sahibinin, yaşayacağı konutu satın alacak maddi gücünün olmadığı durumlarda, sahibi olduğu arsayı konut karşılığı vermesi olağan bir çözümdür. Arsa sahibinin, yüklenici ile akdettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karşılığında birden fazla konut edinmesi ise bu anlamda “kâr” etmesi anlamını taşır ve işin doğası gereği arsa sahibi, ihtiyacından fazla konut elde edebilir. Bir tüketicinin nasıl ki şahsi

68 Yenioçak, s. 154; Akçaal/Uyumaz, s. 251; Öz, Eser, s. 218.

kullanımı için aldığı cep telefonunu sonradan “kâr” elde ederek satması onu tüketici olmaktan çıkarmıyorsa, süreklilik arz etmeyen, tekrar etmeyen bir kazanç faaliyeti de o kişinin tüketici sayılmasına engel olmaz. Bu nedenle, arsa sahibinin kendi birikimini değerlendirdiği veya miras yoluyla kalan bir arsa için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurması, sürekli bir ticari faaliyet olmadığı sürece TKHK hükümlerine tabi olmalıdır. Aksi yönde yorum, arsa sahibinin gelir elde etmesini, birikiminin değerlendirilmesini engelleyen bir sonucu ortaya çıkarır ki TKHK’nın hiçbir yerinde tüketicinin kazanç sağlayamayacağına dair bir ifade yoktur. Arsa sahibi, elde edeceği konutları sonradan satacak veya kiralayacak olsa dahi sonuç değişmez. Çünkü, arsa sahibi sürekli ticari bir faaliyet içinde bulunmamakta, sadece sahibi olduğu arsanın değer kazanması karşılığı kazanç (kâr) elde etmektedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile konut edinmeyi mesleki veya ticari faaliyet haline getirmemiş bir arsa sahibi, bu sözleşme ile kaç adet konut edinirse edinsin tüketici sayılmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, mevzuatta düzenlenmiş bir sözleşme olmadığından ortaya çıkan uyuşmazlıklar Yargıtay içtihatları ile çözülmektedir. Ancak Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda Kanun’un getirmiş olduğu düzenlemeyi, Kanun’un lafzını ve amacını dikkate almayarak farklı yorum ve ölçütler getirmek suretiyle tüketici hukuku açısından eser sözleşmesinin esaslı unsurlarını barındıran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tüketici sözleşmesi olarak kabul etmemektedir. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sadece bir eser sözleşmesi gibi nitelendirmekte ve öğretideki ağırlıklı görüşe göre kesin bir şekilde kimi zaman hatalı kimi zaman çelişkili kararlar vermektedir. Çalışma içerisinde ifade edildiği üzere, TKHK m. 3/1’de kullanılan “her türlü sözleşme” cümlesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin (unsurları bulunduğu sürece) tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğinin en açık ve net göstergesidir. Ancak bir kısım Yargıtay daireleri, TKHK’da bulunmayan kriterler yaratarak bunları nazara almakta ve çoğu uyuşmazlıkta yerel mahkemelelerin görevsizlik kararı vermesi gerektiği yönünde içtihat ederek arsa sahiplerinin TKHK korumasından yararlanmasını engellemektedir. Bu bağlamda, mahkemeler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığını her somut olayın özelliğine göre değerlendirmeli fakat bilhassa arsa sahibinin bu sözleşmeyi kurma amacı, dikkatli ve özenli bir şekilde araştırılarak çıkan sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akçaal**, Mehmet/**Uyumaz**, Alper, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 241-276.
- Akipek Öcal**, Şebnem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin TKHK Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Aristo Yayınları, İstanbul 2021 (Kısaltma: **Akipek Öcal**, Arsa Payı).
- Akipek Öcal**, Şebnem, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Editörler, Esra Hamamcıoğlu/Özge Uzun Kazmacı/M. Ertan Yardım/Argun Karamanlıoğlu/Z. Gizem Sayın, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 11-19, (Kısaltma: **Akipek Öcal**, Tüketici İşlemi).
- Akipek Öcal**, Şebnem, “Akipek Şerhi”, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi- Milli Şerh, Editörler, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 40-59, (Kısaltma: **Akipek Öcal**, Şerh).
- Atamulu**, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Avcı**, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Ayazlı**, Pervin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 1, 1987, s. 43-51.
- Aydoğdu**, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Bahtiyar**, Mehmet/**Biçer**, Levent, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayırımı ve Bu Ayırımın Önemi”, MÜHFHAD, C. 22, Özel Sayı, 2016, s. 395-436.
- Belen**, Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler: Kısa Şerh, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Bütün Yılmaz**, Derya G., “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 38, 2019, s. 107-130.
- Çabri**, Sezer, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Doğar**, Mehmet, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2021, s. 305-326.

Doğar, Mehmet, Ön Ödemeli Konut Satışı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2018.

Durak, Yasemin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, Özel Sayı, 2015, s. 207-252.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023.

Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010.

Gümüş, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Gür, Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

Havutçu, Ayşe, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 8-19.

İkizler, Metin, “Tüketici İle İşlem Yapan (Sonraki) Tüketicinin Korunmasına İlişkin Görüş ve Öneriler”, MÜHFHAD, C. 22, S. 3, 2016, s. 1333-1349.

İnal, Emrehan, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımılı İnşaat Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011 (Kısaltma: **İnal**, İnşaat).

İnal, Tamer, “Tüketici Hukuku’nda Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayrımının Gerekliliği”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Editörler, Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 161-204, (Kısaltma: **İnal**, Tüketim).

Kahraman, Zafer, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 425-458.

Kara, İlhan, Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Engin Yayınevi, Ankara 2015.

Karabulut Dursun, Çağla Nur, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2023.

Kartal, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Basımevi, Ankara 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

Koçak Diker, Duygu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, S. 3, 2023, s. 1427-1467.

Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Banka ve Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.

Kurşat, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Narbay, Şafak/**Akkuş**, Muhammed, “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, 2020, s. 301-334.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı” (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 55-90.

Öz, Turgut, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editörler, Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun, C. 2, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 203-229 (Kısaltma: **Öz**, Eser).

Öz, Turgut, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, Editörler, Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 138-160 (Kısaltma: **Öz**, Kongre).

Özay, Osman Levent, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, ASEAD, C. 4, S. 12, 2017, s. 257-272.

Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Reisoğlu, Safa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, BATİDER, Prof. Dr. Seza Reisoğlu’na Armağan, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 5-17.

Sarı, Suat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFM, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 273-299.

Seçer, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Sütçü, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 2, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Şensoy, Ayberk, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Tüketici İşlemi Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi SBE, 2024.

Türe, Taner, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Kurulması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

Yeniocak, Umut, “Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, C. 2, Editörler, Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun, Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 135-158.

Yıldırım, Abdulkerim, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılamayacağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1165-1181.

Yünlü, Semih, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 909-928.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**İkale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer
Müesseselerle Karşılaştırılması**

**The Legal Character of Mutual Termination Agreements and
Their Comparison with Similar Legal Concepts**

  Dr. Öğr. Üyesi Atanur KARAAHMETOĞLU*

 10.60002/ebyuhfd.1524349

ÖZ

Bozma sözleşmesi olarak da bilinen ikale sözleşmesi ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ne başka bir kanun metninde düzenlenmemiştir. İkale sözleşmesi daha ziyade öğreti ve yargı kararları ile gelişim göstermiştir. Böylelikle ikale sözleşmesine ilişkin ortaya çıkan sorulara öğretinin ve yargının cevap bulması amaçlanmıştır. İkale sözleşmesi borçlar hukuku açısından olduğu kadar; iş hukuku açısından da önemli bir müessesedir. Zira işçi ve işveren aralarında anlaşmak suretiyle aralarındaki borç ilişkisine tamamen son verebilmektedir. Ancak ikale sözleşmesinin yapılması açısından belli kriterler doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir. İkale, hukuki niteliği itibarıyla taraflar arasındaki borç iliş-

* Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 29.07.2024 | **Kabul/Accepted:** 03.12.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Atanur Karaahmetoğlu, “İkale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (423-457).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

kisini sona erdiren bir sözleşmedir. Ancak ikale sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla başka müesseselerle karıştırılabilmektedir. Bu bağlamda ikale sözleşmesinin, sulh sözleşmesi, feragat sözleşmesi ve ibra ile bazı benzer noktaları olmakla birlikte bazı farklılıkları da bulunmaktadır. Tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeyi ikale sözleşmesi olarak nitelendirmeleri ilgili sözleşmenin ikale sözleşmesi olduğu anlamına gelmemektedir. Söz konusu sözleşme sahip olduğu özellikleri itibarıyla başka bir sözleşme hüviyetinde olabilir. Bu çalışmada bahse konu sorun üzerinde durularak, bu sorunu merkeze alan bir araştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İkale Sözleşmesi, borç ilişkisi, borcun sona ermesi, sulh sözleşmesi, feragat, ibra.

ABSTRACT

The mutual rescission agreement, also known as the termination agreement, is not regulated in the Turkish Code of Obligations No. 6098 or any other legal text. The rescission agreement has developed mostly through doctrine and judicial decisions. Thus, it is aimed for the doctrine and the judicial authorities to find answers to the questions that arise regarding the mutual termination agreement. While the mutual rescission agreement is an important institution in terms of the law of obligations, it is also an important institution in terms of labor law. Because the employee and the employer can completely terminate the debt relationship between them by reaching an agreement. However, certain criteria must be followed in order to conclude a mutual rescission agreement. In terms of its legal nature, rescission is a contract that ends the debt relationship between the parties. However, the mutual rescission agreement can be compared to other institutions in terms of its legal nature. In this context, although the mutual termination agreement has some similarities with the settlement agreement, waiver agreement and discharge, it also has some differences. The fact that the parties present the contract between them to the outside world as a mutual rescission agreement does not mean that this contract is a mutual rescission agreement. The contract in question may have the nature of another contract due to its features. In this study, a research was conducted focusing on the problem in question.

Keywords: Mutual agreement, debt relationship, termination of debt, settlement agreement, waiver, acquittal.

GİRİŞ

Sözleşmenin tarafları çeşitli şekillerde aralarındaki borç ilişkisini sona erdirebilir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında istedikleri şekilde aralarında sözleşme kuran taraflar, aynı şekilde sona erdirebilmektedir. Bu yöntemlerden biri de ikale sözleşmesidir. İkale sözleşmesi ile taraflar aralarındaki sözleşme ilişkisini sona erdirebilmektedir. Bu bağlamda taraflar arasındaki mevcut bir sözleşme başka bir sözleşme ile sona ermektedir. İkale sözleşmesi ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erdiği için,

borç ilişkisi tamamen sona ermektedir. Bu yönüyle ikale sözleşmesi ibra sözleşmesinden ayrılmaktadır. Zira ibra sözleşmesi ile taraflar aralarındaki borç ilişkisine konu olan borçları tek tek sona erdirmekte iken, ikale sözleşmesi ile taraflar aralarındaki borç ilişkisini tamamen sona erdirmektedir. Bu şekilde ikale sözleşmesi, ibra sözleşmesinden ayrılmakla birlikte, başka özellikleri dolayısıyla sulh sözleşmesinden ve feragatten de ayrılmaktadır. Başka bir anlatımla ikale sözleşmesinin ibra sözleşmesi sulh sözleşmesi ve feragat ile benzer noktaları olduğu kadar farklı yanları da bulunmaktadır. Bu çalışmada ilk olarak ikale sözleşmesinin hukuki niteliği ele alındıktan sonra, ikale sözleşmesi; sulh sözleşmesi, feragat ve ibra ile karşılaştırılmıştır. Böylece ikale sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinin neler olduğu, ikale sözleşmesini; sulh sözleşmesi, feragat ve ibradan farklı kılan noktaların neler olduğunu saptamak açısından bir araştırma yapılmıştır. Nitekim uygulamada sıklıkla ikale sözleşmesinin başka sözleşmelerle karıştırıldığı görülmekte, taraflar bir ikale sözleşmesi yapmadıkları halde yaptıkları bu sözleşmeyi ikale sözleşmesi gibi görebilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin ikale sözleşmesi olup olmaması, tarafların hak ve menfaatlerinin belirlenmesi açısından büyük öneme sahiptir. Özellikle işçi ile işveren arasında akdedilen sözleşmenin ikale sözleşmesi olup olmaması, bağlanan hüküm ve sonuçlar açısından büyük öneme sahiptir.

Bu açıklamalar çerçevesinde ilk olarak ikale sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği ele alındıktan sonra ikale sözleşmesinin hukuki niteliğini incelenip benzer müesseselerle karşılaştırılacaktır. Ancak söz konusu açıklamalara geçmeden evvel ikale kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymanın isabetli olacağı kanaatindeyiz.

I. İKALE KAVRAMI

İşçi ile işveren arasında cereyan eden sözleşme görüşmeleri sonucunda taraflar arasında bir iş sözleşmesi kurulmaktadır.¹ Ancak kurulan iş sözleşmesi belli şartların gerçekleşmesi halinde sona ermektedir.² İş sözleşmesini sona erdiren nedenlerden birinin varlığı halinde iş sözleşmesi

-
- 1 Ercan **Akyiğit**, *İş Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 39-40; Betül **Erkanlı**, *Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2013, s. 7-10; Köksal **Kocağa**, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, *TBB Dergisi*, S. 79, 2008, s. 79-80.
 - 2 Filiz **Berberoğlu Yenipınar**, *İbraname ve Feragat (Uygulama ve Örneklerle)*, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 3-5; Ömer **Ekmekçi**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 34, 2005, s.

sona ermektedir.³ O halde iş sözleşmesinin sona ermesi için, iş sözleşmesinin sona erdiren nedenlerden birinin vaki olması gerekmektedir. İş sözleşmesinin sona ermesi, doğurduğu sonuçlar açısından büyük öneme sahiptir. Zira iş sözleşmesinin hangi nedenle sona erdiğine bağlı olarak farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır.⁴ İş sözleşmesinin sona ermesi ile taraflar çeşitli haklara sahip olmakla birlikte, bazı yükümlülükler altına da girmektedir.⁵

Önemle belirtmek gerekir ki, bir borç ilişkisinin birden çok borç ve alacaktan oluşması mümkündür. Ayrıca borç ilişkisinden doğan bir borcun sona ermesi tamamen borç ilişkisinin sona erdiği anlamına gelmemektedir.⁶ Borç ilişkisinin sona ermesini dar anlamda borç ilişkisinin sona ermesi ve geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.⁷ Hemen belirtelim ki, dar anlamda borç ilişkisinin sona ermesi, borcu sona erdiren genel sebepleri ifade etmektedir.⁸ Geniş anlamda

3707; Mehmet Nusret **Bedük**, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 2, 2019, s. 680.

- 3 Mustafa Halit **Korkusuz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 10-12; **Akyiğit**, s. 221-224.
- 4 Resul **Kurt**/Muzaffer **Koç**, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 122; Barış **Demirsatan**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2019, s. 194-196.
- 5 Öcal Kemal **Evren**, İşverenin El Kitabı, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 72-75; Fahrettin **Korkmaz**/Nihat Seyhan **Alp**, Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 251; Arif **Kalkan**, “İş Sözleşmesinde Fesih Halleri”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 328-329; Özlem **Demir Yüce**, Vekalet Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2019, s. 95-96.
- 6 Yarg. 9. HD., E. 2007/31287, K. 2008/9600, 21.04.2008 (www.kazanci.com.tr. E. T. 09.11.2024): İkale sözleşmesi ile taraflar arasındaki borç ilişkisi tamamen sona ermektedir. Ancak taraflar her durumda her zaman bu yola tevessül edememektedir. Her ne kadar ikalenin temelinde de sözleşme özgürlüğü ilkesi yer alsa da tarafların ikale sözleşmesi yapabilmesi, yapılan ikale sözleşmesinin geçerli bir ikale olması ve sonuç doğurabilmesi için gerekli şartların olgunlaşması gerekmektedir.
- 7 Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s. 593-595; İpek **Yücer**, “Yenileme (Tecdit)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, s. 233.
- 8 Miray **Özdemir**, Türk Hukuku'nda Borcun Yenilenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, 2021, s. 4-5; Mustafa Alper **Gümüş**, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, 1. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 7; Nihan **Şefkatlioğlu**/Onur **Güneri**, “Borcun veya Borç İlişkisinin Sona Ermesi”, <https://www.sch-legal.com/sch-legal-akademi/borcun-veya-borc-iliskisinin-sona-ermesi/> (E.T. 22.03.2024).

borç ilişkisinin sona ermesi ise bütün olarak borç ilişkisi sona ermesi anlamına gelmektedir.⁹ Bir başka ifadeyle geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi halinde tamamen borç ilişkisi ortadan kalkmaktadır.¹⁰

Geniş anlamda borcu sona erdiren nedenlerden biri olan ikale ile birlikte önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır.¹¹ Türk Hukuku'nda geniş anlamda borcu sona erdiren nedenler İsviçre Hukuku ile paralel şekilde düzenlenmiştir.¹² Ancak ikale ne 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu'nda da ikaleye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk Hukuku'nda ikalenin tanımı öğreti ve yargıya¹³ bırakılmıştır. Lakin bu durum bazı tartışmaları da beraberinde getirmiş, üzerinde mutabakat sağlanan bir ikale tanımının yapılması bir hayli zor hale gelmiştir.¹⁴

Hemen belirtelim ki, ikaleye ilişkin bu durum sadece Türk Hukuku'na mahsus olmayıp, birçok hukuk sisteminde ikaleye ilişkin bir belirsizlik bulunmaktadır.¹⁵ Örneğin Alman Hukuk sisteminde dahi 2000 yılına ka-

-
- 9 **Oğuzman/Öz**, s. 593; **Gümüş**, s. 7; Osman Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 60-61.
 - 10 **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 1250-1252; Selahaddin **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1973, s. 984-985.
 - 11 **Korkmaz/Alp**, s. 251; Banu Bilge **Sarıhan**, “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 99-100.
 - 12 **Gümüş**, s. 7: *İsviçre Borçlar Kanunu bünyesinde düzenlenen geniş anlamda borcu sona erdiren sebepler sınırlayıcı değildir. Söz konusu sebeplerin arttırılması mümkündür. İsviçre Borçlar Kanunu'nda geniş anlamda borcu sona erdiren hallerin en genel görünümüleri zikredilmiştir.*
 - 13 Yarg. 9. HD., E. 2016/34332, K. 2018/771, 21.01.2018 (<https://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-34332.htm#:~:text=S%C3%B6zleşme%20olarak,y%C3%BCn%C3%BCn%20sonucu%20olarak,y%C3%BCn%20ikale%20olarak%20adland%C4%B1r%C4%B1r>). E. T. 09.11.2024): Sözleşme özgürlüğü kapsamında daha önce yapılan bir hukuki ilişkiyi tarafların iradeleriyle sona erdirmesi mümkündür. Bu bağlamda doğal yollar dışında tarafların iradesiyle sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik yaptıkları işleme ikale denir.
 - 14 Abdurrahman **Savaş**, “Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi”, TAAD, C. 7, S. 26, 2016, s. 106-107; **Kurt/Koç**, s. 122-124.
 - 15 Serkan Taylan **Karaç**, “Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve “Makul Yarar” Kavramı”, TAAD, Y. 13, S. 50, 2022, s. 388; **Alpay He-kimler**, “Alman İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması-İkale Yoluyla Sonlandırılması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 16, S. 61, 2019, s. 23-28.

dar ikaleye ilişkin yasal bir tanım bulunmamaktaydı ve bu durum tartışmalara da yol açmaktaydı. 2000 yılında Alman Medeni Kanunu'nda ikalenin yer alması ile birlikte ikaleye ilişkin tartışmalar da nihayete ermiştir.¹⁶

Türk Hukuku'nda ikaleye ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide bir görüşe göre, 6098 sayılı TBK'nin 132. maddesi, bir alacak hakkını ve buna bağlı olarak geniş anlamda borcun ortadan kaldırılmasına ilişkindir. Öyleyse söz konusu hükmün geniş anlamda borç ilişkilerinin sona erdirilmesini hedefleyen borç ilişkilerini ortadan kaldıran ikale sözleşmesine yönelik kıyasen uygulanması yerinde olacaktır.¹⁷

İkale, kökeni itibarıyla Osmanlıca bir sözcük olup, pazarlığın bozulması, tarafların isteyerek aralarındaki alışveriş mukavelesini bozması, tarafların aralarındaki anlaşmayı yürürlükten kaldırması, tarafların aralarında yaptıkları akdi, anlaşmayı bozması gibi çeşitli anlamalara gelecek şekilde kullanılmaktaydı.¹⁸ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi ikaleyi, “bağlayıcı ve feshi kabil bir akdi bozmayı konu edinen akid” olarak tanımlamıştır.¹⁹ İslam Hukuku'nda ikale, bir şeyin iptal edilmesi, feshedilmesi anlamına gelirken ikale sözleşmesi ise tarafların kendi rızasıyla bir akdin hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırması veya tarafların önceden aralarında akdettikleri bir sözleşmeyi, feshetmek üzere yaptıkları yeni bir anlaşma olarak nitelendirilmektedir.²⁰ O halde ikaleden söz edebilmek için bu konuda tarafların uyuşan iradelerinin bulunması gerekmektedir.²¹ İkale,

16 Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) madde 311 hükmünde konuyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca söz konusu maddede tarafların istedikleri anda iş ilişkisini sona erdirebileceği, iş sözleşmesini sona erdirmeye yönündeki iradelerini özgürce karşı tarafa iletebilecekleri ve gerekli şartların varlığı halinde aralarındaki iş sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmiştir.

17 **Gümüş**, s. 15; Davut **Armağan**, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 2-3; Geniş anlamda borcu sona erdirmeye olanağı veren ikale yolu ile taraflar anlaşarak aralarındaki borç ilişkisini tamamen ortadan kaldırmaktadır.

18 Hasan Ali **Özyörük**, İkale Sözleşmesi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 21-23; Damla **Demirkan Ekici**, İş Hukukunda İkale, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2019, s. 4.

19 <https://islamansiklopedisi.org.tr/arama/?q=ikale&p=m>. E.T. 15.12.2023.

20 **Karaç**, s. 387; Emine Esin **Göç**, Türk İslam Borçlar Hukukunda “İkale”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2010, s. 16-18.

21 Yarg. 7. HD., E. 2016/3269, K. 2016/6967, 23.03.2016 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/> E. T. 09.11.2024): Yargıtay ikale sözleşmesine ilişkin verdiği kararlarda tarafların ikale sözleşmesi yapma yönünde örtüşen iradelerine büyük önem atfetmektedir. Zira ikale, bir sözleşme olup, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını esas almaktadır.

geniş anlamda borç ilişkisi sona erdiren, borç ilişkisi ortadan kaldıran bir sözleşmedir.²² İkale ile bütün borç ilişkileri nihayete erdirmektedir.²³ İkale ile sadece tek tek değil, küllen borç ilişkisi sona ermektedir.²⁴ Ayrıca ikale sözleşmesinin yapılması ile birlikte işçinin de çeşitli haklara kavuşması gerekmektedir. Bu nedenle ikale sözleşmesinin yapılması büyük öneme sahiptir.²⁵

Türk Hukuku'nda ikale sözleşmesi için “bozma sözleşmesi”²⁶, “sözleşmeye son veren anlaşma”, “mutabakat sözleşmesi” gibi kavramlar da kullanılmaktadır.²⁷ Zira ikale sözleşmesi ile taraflar anlaşarak aralarındaki borç ilişkisini nihayete erdirmektedir.²⁸

Öğretide bir görüşe göre ikale sözleşmesi tarafların yeni bir sözleşme yaparak aralarındaki akdi ilişkiyi sona erdirdiği ve bu surette karşılıklı olarak alacak ve borçlarına son verdiği bir sözleşmedir.²⁹ Öğretide bir diğer görüşe göre ikale sözleşmesi, mevcut sözleşmeyi ortadan kaldıran bir sözleşmedir.³⁰ Yargıtay'a göre, iradeleri örtüşen tarafların anlaşarak aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmesi ikale olup, ikale yoluyla sözleşme doğal olarak sona ermemekte, taraflar kendileri sözleşmeyi sona erdirmektedir.³¹

22 Gümüş, s. 15; Armağan, s. 3-5.

23 Özyörük, s. 21-22; Berna Duman, Türk Hukukunda İkale, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 21-23.

24 Sabahattin Yürekli, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 117; Kurt/Koç, s. 122.

25 Korkmaz/Alp, s. 251; Kurt/Koç, s. 122-123.

26 Yarg. 9. HD., E. 2015/27647, K. 2016/7838, 30.03.2016 (www.kazanci.com.tr.https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2015-27647-k-2016-7838-t-30-3-2016 E. T. 11.12.2023): Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda ikale sözleşmesinden bahsederken bozma sözleşmesi tabirine başvurabilmektedir. Ancak Yargıtay'ın bakış açısına göre söz konusu sözleşmeyi ifade etmek üzere hangi tabirin kullanılacağından ziyade makul yarar başta olmak üzere ikalenin geçerliliği için aranan şartların gerçekleşmiş olmasıdır.

27 Karaç, s. 288-289; Demirkan Ekici, s. 4-5; İkale Sözleşmesi veya Karşılıklı Anlaşma İle İşçi-İşveren İlişkisini Sonlandırma Sözleşmesi Kapsamında Tazminat, Yardım Benzeri Ödeme Yapılanlar Tarafından Bu Ödemeler Üzerinden Ödenen Gelir Vergisi Ve Damga Vergisini İade Talep Süreci, https://www.fordotosan.com.tr/documents/Rehber-Stopaj-Iade.pdf?fbclid=IwAR20Ucbfhv8hYZqi7kIYy7_ISfq8TVo_hld3sMLYKd3hUAQtavyqvGOyL6w, E.T. 07.11.2024.

28 Demirkan Ekici, s. 3-4; Özyörük, s. 25-27; Armağan, s. 5-7.

29 Şahin Akıncı, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Bası, Seyran Yayınları, Konya 2004, s. 36-37; Duman, s. 6-8.

30 Eren, s. 1258-1259; Armağan, s. 16-18.

31 Yarg. 9. HD., E. 2017/24377, K. 2018/8696, 16.04.2018; Yarg. 9. H.D., E. 2016/28986, K. 2017/17897, 09.11.2017, (www.kazanci.com.tr. E. T. 11.12.2023).

Öğreti ikale sözleşmesini iş hukuku açısından da ele almış ve iş sözleşmesinin devamı müddetince işçi ve işverenin ikale yapmak suretiyle makul bir yarar karşılığında işçinin talebe konu tüm haklarından vazgeçebileceğini ifade etmiştir.³² Yargıtay da ikale sözleşmesi açısından makul yarar kıstasına büyük anlam yüklemiş, bu nedenle tarafların ikale sözleşmesi yapma nedeninin de araştırılması gerektiğini ifade etmiştir.³³

II. İKALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesine ilişkin getirilen düzenlemelerin ardından Türk Hukuku'nda ikale sözleşmesinin bilinirliği ve yaygınlığı daha da artmıştır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nda ikale sözleşmesi tanımlanmamıştır.³⁴ Zira iş güvencesi ile birlikte işçilerin kolay bir şekilde işini kaybetmemesi için bir koruma getirilmiş, iş güvencesinin işçilere yönelik getirdiği koruyucu düzenlemeler taraflar arasında ikale sözleşmesinin yapılmasını daha anlamlı hale getirmiştir.³⁵ İ kale sözleşmesinin temelinde de işçinin hak ve menfaatlerinin korunması düşüncesi yatmakta olup, işçinin mevcut hak ve menfaatlerine halel getirecek onu ortadan kaldıracak şekilde ikale sözleşmesinin yapılması söz konusu değildir.³⁶ Ayrıca işçi ile işveren aralarında bir ikale sözleşmesi akdetmiş olsa dahi, mahkemece ikale sözleşmesinin geçersizliğine hükmedilmesi halinde ikale bütünüyle hükümsüz hale gelecektir. Ancak daha önce açılmış olan feshin geçersizliği ve işe iade davalarına ilişkin süreç devam edecektir.³⁷

Görüldüğü üzere ikale sözleşmesinin asıl dayanak noktası da işçinin korunması ilkesidir.³⁸ İşçinin korunması ilkesi birçok iş hukuku müessesesinin ortaya çıkmasına zemin hazırlayan, iş hukukunun gelişiminde

32 Hamdi **Mollamahmutoğlu**/Muhittin **Astarlı**/Ulaş **Baysal**, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1, 3. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 1190; **Duman**, s. 56-57.

33 Yarg. 22. HD., E. 2018/8116, K. 2018/15946, 26.06.2018, (www.kazanci.com.tr. E. T. 16.12.2023).

34 **Savaş**, s. 107-108; **Özyörük**, s. 35-37.

35 Yarg. 9. HD., E. 2007/31287, K. 2008/9600, 21.04.2008 (www.kazanci.com.tr. E. T. 09.11.2024): İ kale sözleşmesinin temelinde her ne kadar sözleşme özgürlüğü ilkesi yer alsada taraflar her şekilde ve her koşulda ikale yoluna gidemez. Buna göre ikale vasıtasıyla taraflardan birinin hak ve menfaatlerine bir kısıtlama getirilmesi, taraflardan birinin hak ve menfaatlerinde bir daralma olması söz konusu değildir.

36 Durmuş **Özcan**, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 623; **Duman**, s. 27-29.

37 Hasan Nüvit **Gerek**, “İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi İ le Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, S. 4, 2011, s. 53; Arzu **Yıldırım Coşkun**, Türk İş Hukukunda İ kale, 1. Bası, On İ ki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 116-119.

38 **Karaç**, s. 388; Burcu **Melekoğlu Keser**, İ kale ve İ bra Sözleşmeleri, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 95-97.

önemli yere sahip olan bir ilkedir.³⁹ İşçinin korunması ilkesinin bir gereği olarak işçilerin özgür iradesi ile çalışması, zorla çalıştırılmaması gerekmektedir.⁴⁰ Bu açıdan ikale büyük öneme sahiptir. Zira ikalede irade özgürlüğü esas alınmakta⁴¹ ve sözleşme kurma noktasında özgür olan taraflar, sözleşmeyi sona erdirmeye noktasında da özgürlüğe sahiptir.

İkale, hukuken özelliği itibariyle bir sözleşmedir ve hukuken büyük öneme sahiptir.⁴² İkale sözleşmesinin hukuki temellerini T.C. Anayasası'nın 48. maddesinde ve TBK'nin 26. maddesinde bulmak mümkündür. Gerek Anayasa'nın 48. maddesinde gerek TBK'nin 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü ilkesine vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmişken, TBK'nin 26. maddesinde ise kanunda öngörülen sınırlar içinde tarafların sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğü kavramını tanımlamak isabetli olacaktır.

Kişilerin birbirleriyle hukuki işlemler vasıtasıyla serbestçe hukuki ilişki kurmaları, bu hukuki ilişkinin muhtevasını serbestçe belirleyebilmelerine sözleşme özgürlüğü denilmektedir.⁴³ Sözleşme özgürlüğü kapsamında hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla özgürce birbirleriyle özel borç ilişkileri

39 Emine Tuncay Senyen **Kaplan**, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu İş. C. 7, S. 2, 2003, s. 3-4; Cevdet İlhan **Günay**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 78-80; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 42-43; Kenan **Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 97-98; Nuri **Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat**, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 321-322; **Akyiğit**, s. 393-394.

40 **Tunçomağ/Centel**, s. 102-105; Çağla **Ünlütürk Ulutaş/Tevfik Barbaros Ulutaş**, “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 40, 2015, s. 331; Kadir **Yıldırım**, “Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 34, 2011, s. 36.

41 Yarg. 9. HD., E. 2016/34332, K. 2018/771, 21.01.2018 (<https://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-34332.htm#:~:text=S%C3%B6zle%C5%9Fme%20%C3%B6zg%C3%BCr%C4%9F%C3%BCn%20bir%20sonucu%20olarak,y%C3%B6n%C3%BCnde%20i%C5%9Flem%20ikale%20olarak%20adland%C4%B1r%C4%B1%C4%B1r>). E. T. 09.11.2024).

42 **Korkmaz/Alp**, s. 251; **Melekoğlu Keser**, s. 11-13.

43 **Karaç**, s. 386; Fahri Ertem **Kaşak**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 25-27.

kurmaları mümkün olmakla birlikte, özgürce bu borç ilişkisini sona erdirmeleri de mümkündür.⁴⁴

Bu bağlamda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçi ve işveren özgürce sözleşme kurma hakkına sahip olmakla birlikte, sözleşmeye son verme hakkına da sahiptir.⁴⁵ Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında işçinin zorla çalıştırılması mümkün değildir.⁴⁶ Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve hürriyetler arasında yer almaktadır. Bu nedenle tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesine mutlak surette riayet etmesi gerekmektedir.⁴⁷

Anlaşılabacağı üzere ikalenin yasal bir tanımı bulunmamaktadır.⁴⁸ Ancak gerek öğreti, gerek Yargıtay ikale sözleşmesini tanımlarken sözleşme özgürlüğü ilkesini esas almıştır. Buna göre sözleşme özgürlüğü kapsamında istedikleri zaman iş sözleşmesini kuran işçi ve işveren, yine sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin her aşamasında anlaşarak aralarındaki sözleşmeyi ortadan kaldırabilmektedir ve buna da ikale ya da bozma sözleşmesi denmektedir.⁴⁹

Bu doğrultuda Türk Hukuku'nda ikale ya da diğer adıyla bozma sözleşmesi, işçi ve işverenin aralarında akdettikleri iş sözleşmesini, yine işçi

-
- 44 Kemal **Atasoy**, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 19-21; Mazlum **Doğan**, Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 260-262.
- 45 Özenç **Dönmezer**, Türk İş Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğünün Kapsam ve Sınırları, 1. Bası, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, s. 65-67; **Atasoy**, s. 20-21.
- 46 Ozan **Can**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2011, s. 27-29; Sami **Akkurt**, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, DEÜHFD, C. 10, S. 2, 2008, s. 12-14.
- 47 Arda **Kortas**, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 27-28; Nil **Karadağ Bulut**, Medeni Kanunun 23. Maddesinin Sözleşme Özgürlüğüne Getirdiği Sınırlamalar, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2012, s. 3-5.
- 48 Yarg. 9. HD., E. 2016/34332, K. 2018/771, 21.01.2018 (<https://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-34332.htm>). E. T. 09.11.2024): Yargıtay da ikalenin yasal bir tanımı olmadığına vurgu yapmakta ve bu nedenle ikalenin geçerliliği açısından birtakım kriterler geliştirmektedir.
- 49 **Demirkan Ekici**, s. 4; **Yıldırım Coşkun**, s. 58-60; Muhittin **Astarlı**, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Güncellenmiş Yargıtay Kararları Bölümü Eklenmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 6-7.

ve işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle sona erdirmek üzere yaptıkları sözleşmedir.⁵⁰ Sözleşme özgürlüğü ilkesi tarafları istedikleri bir konuda bir sözleşme yapma özgürlüğü bahşetmekle birlikte, yapmama özgürlüğü de bahşetmektedir. O nedenle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de bulunmaktadır. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar sözleşmenin tipini, içeriğini ve yasal sınırlamalar içinde sözleşmenin şeklini seçme özgürlüğüne de sahiptir. Tüm bunların yanında taraflar yaptıkları bu sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne de sahip bulunmaktadır. Bu noktada taraflar temelini sözleşme özgürlüğü ilkesinden alan ikale sözleşmesine giderek aralarındaki mevcut sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.⁵¹

A. İkale Hukuki Niteliği İtibarıyla Bir Sözleşmedir

İkale, geniş anlamda borç ilişkisi sona erdiren, borç ilişkisi ortadan kaldıran bir sözleşmedir.⁵² Buna göre ikale tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, iki taraflı bir hukuki işlemdir.⁵³ İkaleden söz edebilmek için tarafların bu yönde iradelerinin örtüşmesi gerekmektedir.⁵⁴ İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunarak ikale yoluyla aralarındaki iş ilişkisini sona erdirmektedir. Ancak şu hususu belirtelim ki, işçi ile işveren aralarındaki iş sözleşmesini sona erdirmek için yeni bir sözleşme akdetmektedir. Akdettikleri bu yeni sözleşme ile aralarındaki sözleşmeyi nihayete erdirmektedir. Dolayısıyla taraflar akdettikleri bir sözleşme ile aralarındaki iş ilişkisini ortadan kaldırmaktadır.⁵⁵

Bu doğrultuda ikale sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için tarafların birbiriyle ikale sözleşmesi akdetme iradesine sahip olması gerek-

50 **Karaç**, s. 387; Himmet Berkay **Kaygısız**, Türk İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkartma Sürecinde İkale, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 43-45.

51 **Savaş**, s. 113; **Yıldırım Coşkun**, s. 58-60; **Melekoğlu Keser**, s. 13-15.

52 **Gümüş**, s. 15; **Akyiğit**, s. 122-124; **Melekoğlu Keser**, s. 16-18.

53 Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 857; **Kaygısız**, s. 43-45.

54 Yarg. 9. HD., E. 2018/506, K. 2018/5426, 19.03.2018 (<https://www.yargitay.gov.tr/E.T.10.11.2024>).

55 **Demirkan Ekici**, s. 5; **Astarlı**, s. 6; **Duman**, s. 26-28.

tedir. Tarafların borcu ortadan kaldırmak için birbirine uygun iradesi bulunmadığı takdirde ikaleden bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁵⁶ Dolayısıyla etkileri, hüküm ve sonuçları açısından ikalenin sağlararası bir hukuki işlem olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁵⁷

B. İkale Bir Tasarruf İşlemidir

Sözleşmeden doğan haklara doğrudan etki etmesi, söz konusu hakları ortadan kaldırması ve malvarlığına da etkileri göz önünde bulundurulduğunda ikale sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁸ Zira ikale, bazı durumlarda bir tarafın, bazı durumlarda da her iki tarafın malvarlığının aktifini azaltabilmektedir.⁵⁹

Bu doğrultuda ikale, taraflar arasında akdedilen iki taraflı bir sözleşme olmakla birlikte, aynı zamanda bir tasarruf işlemidir.⁶⁰ Bir başka ifadeyle ikale, borç doğuran bir sözleşme olmayıp, niteliğı itibarıyla tasarrufi bir muameledir.⁶¹ Ancak öğretilerde bir görüşe göre, ikalenin hem taahhüt hem de tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira ikale ile iş sözleşmesinin fesih tarihinin ileri bir tarihe ötelenmesi ve/veya ikale sözleşmesi kapsamındaki tazminat ödemelerinin ileriki bir tarihe atılması halinde ikalenin hem taahhüt hem de tasarruf işlemi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁶² Dolayısıyla her halükarda ikale denildiğinde sürecin bir tarafında tasarruf işlemi bulunmaktadır. Öğretilerde bir görüşe göre, Türk Hukuku'nda tasarruf işlemleri ilke olarak sebebe bağı bir başka ifadeyle illi işlemlerdir. İkalenin de tasarruf işlemi olduğu kabul edildiğı takdirde ikalenin de illi olduğunu kabul etmek gerekecektir.⁶³ Bu nedenle temel işlemin bir şekilde geçersiz olması halinde ikale de geçersiz olacaktır.⁶⁴ Böyle bir durumda ikaleye konu olan borç ilişkisi ortadan kalkmayacağı gibi alacak da sona ermeyecektir.⁶⁵

⁵⁶ Gümüş, s. 26; Özyörük, s. 81-83.

⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 858; Göç, s. 63-64.

⁵⁸ Karaç, s. 887-389; Armağan, s. 18-20.

⁵⁹ Savaş, s. 114; Duman, s. 6-8.

⁶⁰ Sami Narter, Çalışanlar İçin Tazminatlar, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 821; Akyiğıt, s. 125-127.

⁶¹ Sefa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 404-405; Özyörük, s. 56-57.

⁶² Demirkan Ekici, s. 7-8; Armağan, s. 36-37.

⁶³ Eren, s. 1271-1272.

⁶⁴ Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Monopol Yayınevi, Ankara 2023, s. 319.

⁶⁵ Narter, Çalışanlar İçin Tazminatlar, s. 822; Eren, s. 1271-1272; Oğuzman/Öz, s. 545.

Şu hususu da vurgulamak gerekir ki, ikale bir tasarruf işlemi olarak kabul edildiği vakit, ikalenin geçerli olabilmesi için alacaklının alacağı üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gerekmektedir.⁶⁶

C. İkale Karşılıklı Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli yükümlülüğü iş görme borcu iken, işverenin asli edim yükümlülüğü ise ücret ödeme borcudur.⁶⁷ Bu nedenle iş sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir.⁶⁸ İşçi, iş görme borcu altına girerken buna mukabil olarak işveren de ücret ödeme borcu altına girmektedir.⁶⁹

Bu doğrultuda işçi iş görme borcunu ifa ettiğinde bunun karşılığı olarak işverenin de ücret ödeme borcunu ifa etmesi gerekmektedir.⁷⁰ Zira iş sözleşmesi niteliği itibarıyla karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. Yine ikale sözleşmesinin de karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ileri sürmek mümkündür. İşçi ikale sözleşmesi ile iş görmeyi bırakarak iş sözleşmesini sona erdirmek istemektedir. Bunun karşılığında işveren de işçiye iş görmeyi bırakarak iş sözleşmesini sonlandırması açısından bir makul yarar sağlamakla yükümlüdür.⁷¹ İşverenin işçiye sağladığı makul yarar tazminat niteliğinde bir ödeme olabilmektedir.⁷² Bu nedenle ikale sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁷³

66 Reisoğlu, s. 404; Astarlı, s. 30-31.

67 Tunçomağ/Centel, s. 92; Mustafa Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 131-132; Günay, s. 114-115.

68 Yarg. 7. HD., E. 2016/3269, K. 2016/6967, 23.03.2016 (<https://www.yargitay.gov.tr/E.T.10.11.2024>).

69 Akyiğit, s. 178-179; Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 62-64; A. Can Tuncay, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, s. 650-652.

70 Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, s. 37-38; Mehmed Zahid Yener, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borcunda Temerrüt, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 25-27; Tuncay, s. 652-653; Akyiğit, s. 179-180.

71 Yarg. 9. HD., E. 2015/27647, K. 2016/7838, 30.03.2016 (www.kazanci.com.tr. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2015-27647-k-2016-7838-t-30-3-2016-E.T.11.12.2023>).

72 Karaç, s. 390; Astarlı, s. 35; Duman, s. 25-26.

73 Yarg. 9. HD., E. 2016/34332, K. 2018/771, 21.01.2018 (<https://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-34332.htm#:~:text=S%C3%B6zle%C5%9Fme%20%C3%B6zge%C3%BCrl%C3%BC%C4%9F%C3%BCn%C3%BCn%20bir%20sonucu%20olarak,y%C3%B6n%C3%BCndeki%20%C5%9Flem%20ikale%20olarak%20adland%C4%B>

Yapılan açıklamalar ışığında, ikale sözleşmesi kapsamında işçi işinden bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin devamından vazgeçmektedir. Bunun bir sonucu olarak işçi ücret ve sosyal haklarını bırakmaktadır. Buna mukabil işveren de işçiye karşı tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. İ kale teklifinin işverenden gelmesi mümkün olmakla birlikte işçiden gelmesi de mümkündür. İşverenler ekseriyetle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek açısından ikale yoluna başvurabilmektedir. Ancak istisnai durumlarda işçiler de tazminatlarını alarak işten ayrılma yoluna gidebilmektedir.⁷⁴ İşverenin ikale teklifini işçinin kabul etmesi durumunda ve işçinin makul yararının varlığı halinde işveren tazminat ödeyerek iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kurtulmaktadır.⁷⁵

İ kale, borcu ortadan kaldıran bir bozma sözleşmesidir.⁷⁶ İ kale, genellikle karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir.⁷⁷ Zira ikale sözleşmesi açısından karşılıklı borç yükleme kuralı mutlak bir kural değildir. Örneğin yeni iş teklifi alan işçinin bu sebeple ihbar süresini beklemeksizin derhal işten ayrılma talebinde bulunması veya işverenle arasında rekabet yasağı sözleşmesi bulunan işçinin yasak dışına çıkarak çalışmak istemesi halinde işveren makul yarar ve tazminat sağlamasa da ikale sözleşmesi yapılabilir. Böyle bir durumda da ikale sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmayacaktır.⁷⁸ Belirtelim ki ikale sözleşmesi kapsamında işveren işçiye bir makul yarar sağlamaktadır. Ancak hemen şu hususu vurgulayalım ki, işverenin işçiye sunduğu makul yararın mutlaka bir parasal karşılığı olan tazminat veya benzeri bir ödeme olması şart değildir. Lakin böyle bir durumda ikale sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme hüviyetini taşımayacaktır.⁷⁹

1r%C4%B1%C4%B1r. E. T. 09.11.2024): Sözleşme özgürlüğü kapsamında daha önce yapılan bir hukuki ilişkiyi tarafların iradeleriyle sona erdirmesi mümkündür. Bu bağlamda doğal yollar dışında tarafların iradesiyle sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik yaptıkları işleme ikale denir.

74 Demirkan Ekici, s. 8; Duman, s. 82-84.

75 Özcan, s. 623; Özyörük, s. 108-110.

76 Gümüş, s. 15; Armağan, s. 118-120.

77 Armağan, s. 118-119; Savaş, s. 112.

78 Demirkan Ekici, s. 8; Özyörük, s. 112-114; Kaygısız, s. 50-52.

79 Karaç, s. 390; Astarlı, s. 36-37.

III. İKALENİN BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İkale İle İbra Sözleşmesinin Karşılaştırılması

Gerek uygulamada gerek öğretide kabul gören ikale ile bazı noktalarda benzerlik gösteren ama hüküm ve sonuçları açısından ikaleden farklı müesseseler bulunmaktadır.⁸⁰ Bu açıdan ibra sözleşmesi⁸¹, sulh sözleşmesi, feragat sözleşmesi başta olmak üzere ikale ile benzer noktaları olan ve ikale ile karşılaştırılan müesseseler bulunmaktadır.⁸² Bunlar içinde en dikkat çekici olanın ibra sözleşmesi olduğunu söylemek mümkündür.⁸³ Zira ibra sözleşmesinin⁸⁴ ikale sözleşmesi⁸⁵ ile benzer birçok yönü bulunmaktadır.⁸⁶ Ancak ibra sözleşmesi mahiyeti itibarıyla bir ikale sözleşmesi⁸⁷ değildir.⁸⁸

80 **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 1190; **Duman**, s. 15-16.

81 İbraname İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlenmiş olmakla beraber 818 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenmemiştir. Türk Hukukunda ibra, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Adı geçen yasanın 132. maddesinde “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesi ile tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.” hükmü getirilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde de ibranamenin geçerlilik şartları düzenlenmiştir. Anılan hüküm ile işçinin işverenden olan alacakları açısından düzenlenen ibranamelerin geçerli olabilmesi için ibranamenin yazılı yapılması, ibranamenin iş sözleşmesinin sona emesi tarihinden itibaren bir ay geçtikten sonra düzenlenebileceği, ibra konusu alacağın miktarının ve türünün açıkça belirtilmesi gerektiği ve ödemenin hak tutarına nazaran noksansız olarak banka aracılığıyla yapılması koşulları getirilmiştir Yarg. 7. H.D., E. 2015/1458, K. 2016/8730, 20.04.2016 (www.kazanci.com. E.T. 22.11.2023).

82 **Savaş**, s. 390; **Armağan**, s. 53-55; **Özyörük**, s. 61-63.

83 Şeyma **Yurduseven**, Borçlar Hukukunda İbra, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2013. s. 5-8; **Duman**, s. 17-18.

84 Yargıtay, ibranamenin geçerli kabul edilebilmesi için TBK'nin 420. maddesinde yer alan unsurların bir arada bulunması gerektiğini kabul etmiştir. Bu unsurları taşımayan ibraname kesin hükümsüz olmaktadır Yarg. 7. H.D., E. 2014/9763, K. 2014/ 16609, 10/09, 2014, (www.kazanci.com. E.T.17.10.2023).

85 Yargıtay, ikale sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için işçiye makul bir ödemenin yapılmış olmasını aramıştır. Bu bağlamda işçinin istifa dilekçesi ile birlikte ikale sözleşmesine değer atfedilebilmesi için işçinin makul bir yararının olması gerekmektedir. İşçinin makul yararının olmaması halinde ikale sözleşmesi geçerli olmayacağı gibi istifa dilekçesi de dikkate alınmayacaktır Yarg. 9. H.D., E. 2016/26503, K. 2017/18895, T. 23.11.2017, (www.kazanci.com. E.T. 25.11.2023).

86 **Yürekli**, s. 117-118; **Özyörük**, s. 61-62.

87 **Demirkan Ekici**, s. 16-17; **Duman**, s. 32-33; **Kaygısız**, s. 43-45.

88 Yarg. 7. H.D., E. 2015/1458, K. 2016/ 8730, 20.04.2016, (www.kazanci.com, E.T. 09.12.2023).

İkale sözleşmesi, mahiyeti itibarıyla isimli sözleşme⁸⁹ özelliği göstermektedir. Bu nedenle ikaleye uygulanacak hükümler açısından gerek Türk Hukuku'nda gerek İsviçre Hukuku'nda ikale ile benzer bir müessese olan ibra sözleşmesine gidilmektedir.⁹⁰ İbra sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş, 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte⁹¹ TBK'nin 132. maddesinde düzenlenmiştir. İbra, borcu sona erdiren özel bir sebep olup, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesi ile borçlunun borcundan kurtulması anlamına gelmektedir.⁹² Bir başka ifadeyle İbra, alacaklının alacak hakkından feragat etmesi olup, buna bağlı olarak borçlunun borcunu sona erdiren nedenlerden biridir.⁹³ Dolayısıyla ibra sözleşmesi alacaklı ve borçlu arasında yapılan ve alacaklı ve borçlu arasındaki mevcut bir borcu sona erdiren bir sözleşmedir⁹⁴

Bu doğrultuda ibra, alacaklının alacak hakkından vazgeçtiği, bir başka ifadeyle feragat ettiği iki taraflı bir hukuki işlemdir. Alacaklı tek taraflı irade beyanıyla alacak hakkından vazgeçmemektedir. Alacaklının alacak hakkından vazgeçebilmesi için borçlunun buna muvafakat göstermesi gerekmektedir.⁹⁵ Aynı şekilde borçlunun da alacaklıyı ifaya zorlayarak ibraya zorlaması söz konusu değildir. Alacaklının ifayı kabul etmemesi durumunda borçlu ancak, alacaklı temerrüdü hükümlerine gidebilmektedir.⁹⁶

Yapılan açıklamalar çerçevesinde ibra iki taraflı bir sözleşmedir. Ayrıca belirtelim ki, ibra sözleşmesi kapsamında tarafların tamamen ya da kısmen borcu ortadan kaldırması mümkündür.⁹⁷ Bunun yanında ibra bir

89 Saibe Oktay, “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, C. 55, S. 1, 1996, s. 264: Bazı sözleşmeler doğrudan veya dolaylı şekilde kanunda ismen zikredilmiş olmakla birlikte, kanunda ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmemiştir. Bu tür sözleşmeler bir sınıflandırmaya tabi tutularak kanunda düzenlenmediği için bu tür sözleşmeler isimli sözleşme olarak kabul edilmektedir.

90 Savaş, s. 113; Armağan, s. 50-52; Yıldırım Coşkun, s. 63-65.

91 Yargıtay da Türk Hukuk sisteminde ibraname açısından Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihini milat olarak görmüş ve özel önem atfetmiştir Yarg. 7. H.D., E. 2015/3019, K. 2015/2686, 26.02.2015, (www.kazanci.com, E.T. 11.12.2023); Yarg. 7. H.D., E. 2015/1458, K. 2016/8730, 20.04.2016, (www.kazanci.com, E.T. 16.12.2023).

92 Sarper Süzek, İş Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 811; Melekoğlu Keser, s. 121-123.

93 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 1188; Duman, s. 32-33.

94 Akyiğit, s. 348; Melekoğlu Keser, s. 143-145.

95 Yurduseven, s. 90-93; Yıldırım Coşkun, s. 64-66.

96 Oğuzman/Öz, s. 545; Melekoğlu Keser, s. 130-132.

97 Narter, Çalışanlar İçin Tazminatlar, s. 821-822; Yıldırım Coşkun, s. 63-64.

tasarruf işlemidir.⁹⁸ Zira ibra alacak hakkını ortadan kaldıran bir hukuki işlemdir.⁹⁹ Bu nedenle ibranın geçerli olabilmesi için alacaklının alacağı üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gerekir. O halde iflasına karar verilen bir alacaklının borçluyu ibra etmesi mümkün bulunmamaktadır.¹⁰⁰

Anlaşılabileceği üzere ibra, genel olarak bir kimsenin başka bir kimseden olan alacak hakkından feragat etmesi anlamına gelmektedir.¹⁰¹ Yargıtay'a göre ibra, genel olarak bir borcu ya da bir hakkı sona erdiren bir işlem veya bir belgedir. Yargıtay'a göre ibra, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesi ile borçlunun borcundan kurtulmasıdır.¹⁰²

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, en geniş haliyle ibra sözleşmesi bir sözleşme değişikliği vasfına haizdir. Zira ibra sözleşmesi taraflardan birinin ya da her ikisinin edim yükümlülüğünü daraltarak ya da kısarak bir değişik yaratmaktadır. İbra sözleşmesi borcun konusunu oluşturan edim yükümlülüğünü daraltmakta veya ortadan kaldırmaktadır.¹⁰³ Ancak ibra sözleşmesi ikale sözleşmesinde olduğu gibi tamamen taraflar arasındaki sözleşmeyi ortadan kaldırmamaktadır.¹⁰⁴

İş hukuku açısından tarafların ortak iradesi ile tüm alacak kalemlerinin her birinin tek tek ibraya konu etmeleri mümkündür.¹⁰⁵ İş hukuku açısından tarafların ortak iradesi sonucu halihazırda var olan iş sözleşmesini ve buna bağlı iş ilişkisini meydana getirdikleri başka bir sözleşme (ikale sözleşmesi) ile sona erdirmeleri mümkün olmaktadır.¹⁰⁶

İbra ile tarafların iş sözleşmesini sona erdirmesi söz konusu değildir. İbra ile taraflar ancak iş sözleşmesinden doğan borçları sona erdirebilmektedir. İbrada borçlar açısından tarafların ibra edilmesi gündeme gelmekte iken, sözleşme ilişkisi varlığını sürdürmektedir. Ancak ikale söz konusu olduğunda işçi ile işveren arasındaki sözleşme ortadan kalkmaktadır. Ayrıca ikale söz konusu olduğunda iş sözleşmesi ileriye etkili olarak ortadan kalkarken, taraflar arasındaki sözleşmenin sona eriş tarihine kadar doğmuş

98 Durmuş **Özcan**, *Uygulamalı İş Davaları*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 821-822; **Duman**, s. 32-34.

99 Yarg. 22. H.D., E. 2016/3335, K. 2017/7147, 02.10.2017, (www.kazanci.com, 27.11.2023).

100 **Reisoğlu**, s. 404; **Melekoğlu Keser**, s. 109-110; **Özyörük**, s. 61-62.

101 <https://islamansiklopedisi.org.tr/arama/?q=ibra&p=m>, (E.T. 03.12.2023).

102 Yarg. 7. H.D., E. 2015/3019, K. 2015/2686, 26.02.2015 (www.kazanci.com, E.T. 18.12.2023).

103 **Gümüş**, s. 25-26; **Özyörük**, s. 61-63.

104 **Demirkan Ekici**, s. 18; **Melekoğlu Keser**, s. 127-129.

105 **Kurt/Koç**, s. 138-140; **Duman**, s. 32-34.

106 **Karaç**, s. 388; **Göç**, s. 25-27.

ve henüz ifa edilmemiş hak ve alacaklar varlığını sürdürmektedir.¹⁰⁷ Böylelikle ikalede iş sözleşmesinin sona ermesiyle ileriye dönük hakların doğması engellenirken, doğmuş haklar bakımından ikalenin herhangi bir etkisi olmamaktadır. Ancak ibranamede mevcut borçlar sona ermektedir. Bu yönüyle ibra ve ikale birbirinden farklılaşmaktadır.¹⁰⁸ Bu doğrultuda taraflar ibra sözleşmesi yaptığı takdirde sadece aralarındaki münferit borçları sona erdirmektedir.¹⁰⁹ Ancak, taraflar bir ikale sözleşmesi yaptığı takdirde bütün borç ilişkisini sona erdirmektedir. İkale ile sadece tek tek borçların sona ermesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla ikalenin kapsam alanı ibraya göre daha geniştir.¹¹⁰

İbra sözleşmesinde alacaklı alacak hakkından vazgeçmek suretiyle borçluyu münferit bir borçtan kurtarmaktadır.¹¹¹ İkale sözleşmesinde ise komple taraflar arasındaki sözleşme ortadan kalkmaktadır.¹¹² Henüz doğmamış bir alacak için ibraname düzenlendiği takdirde düzenlenen bu ibraname geçersizdir.¹¹³ Mevcut bir alacak olmadığı takdirde yapılan anlaşma ibra sözleşmesi hüviyeti kazanamayacaktır. Ancak ihtilafa konu bir alacağın olması halinde yapılan anlaşma ibra vasfına haiz olacaktır.¹¹⁴ İkale sözleşmesi yapıldığında da ikale sözleşmesi doğmuş alacakları etkilemekte, doğmuş alacaklara hâlel gelmemektedir. Ancak ikale sözleşmesinde doğmuş ve ifa edilmemiş alacaklar açısından borcun sona erdirileceği, bunların ifa edilemeyeceğine ilişkin hüküm konulması halinde, söz konusu hükümlere hukuki niteliği bakımından ibraya ilişkin hükümler uygulanacaktır.¹¹⁵ Alacak hakkı, ibra sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. O halde ibra sözleşmesinin konusu dar anlamda borç ilişkisidir.¹¹⁶ Geçerli bir ibra sözleşmesinin varlığı için tarafların iradelerinin örtüşmesi gerekir.¹¹⁷ İkale sözleşmesinin söz konusu olması için de tarafların iradelerinin örtüşmesi gerekmektedir. İkale sözleşmesi de en nihayetinde bir sözleşme olduğu için sözleşmelerin geçerliliği için aranan tüm şartlar ikale

107 Demirkan Ekici, s. 17-18; Melekoğlu Keser, s. 115-117.

108 Akyiğit, s. 348; Kaygısız, s. 43-45.

109 Yarg. 22. H.D., E. 2016/3335, K. 2017/7147 , 02,10,2017 (www.kazanci.com, E.T. 15.12.2023).

110 Yürekli, s. 117; Akyiğit, s. 125-127; Özyörük, s. 61-62.

111 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1188; Duman, s. 16-17.

112 Savaş, s. 113-115; Akyiğit, s. 122-123.

113 Durmuş Özcan/Uğur Ocak, Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (ibraname), 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 8; Armağan, s. 53-54.

114 Oğuzman/Öz, s. 546; Özyörük, s. 61-63.

115 Demirkan Ekici, s. 20; Duman, s. 15-16.

116 Gümüş, s. 12; Armağan, s. 54-55.

117 Eren, s. 1272; Özyörük, s. 61-63.

sözleşmesi için de aranmaktadır.¹¹⁸ Bu bağlamda geçerli bir ikale sözleşmesinin kurulabilmesi için öncelikli olarak halihazırda geçerli şekilde kurulmuş bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Buna göre halihazırda bir iş sözleşmesinin varlığı gerekli olduğu için, bu sözleşmenin her ne surette olursa olsun sona erdirilmemiş olması gerekmektedir. Bu mevcut iş sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesi amaçlanmaktadır.¹¹⁹ Aksi bir durumda ikale sözleşmesi söz konusu olmayacaktır. İkale dışında başka bir sebeple iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde sözleşme zaten sona ermiş olacağı için tekrar ikale yoluyla sona erdirilemeyecektir.¹²⁰

Görüldüğü üzere, ibra alacaklının alacağından vazgeçmesini, feragat etmesini konu alan, iki taraflı bir hukuki işlemdir.¹²¹ O nedenle alacaklının tek taraflı bir irade beyanı ile alacak hakkından vazgeçmesi mümkün değildir.¹²² İkale sözleşmesi de ibra sözleşmesi gibi iki taraflı bir sözleşme-
dir. İkale sözleşmesinde de tek taraflı bir irade açıklaması ile mevcut sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Karşı tarafın muvafakati gerekmektedir. Ancak ikale sözleşmesi ile ibra sözleşmesi farklı sözleşmelerdir. İkale, ibraya göre daha geniş kapsamlıdır. İbra borca etki ederken, ikale sözleşmenin akıbetine etki etmektedir.¹²³

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, ikale sözleşmesi ile ibra sözleşmesinin benzer noktaları olmakla birlikte her iki sözleşme birbirinden farklı sözleşmelerdir. İbra sözleşmesinde münferit borç ilişkileri sona ermektedir.¹²⁴ Ancak ikale sözleşmesi ile tek tek değil, borç ilişkisi tümüyle ortadan kalkmaktadır.¹²⁵ Türk Hukuku'nda ibra sözleşmesi TBK'nin 132. maddesinde düzenlenmiştir. İkale sözleşmesi ise TBK'de düzenlenmiş değildir. Ancak ikale ve ibra sözleşmelerinin bazı noktalarda benzer ama farklı sözleşmeler olması nedeniyle her durumda ikale sözleşmesine TBK'nin 132. maddesini uygulamak yerinde olmayacaktır.¹²⁶ Kanaatimizce ikale sözleşmesine ilişkin yaşanan her durumda, ibra sözleşmesini düzenleyen

118 Demirkan Ekici, s. 18-20; Akyiğit, s. 123-125.

119 Yarg. 9. H.D., E. 2016/26503, K. 2017/18895, 23.11.2017, (www.kazanci.com, E.T.17.01.2024).

120 Karaç, s. 392; Akyiğit, s. 127-129.

121 Yarg. 22. H.D., E. 2016/3335, K. 2017/7147, 02.10.2017, (www.kazanci.com, E.T.07.01.2024): İbranamenin geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinin düzenlenmesinden itibaren 1 aylık bir sürenin geçmiş olması gerekmektedir.

122 Yurduseven, s. 5-8; Armağan, s. 53-54.

123 Demirkan Ekici, s. 17-19; Özyörük, s. 61-62.

124 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1188; Armağan, s. 54-55.

125 Yürekli, s. 117; Melekoğlu Keser, s. 11-13; Özyörük, s. 62-63.

126 Savaş, s. 113; Armağan, s. 50-32.

TBK'nin 132. maddesine gitmek yerinde olmayacaktır. Zira kanun sözleşmesi ikale ve ibra sözleşmesini aynı sözleşme olarak görseydi veya her durumda ikisine aynı hükümlerin uygulanmasını öngörseydi buna ilişkin bir düzenleme yapmayı tercih ederdi.

Söz konusu açıklamalara ek olarak şu hususu da belirtmek gerekir ki, konuyla alakalı olarak bir de menfi borç ikrarı adını taşıyan bir müessese bulunmaktadır. Türk Hukuku'nda bir düzenleme olmamasına karşın öğretiye göre menfi borç ikrarı söz konusu olduğunda da Türk Borçlar Kanunu'nun ibrayı düzenleyen hükümlerine gitmek yerinde olacaktır. Böyle bir durumda öğreti iş sözleşmesinin devamı süresince menfi borç ikrarı kapsamında ikale yapılmak suretiyle işçinin talebe konu olabilecek tüm haklarından vazgeçmesi mümkün bulunmamaktadır.¹²⁷

İkale sözleşmesinde, ikale sözleşmesi yapan taraflar aralarındaki hukuki ilişkinin tam ve kesin olarak bir çözüm bulmasını, aralarında davaya konu olabilecek ihtilaflı bir noktanın kalmamasını ve aralarındaki hukuki ilişkinin nihai olarak sona ermesini amaçlamaktadır.¹²⁸ İbra sözleşmesinde¹²⁹ ise münferit olarak ibraya konu olan alacak kalemlerinin sona ermesi amaçlanmaktadır.¹³⁰ İbra sözleşmesinde tarafların tasarruf ehliyetine sahip olması gerekir. Zira ibra sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. İkale sözleşmesi de ibra sözleşmesi gibi bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle ikale sözleşmesinde de tarafların tasarruf ehliyetine sahip olması gerekmektedir.¹³¹

B. İkale İle Sulh Sözleşmesinin Karşılaştırılması

Sulh kavramı, sözlük anlamı itibarıyla “uzlaşma, anlaşma, barışma, barıştırma, barış” gibi anlamlarına gelmekle birlikte, fıkıh açısından bireylerle bireyler arasındaki veya toplumlarla toplumlar arasındaki çekişmeli hususların anlaşmayla sona erdirilmesi veya bu niteliği taşıyan bir anlaşmayı ifade etmektedir.¹³² Türk Hukuku açısından sulh, karşılıklı feragatin söz konusu olduğu ve karşılıklı anlaşmaya dayanan ivazlı bir akit

127 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1190; Melekoğlu Keser, s. 115-117.

128 Demirkan Ekici, s. 20; Akyiğit, s. 125-127.

129 Yargıtay'a göre, ibranamede yazılı işçilik alacağı açısından, bu işçilik alacağının bir kısmının banka aracılığı ile ödenmesi durumunda, TBK m. 420/3 uyarınca banka aracılığıyla yapılmayan ödemeler yönünden düzenlenmiş ibranameler hükümsüzdür. Ancak ibraname banka aracılığıyla yapılmış ödemelerle sınırlı olarak makbuz hükmündedir Yarg. 7. H.D., E. 2014/12335, K. 2014/20774, 12.11.2014, (www.kazanci.com, E.T. 13.01.2024).

130 Oğuzman/Öz, s. 545; Melekoğlu Keser, s. 117-119.

131 Savaş, s. 115; Armağan, s. 55-57.

132 <https://islamansiklopedisi.org.tr/sulh--yargi> (E.T. 17.01.2024).

olup, mevcut bir ihtilafın ortadan kalkmasını veya muhtemel bir ihtilafın önlenmesini sağlayan bir anlaşmadır.¹³³

Sulh kavramı, usul hukuku açısından önemli bir kavramdır.¹³⁴ Sulh usul hukuku açısından davayı sona erdiren bir müessesedir.¹³⁵ Sulh kavramına ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹³⁶ (HMK) bir düzenleme yapılmıştır. HMK m. 313/1 hükmüne göre, tarafların görülmekte olan bir davada aralarındaki uyuşmazlığı kısmen ya da tamamen sona erdirmek maksadıyla ve mahkemenin huzurunda yaptıkları sözleşme sulh olarak tanımlanmıştır. Buna göre sulh tarafların kendi aralarında kurmuş oldukları bir hukuki ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlığı karşılıklı olarak belli noktalarda fedakarlıkta bulunmak suretiyle sona erdirmek gayesiyle yaptıkları bir sözleşmedir.¹³⁷ Yargıtay'a göre sulh sözleşmesi, tarafların aralarındaki bir hukuki ilişkiye dayanan anlaşmazlığı karşılıklı fedakarlıkta bulunarak sona erdirdikleri bir sözleşmedir.¹³⁸ Öğretiye göre sulh sözleşmesi, tarafların genel olarak karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle aralarında ortaya çıkan anlaşmazlığı çözdükleri, bu suretle aralarındaki anlaşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirdikleri bir sözleşmedir.¹³⁹ Bu bağlamda sulhun söz konusu olabilmesi için taraflar arasında bir sözleşmenin mevcut olması, taraflar arasında bir uyuşmazlığın veya bir tereddüdün olması ve tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunması gerekmektedir.¹⁴⁰ Bu açıklamalara ek olarak belirtelim ki, mahkeme içi sulh ve mahkeme dışı sulh olmak üzere sulh sözleşmesinin kendi içinde ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür.¹⁴¹ Genel hatlarıyla bunları açıklayacak

133 Gürsel **Özkan**, Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü, International Conference On Eurasian Economies, 2016, s. 262; **Özyörük**, s. 63-64.

134 Ayşe **Kılınç**, “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, s. 506-507.

135 Esra **Çetinkaya**, Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi Üsküdar ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi (M. 1501-1551/H. 906-958), 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 54-56; Uğur Can **Metin**, Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi, ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016, s. 202.

136 Resmi Gazete Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

137 **Demirkan Ekici**, s. 13; **Duman**, s. 17-18.

138 Yarg. HGK., E. 1997/86, K. 1997/339, 16.04.1997, (<https://www.yargitaYarg.gov.tr/>, E.T. 22.01. 2024).

139 **Kılınç**, s. 507; **Armağan**, s. 75-77.

140 Cenk **Akal**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 4, 2012, s. 2.

141 Fatma **Hızır Aspav**, Sulh Sözleşmesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 31-32.

olursak mahkeme içi sulh tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarındaki hukuki ilişkiden doğan bir tereddüdü veya uyuşmazlığı mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşme ile nihayete erdirmeleridir.¹⁴² Mahkeme içi sulh adından da anlaşılacağı üzere mahkeme huzurunda yapılan sulhtür. Mahkeme dışı sulh ise, adi sulh olarak da bilinir ve bu şekilde taraflar yaşanan bir tereddüdü veya uyuşmazlığı karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle mahkeme dışında nihayete erdirmektedir. Mahkeme dışı sulh iki şekilde yapılmaktadır. Buna göre mahkeme dışı sulh dava açılmadan önce yapılabilir veya daha açıldıktan sonra tutanaklara geçirilmeden mahkeme önünde yapılabilir.¹⁴³ Mahkeme içi veya mahkeme dışı sulhe¹⁴⁴ ilişkin daha detaylı açıklamaların yapılması mümkündür. Ancak çalışma konumuz doğrudan sulh sözleşmesini ele almadığı için, yapılan bu açıklamaların yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Borçlar hukuku açısından sulh sözleşmesini ele aldığımızda, sulh sözleşmesi isimsiz sözleşmelerdendir.¹⁴⁵ Zira çeşitli kanunlarda sulh sözleşmesinin adı zikrediliyor olsa da, herhangi bir kanunda sulh sözleşmesi tanımlanarak, sulh sözleşmesi açıklanmamıştır. Dolayısıyla sulh sözleşmesi sui generis (kendine özgü) bir sözleşmedir.¹⁴⁶ Sulh sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Ancak borçlar hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak mekanizmalardan biridir. Bu nedenle sulh sözleşmesi borçlar hukukunda sıklıkla adı geçen bir kavramdır.¹⁴⁷ Hemen şu hususu belirtelim ki, sulh sözleşmesi borçlar hukukunda karşılaşılan bir kavram olmakla birlikte, aile hukukunda, eşya hukukunda, iş hukukunda ve diğer hukuk dallarında da karşılaşılan bir

142 Ağâh Kürşat **Karauz**, Sulh Sözleşmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 15-18.

143 Kılınç, s. 209-211; **Armağan**, s. 76-77.

144 Yarg. HGK., E. 2017/11120, K. 2019/334, 21.03.2019, (<https://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2017-11-120.htm#:~:text=Sulhun%20et-kisi%20HMK'n%C4%B1n%20315,gerek%20olmaks%C4%B1z%C4%B1n%20davay%C4%B1%20sona%20erdirir>). E.T. 08.11.2024): Sulh, ilgili olduğu davayı nihayete erdirerek kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Mahkeme içi sulhte mahkeme tarafından bir hüküm verilmesine gerek olmaksızın mahkeme davaya son vermektedir.

145 Sulh sözleşmesi, isimsiz sözleşmelerdendir. Daha önce “İkale ile İbra Sözleşmesinin Karşılaştırılması” başlığı altında isimsiz sözleşmelerden ne anlaşılması gerektiğine dair açıklamalar yaptığımız için tekrara düşmemek adına bir daha isimsiz sözleşmeleri açıklamayacağız. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay, s. 264 vd.

146 Rona **Serozan**/Başak **Baysal**/Kerem Cem **Sanlı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 112-113; **Özyörük**, s. 63-65.

147 Hızır, s. 31-32; **Duman**, s. 17-19.

kavramdır.¹⁴⁸ Hatta miras hukukunda dahi sulh sözleşmesine rastlamak mümkündür.¹⁴⁹ Ancak diğer hukuk dallarıyla mukayese edildiğinde çalışma konumuzun daha ziyade iş hukukunu ilgilendirmesi hasebiyle diğer hukuk dalları açısından sulh sözleşmesini incelemek yerine çalışma konumuzla ilgili olduğu nispette iş hukuku açısından sulh sözleşmesini incelemek isabetli olacaktır.

İş hukuku açısından sulh sözleşmesi, tarafların aralarında kurmuş oldukları iş ilişkisine dayalı olarak ortaya çıkan fazla çalışma, ücret vb işçilik alacaklarına ilişkin konularda ortaya çıkan anlaşmazlığı karşılıklı olarak fedakarlıkta bulunmak suretiyle sona erdirdikleri bir sözleşmedir.¹⁵⁰

Yargıtay, işçi ve işveren arasında yapılmış olan sulh sözleşmesi ile feshin geçerli nedene dayanamayacağı ve işçinin işe iade davası açmayaacağı yönündeki anlaşmanın geçersiz olacağına hükmetmiştir.¹⁵¹ Ayrıca Yargıtay sulh sözleşmesinin ikale sözleşmesi gibi bir sözleşme olmadığını ifade etmiştir.¹⁵²

Yapılan açıklamalardan hareketle sulh sözleşmesi ile taraflar karşılıklı ödünde bulunarak aralarında mevcut olan bir hukuki ilişkide ortaya çıkan anlaşmazlığı veya belirsizliği sona erdirmektedir.¹⁵³ Anlaşılacağı üzere ikale ile sulh sözleşmesi arasındaki temel ayırt edici husus, “karşılıklı fedakarlık” unsurudur.¹⁵⁴ Sulh sözleşmesinde taraflar aralarındaki bir hu-

148 <https://www.lexist.com.tr/yayinlarimiz/sulh-sozlesmesi-ve-hukuki-sonuclari/> E.T. 14.01.2024.

149 Esra **Çetinkaya**, “Miras Hukukunda Sulh Sözleşmesi: Üsküdar ve Bursa Örneği (1501-1558)”, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, C.1, İstanbul 2016, s. 140-142.

150 **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 1990-1991; **Kaygısız**, s. 47-48.

151 Yarg. 9. HD., E. 2004/16670, K. 2004/29135, 24.12.2004, (<https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2004-16670-k-2004-29135-t-23-12-2004-feshin-ge-199-erli-sebebe-dayandirilmesi/254399/> E.T. 18.01.2024).

152 Yarg. 9. H.D., E. 2016/26503, K. 2017/18895, 23.11.2017, (www.kazanci.com, E.T. 20.01.2024): Sulh sözleşmesinin yapılabilmesi için taraflar arasında bir anlaşmazlığın varlığı gerekli olup, ikale sözleşmesinde taraflar arasında bir anlaşmazlığın olmasına gerek yoktur. Zira ikale sözleşmesi yapmak suretiyle taraflar karşılıklı anlaşmaya varmak suretiyle aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmektedir. Sulh sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir sözleşme iken ikale sözleşmesi kanun ile düzenlenmemiştir.

153 **Demirkan Ekici**, s. 13-14; **Özyörük**, s. 63-65.

154 Yarg. HGK., E. 1997/86, K. 1997/339, 16.04.1997 (<https://www.yargitaYarg.gov.tr>, E.T. 23.01.2024).

kuki ilişkiye dayalı anlaşmazlığı karşılıklı fedakarlıklarda bulunmak suretiyle sonlandırmaktadır.¹⁵⁵ İkaleda ise tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunması söz konusu olmayıp, taraflar karşılıklı anlaşarak aralarındaki hukuki ilişkiyi tamamen ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca tarafların ikale yoluna başvurabilmeleri için aralarında mutlaka bir hukuki anlaşmazlığın olması gerekli değildir.¹⁵⁶

İş hukuku açısından da sulh sözleşmesinde işçi ve işveren aralarındaki ilişkiden kaynaklanan işçilik alacaklarına ilişkin yaşadıkları bir uyuşmazlığı karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle sona erdirmektedir.¹⁵⁷ İkaleda ise işçi ve işveren işçilik alacağına ilişkin bir borcu değil, komple aralarındaki iş sözleşmesini ortadan kaldırmaktadır.¹⁵⁸ Yargıtay, işverenin geçerli nedenin olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesini feshedip, işçi ile sulh sözleşmesi imzalaması halinde, imzalanan sulh sözleşmesinin iş sözleşmesini ortadan kaldırmayacağını, imzalanan bu sözleşmenin ikale sözleşmesi olmayacağını, işverenin geçerli nedenin varlığını ispatlaması gerektiğini ortaya koymuştur.¹⁵⁹ Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü yerindedir. Zira sulh sözleşmesi bir ikale sözleşmesi değildir ve geçerli neden olmamasına karşın bu yolla geçerli neden varmış gibi işverenin hareket etmesi söz konusu değildir. İşverenin geçerli nedenle iş akdini feshedebilmesi için geçerli nedenin oluşması gerekmektedir.

Ayrıca Yargıtay hiçbir makul yarar olmaksızın iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek için ikale sözleşmesi vasıtasıyla da iş sözleşmesinin ortadan kaldırılamayacağını ifade etmiştir.¹⁶⁰ Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü yerinde olmakla birlikte işverenin iş güvencesi hükümlerini delmek gibi bir maksadı olmadığını ispatlaması halinde makul yarar konusunda çok katı hareket edilmeyerek bazı esnekliklerin sağlanması mümkün olabilmelidir.

155 Yasin **Erdoğan**, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, 2014, s. 26; **Duman**, s. 17-19.

156 **Savaş**, s. 118-120; **Melekoğlu Keser**, s. 20-22; **Akyiğit**, s. 123-125.

157 **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 1990-1991; **Kaygısız**, s. 47-49.

158 **Demirkan Ekici**, s. 13; **Melekoğlu Keser**, s. 15-17.

159 Yarg. 9. HD., E. 2012/30186, K. 2013/4823, 11.02.2013, (<https://karararama.yargitay-yarg.gov.tr/E.T.17.01.2024>).

160 Yarg. 9. HD., E. 2016/29504, K. 2017/17925, 09.11.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-29504-k-2017-17925-t-9-11-2017E.T.08.11.2024>).

C. İkale İle Feragat Karşılaştırması

Kavramsal açıdan feragat, hakkından kendi isteğiyle vazgeçme, el çekme anlamlarına gelmektedir.¹⁶¹ Buna göre genel olarak feragat, bir kişinin hakkından vazgeçmesi olarak ifade edilebilir.¹⁶² Önemle belirtmek gerekir ki, hiç kimsenin kendi lehine olsa dahi dava açmaya veya açmış olduğu bir davayı takip etmeye zorlanması söz konusu değildir. Bu nedenle bir kişinin açmış olduğu bir davayı feragatte bulunmak suretiyle sona erdirmesi mümkündür. Ayrıca davadan feragat tek taraflı bir irade açıklamasıdır ve söz konusu irade beyanı mahkemeye ulaştığı anda tüm sonuçlarını doğurmaktadır.¹⁶³ Dolayısıyla feragatin geçerli olabilmesi için mahkemenin veya karşı tarafın feragati kabul etmesine gerek yoktur.¹⁶⁴ Bir kişi feragat yoluyla aynı hakkından vazgeçebileceği gibi dava hakkından da vazgeçmektedir.¹⁶⁵ Feragat yoluyla dava hakkından vazgeçen kişinin bir daha dava açması mümkün değildir. Bunun dışında feragatin söz konusu olabilmesi için ortada doğmuş bir hakkın olması gerekmektedir. Zira doğmamış bir haktan feragat edilmesi söz konusu değildir.¹⁶⁶

Görüldüğü gibi ikale ile feragat birbirinden farklıdır. Feragat tek taraflı bir hukuki işlem iken, ikale iki taraflı bir hukuki işlemdir.¹⁶⁷ İkalede taraflar anlaşarak aralarındaki hukuki ilişkiyi tamamen ortadan kaldırmaktadır.¹⁶⁸ İkale ile feragatin bir farkı da şu noktada kendini göstermektedir. İkalede taraflar aralarındaki sözleşmenin sona ermesi için anlaşmaktadır. İkalede tarafların dava hakkından vazgeçmesi söz konusu değildir. Ancak feragatte ise kişi dava hakkından vazgeçmektedir.¹⁶⁹ Şu hususu da belirtelim ki, feragat yoluyla davacının davaya ilişkin taleplerinin bir kısmından vazgeçmesi mümkün olmakla birlikte, davaya ilişkin taleplerinin tamamından vazgeçmesi de mümkündür.¹⁷⁰ Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesi hükmü doğrultusunda hareket edilmektedir.¹⁷¹

161 TDK, Büyük Türkçe Sözlük, s. 124, [http://esgici.net/012sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20\(TDK\)%20\(PDF.%209.9%20MB\).pdf](http://esgici.net/012sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20(TDK)%20(PDF.%209.9%20MB).pdf), (E.T.27.01.2024).

162 Yurduseven, s. 17; Kaygısız, s. 48.

163 Demirkan Ekici, s. 15; Yıldırım Coşkun, s. 71-72.

164 Çil, s. 78-79; Kaygısız, s. 48.

165 Yurduseven, s. 17; Melekoğlu Keser, s. 17-18.

166 Demirkan Ekici, s. 15; Akyiğit, s. 122-124; Astarlı, s. 36-37.

167 Çil, s. 79; Duman, s. 58-60; Melekoğlu Keser, s. 18-20.

168 Oğuzman/Öz, s. 545; Akyiğit, s. 125-126.

169 Demirkan Ekici, s. 15; Yıldırım Coşkun, s. 71-73.

170 Gerek, s. 52.

171 Yarg. 4. H.D., E. 2017/3187, K. 2017/4600, 06.07.2017 (www.kazanci.com, E.T. 22.01.2024).

Anlaşılabileceği üzere bir kişinin hakkından vazgeçtiği durumlar feragat olarak nitelendirilmektedir. Buna göre bir kişinin aynı hakkından vazgeçmesi veya dava hakkından vazgeçmesi gibi durumlarda sıklıkla feragat söz konusu olmaktadır.¹⁷²

İş hukuku açısından konuyu ele aldığımızda ikalede taraflar iş sözleşmesinin sona ermesi için anlaşmakla birlikte, dava hakkından vazgeçmektedir. Bu nedenle işçi ile işveren aralarında ikale sözleşmesi yapmış olsalar dahi, işçi dava açarak işçilik hak ve alacaklarını talep edebilmektedir.¹⁷³ Ayrıca iş sözleşmesi devam ederken iş güvencesi haklarından işe iade talebinden feragat geçerli sayılmamaktadır. Bunun içindir ki, feragatnamenin tarihi, ikale sözleşmesinin tarihinden ileriki bir tarih olmalıdır. Ayrıca feragatnamenin tarihi ile ikale sözleşmesinin tarihi arasında bir aydan az bir sürenin olması yerinde olacaktır. Zira işe iade davasının açılabilmesi için bir aylık süre sınırlaması bulunmaktadır. Keza bir aylık süre hak düşürücü süre olup, bir ay geçtikten sonra işe iade davası açılmayacak, ortadan kalkan bir haktan feragat etmek de mümkün olmayacaktır.¹⁷⁴

Önemle belirtmek gerekir ki, iş güvencesine ilişkin düzenlemeler işvereni sınırlandıran, mutlak emredici nitelikte, kamu düzenine ilişkin hükümlerdir.¹⁷⁵ İş güvencesi hükümleri sadece iş güvencesinden yararlanan işçinin menfaatini değil, toplumun menfaatini de dikkate almaktadır. Bir başka ifadeyle iş güvencesine ilişkin hükümler hem bireyin hem de kamunun menfaatini gözetmektedir.¹⁷⁶

Yargıtay da iş güvencesine ilişkin hükümlerin hem bireysel hem de kamusal menfaatini koruduğunu ve iş güvencesine ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu nedenle feragat yoluyla işe iade davası açma hakkının ortadan kaldırılamayacağını, dolayısıyla işe iade davası açma hakkından önceden feragat edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁷⁷ Bununla birlikte işverenler işe iade davasına maruz kalmamak için ikale yoluna başvurabilmektedir.¹⁷⁸ Zira işveren geçerli bir neden olmaksızın iş

172 Yurduseven, s. 17; Yıldırım Coşkun, s. 72-73.

173 Demirkan Ekici, s. 15; Kaygısız, s. 48-49; Gerek, s. 47-49.

174 Gerek, s. 52-53.

175 Süzek, s. 592; Sami Narter, İş Güvencesi İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 33.

176 Tankut Centel, İş Güvencesi, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 9; Süzek, s. 592-593; Narter, İş Güvencesi İşe İade Davaları ve Tazminatlar, s. 23-25.

177 Yarg. 9. HD., E. 2007/37496, K. 2008/13783, 03.06.2008, ((www.kazanci.com), E.T. 22.01.2024).

178 Karaç, s. 408; Melekoğlu Keser, s. 30-32; Gerek, s. 48-50.

akdini feshettiği vakit, işçi işe iade davası açarak işe geri dönebilmektedir.¹⁷⁹ Ancak işveren işçi ile ikale sözleşmesi yaparak anlaştığı vakit geçerli bir neden olmasa dahi, iş sözleşmesini ortadan kaldıracıdır. Böyle bir durumda işveren geçerli bir neden göstermek zorunda olmakla birlikte, işe iade davasından da kurtulmuş olmaktadır. Ayrıca işe iade sürecinde bir de işverenin feshin geçerli nedene dayandığını ispat mükellesi bulunmaktadır.¹⁸⁰ Ancak ikale ile sözleşmenin sonlandırılması halinde işçi ikalenin geçersiz olduğunu idda ettiğinde bu iddiasını ispatlamak zorundadır.¹⁸¹

Görüldüğü üzere ikale sözleşmesi yapmak işverenin daha lehinedir. Bu nedenle öğretiyeye göre iş güvencesi hükümlerini dolanmak veya geçersiz feshi gizlemek kastıyla işverenin ikale yoluna başvurması mümkündür.¹⁸² İşverenin bu amaçla hareket ettiğinin tespiti halinde ikale yolunun kısıtlanması gerekir.¹⁸³ Ancak, işverenin iş güvencesi hükümlerini dolandığı veya geçersiz feshi gizlediği ya da irade fesadı¹⁸⁴, hallerinin olduğu durumlar dışında ise ikale yolunun kısıtlanmaması gerekmektedir.¹⁸⁵ İş güvencesi açısından feragati ele aldığımızda “iş güvencesinden feragat” şeklinde bir uygulama karşımıza çıkmaktadır. Bu durum iki şekilde söz konusu olmaktadır. İlk olarak işveren iş sözleşmesini feshettiğinde işçi işe iade davası açmakta ancak daha sonra açtığı davadan feragat etmektedir. Böyle bir durumda dava düştüğü gibi, işçi davayı kazansaydı işçinin elde edeceği haklar da ortadan kalkmaktadır. Böyle bir durumda iş güvencesinden feragat geçerli olmaktadır. Ancak işe iade davası açmadan önce bir aylık süre içinde işçinin iş güvencesinden feragat etmesi halinde bu feragat

179 Gaye **Baycık**, “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, AÜHFD, C. 55, S.1, 2006, s. 115; **Akyiğit**, s. 324-325.

180 Yarg. 9. HD., E. 2016/34608, K. 2017/17263, 02.11.2017, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T. 13.09.2022).

181 **Karaç**, s. 408.

182 Savaş **Taşkent**, “İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi”, Kamu İş, C. 14, S. 4, 2011, s. 5.

183 **Demirkan Ekici**, s. 16; **Gerek**, s. 52-54.

184 Yarg. 9. HD., E. 2015/27647, K. 2016/7838, 30.03.2016 (www.kazanci.com.tr/https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2015-27647-k-2016-7838-t-30-3-2016 E. T. 11.12.2023): İrade fesadı hallerinin varlığı halinde geçerli bir ikaleden bahsetmek söz konusu değildir. Zira geçerli bir ikaleden söz edebilmek için tarafların özgür iradeleri ile anlaşmaya oturması ve makul yararın bulunması gerekmektedir.

185 **Taşkent**, s. 5; **Demirkan Ekici**, s. 16-18.

geçerli olmayacaktır.¹⁸⁶ Yargıtay da işe iade davası açılmadan işçinin davadan feragat edemeyeceğini, ancak işe iade davası açıldıktan sonra isterse davadan feragat edebileceğini ifade etmiştir.¹⁸⁷ Zira doğmamış bir haktan feragat etmek söz konusu değildir.¹⁸⁸ Ayrıca öğretide, iş sözleşmesi devam ederken işçinin işini kaybetmemek için iş güvencesinden feragat etmek zorunda kalabileceğini, bunun yanında iş sözleşmesi sona ermiş olsa dahi 1 aylık işe iade davası açma süresi içinde, iş güvencesinden feragat etmemesi halinde işverenin işçiye tazminatlarını ödemeyeceği tehdidinde bulunabileceğini, bu nedenle dava açıldıktan sonra işçinin feragat yoluna gidebileceğini ifade etmiştir.¹⁸⁹ Nitekim işçinin serbest iradesinin bir ürünü olmayan, iş güvencesi hükümlerini etkisiz kılmak amacıyla yapılan feragatnameleri geçerli kabul etmek söz konusu değildir. Zira bu amaçla yapılan ikale sözleşmelerini de geçerli kabul etmek mümkün değildir.¹⁹⁰ Ayrıca her durumda koşulsuz şekilde iş güvencesinden feragatin geçerli olacağını kabul etmek iş hukukunun temel mantalitesi ile örtüşmeyecektir.¹⁹¹

Kanaatimizce Yargıtay'ın ve öğretinin görüşü yerinde olup, işçinin feragat hakkının sınırlandırılması isabetlidir. Zira dava açmadan önce de işçinin feragatinin geçerli olması halinde, işçi işverenin baskısına maruz kalabilecek ve işverenin baskıları neticesinde iş güvencesine ilişkin haklarından vazgeçebilecektir.

Bu çalışmada ikale sözleşmesi ile benzer müesseseleri karşılaştırırken bir sınırlandırma getirmek suretiyle konu incelenmiştir. Bu bağlamda ikale sözleşmesi; ibra sözleşmesi, sulh sözleşmesi ve feragat sözleşmesi ile karşılaştırılmıştır. Literatürde ikale sözleşmesini benzer müesseselerle karşılaştıran çalışmalarda ya da ikale sözleşmesini ele alan ancak bu konuya başlık açan çalışmalarda ikale sözleşmesinin fesih veya arabuluculuk müesseseleri ile karşılaştırıldığı da görülmektedir. Lakin ikale sözleşmesinin bir sözleşme olması, muhtevası, hüküm ve sonuçları göz önünde bulundurulduğunda kapsam itibarıyla bu tür bir çalışmada ikale sözleşmesini, ibra, feragat ve sulh sözleşmesi ile karşılaştırmanın yeterli olacağı kanaatindeyiz. Zira fesih veya arabuluculuk müesseselerini ele aldığımız

186 **Gerek**, s. 52; **Taşkent**, s. 5-8.

187 Yarg. 9. HD., E. 2006/27096, K. 2006/33863, 25.12.2006, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E.T. 19.01.2024).

188 **Yurduseven**, s. 17; **Yıldırım Coşkun**, s. 72-73.

189 **Demirkan Ekici**, s. 16.

190 Yarg. 9. HD., E. 2015/27608, K. 2016/7212, 24.03.2016, (<https://www.yargitay.gov.tr/> E.T. 10.11.2024).

191 **Gerek**, s. 52; **Kaygısız**, s. 48-50.

mızda, ikale sözleşmesi ile fesih sözleşmesini karşılaştıran ya da ikale sözleşmesi ile arabuluculuğu karşılaştıran ayrı bir çalışmanın yapılmasının daha doğru olacağı kanaatini taşımaktayız.

SONUÇ

İkale sözleşmesi yapmak suretiyle tarafların aralarındaki bir sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür. Tarflar, yeni yaptıkları bir sözleşme ile aralarındaki sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. İkale sözleşmesi ile taraflar arasındaki sözleşmenin tamamı sona ermekte olup, sözleşmenin bir kısmının sona ermesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.

İkale sözleşmesi ile geniş anlamda borç ilişkisi sona ermektedir. İkale sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme olup, tarafların karşılıklı iradelerin örtüşmesi halinde vücut bulmaktadır. Bu bağlamda ikale tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, tarafların karşılıklı mutabakata varamaması halinde ikaleden bahsetmek söz konusu değildir. Ayrıca ikale sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Ancak bazı durumlarda ikale sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürerler de bulunmaktadır.

İkale sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Bu nedenle ikale sözleşmesi açısından öğreti ve yargı kararları büyük önem taşımaktadır. Türk Hukuku'nda da ikale sözleşmesi öğreti ve yargı kararları eşliğinde gelişmiş ve şekillenmiştir.

İkale sözleşmesi borçlar hukuku açısından önemli bir kurum olmakla birlikte, iş hukuku açısından da önemli bir kurumdur. Ancak iş hukuku sistematğinde ikale sözleşmesine mesafeli yaklaşılmış ve işçinin ikale sözleşmesi yapabilmesi için makul yararının ve ek menfaatinin olması gerektiği kabul edilmiştir. Zira hiçbir ek menfaati olmaksızın işçinin ikale sözleşmesi yapması hayatın olağan akışına aykırı bir durumdur. Bu nedenle ikale önerisinin kimden geldiğine de bakılmış, ikale önerisinin işverenlerden gelmesi halinde bu durumun düşünülmesi gerektiği kabul edilmiştir.

İkale sözleşmesi geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmektedir. Bu yönüyle ikale sözleşmesi ibra sözleşmesinden ayrılmaktadır. Ancak, ikale sözleşmesi ile ibra sözleşmesi arasında ortak noktalar da bulunmaktadır. Zira ibra sözleşmesini düzenleyen TBK m. 132 hükmü ikale sözleşmesi için de uygulanabilmektedir. Ancak ibra sözleşmesi ile ikale sözleşmesi farklı sözleşmelerdir.

İbra sözleşmesi ile tek tek alacak kalemleri sona erdirilmekle birlikte, ikale sözleşmesinde tamamen borç ilişkisi sona ermektedir. Bu nedenle

ikale sözleşmesi ibra sözleşmesine göre daha geniş kapsamlıdır. Taraflar arasında ikale sözleşmesi yapıldığı vakit, taraflar arasındaki borç ilişkisi komple sona ermektedir.

Sulh sözleşmesi de ikale sözleşmesi gibi bir sözleşmedir. Sulh sözleşmesi ile taraflar karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarında mevcut olan bir hukuki ilişkide ortaya çıkan anlaşmazlığı veya belirsizliği sona erdirmektedir. Ancak ikale sözleşmesi ile sulh sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir. İ kale ile sulh sözleşmesi arasındaki temel ayırt edici nokta, “karşılıklı fedakarlık” unsurudur. Sulh sözleşmesinde taraflar aralarındaki bir hukuki ilişkiye dayalı anlaşmazlığı karşılıklı fedakarlıklarda bulunmak suretiyle sona erdirmektedir. İ kalede ise tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunması söz konusu olmayıp, taraflar karşılıklı anlaşmak suretiyle aralarındaki hukuki ilişkiyi tamamen ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca tarafların ikale yoluna başvurabilmeleri için aralarında mutlaka bir hukuki anlaşmazlık olması şart değildir. Taraflar aralarında bir hukuki anlaşmazlık olmasa dahi karşılıklı anlaşarak aralarındaki sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırabilmektedir.

İ kale ile benzerlik gösteren bir diğer müessese de feragattir. Feragat genel olarak bir kişinin bir ayni hakkından ya da dava hakkından vazgeçmesidir. Ancak ikale ile feragat birbirinden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Zira feragat tek taraflı bir hukuki işlem iken, ikale iki taraflı bir hukuki işlemdir. Ayrıca ikalede tarafların dava hakkından vazgeçmesi söz konusu değildir. İ kale ile taraflar anlaşarak aralarındaki sözleşmeyi ortadan kaldırmaktadır. Feragatte ise kişi dava hakkından vazgeçebilmektedir.

Sonuç olarak ikale bir sözleşmedir. İ kale sözleşmesi, tarafların karşılıklı rızasına dayanan, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. İ kale sözleşmesi, taraflar arasındaki borç ilişkisini tamamen sona erdirmektedir. Taraflar yaptıkları yeni bir sözleşme ile aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmektedir. İ kale, tek taraflı bir hukuki işlem değildir. İ kale sözleşmesi, sahip olduğu bu karakteristik özellikleri ile benzer kurumlardan farklılaşmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıl**, Cenk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh Ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 4, 2012, s. 1-18.
- Akıncı**, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Bası, Seyran Yayınları, Konya 2004.
- Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Akkurt**, Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, DEÜHFD, C. 10, S. 2, 2008, s. 13-64.
- Antalya**, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Armağan**, Davut, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Astarlı**, Muhittin, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Güncellenmiş Yargıtay Kararları Bölümü Eklenmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi Ankara 2016.
- Atasoy**, Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Baycık**, Gaye, “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 115-134.
- Bedük**, Mehmet Nusret, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 2, 2019, s. 679-726.
- Berberoğlu, Yenipınar** Filiz, İbraname ve Feragat (Uygulama ve Örneklerle), Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Can**, Ozan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2011.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioglu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Centel**, Tankut, İş Güvencesi, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Çetinkaya**, Esra, Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi Üsküdar ve Bursa Şer’iyye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi (M. 1501-1551/H. 906-958), 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Çetinkaya**, Esra, “Miras Hukukunda Sulh Sözleşmesi: Üsküdar ve Bursa Örneği (1501-1558)”, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, C.1, İstanbul 2016.
- Çil**, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2020-2021 Yılları), 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.

Demir Yüce, Özlem, Vekalet Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2019.

Demirkan Ekici, Damla, İş Hukukunda İkale, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2019.

Demirsatan, Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2019.

Doğan, Mazlum, Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

Dönmezer, Özenç, Türk İş Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğünün Kapsam ve Sınırları, 1. Bası, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021.

Duman, Berna, Türk Hukukunda İkale, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Ekmekçi, Ömer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, S. 34, 2005, s. 3705-3711.

Erdoğan, Yasin, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, 2014.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Erkanlı, Betül, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2013.

Evren, Öcal Kemal, İşverenin El Kitabı, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Gerek Hasan Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, S. 4, 2011, s. 43-53.

Göç, Emine Esin, Türk İslam Borçlar Hukukunda “İkale”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2010.

Gümüş, Mustafa Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, 1. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015.

Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

Hekimler, Alpay, “Alman İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması-İkale Yoluyla Sonlandırılması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 16, S. 61, 2019, s. 23-28.

Hızır Aspav, Fatma, Sulh Sözleşmesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

<https://islamansiklopedisi.org.tr/arama/?q=ikale&p=m>. E.T. 15.12.2023.

<https://www.lexist.com.tr/yayinlarimiz/sulh-sozlesmesi-ve-hukuki-sonuclari/> E.T. 14.01.2024.

İkale Sözleşmesi veya Karşılıklı Anlaşma İle İşçi-İşveren İlişkisini Sonlandırma Sözleşmesi Kapsamında Tazminat, Yardım Benzeri Ödeme Yapılanlar Tarafından Bu Ödemeler Üzerinden Ödenen Gelir Vergisi Ve Damga Vergisini İade Talep Süreci, https://www.fordotosan.com.tr/documents/Rehber-Stopaj-lade.pdf?fbclid=IwAR20Ucbfhv8hYZqi7kIYyj7_ISfq8TVo_hld3sMLYKd3hUAQtavyqvGOyL6w E.T. 07.11.2024.

Kalkan, Akif, “İş Sözleşmesinde Fesih Halleri”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 281-314.

Karaç, Serkan Taylan, “Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve “Makul Yarar” Kavramı”, TAAD, Y. 13, S. 50, 2022, s. 385-416.

Karadağ, Bulut Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesinin Sözleşme Özgürlüğüne Getirdiği Sınırlamalar, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2012.

Karauz, Ağâh Kürşat, Sulh Sözleşmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Kaşak, Fahri Ertem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kaygısız, Himmet Berkay, Türk İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkartma Sürecinde İkale, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2022.

Kılıçoğlu, Mustafa, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Kılınç, Ayşe, “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, s. 503-521.

Kocağa, Köksal, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, TBB Dergisi, S. 79, 2008, s. 73-102.

Korkmaz, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhan, Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Korkmaz, Mustafa Halit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Kortaş, Arda, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kurt, Resul/Koç, Muzaffer, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Melekoğlu Keser, Burcu, İ kale ve İbra Sözleşmeleri, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018,

Metin, Uğur Can, “Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi”, ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016, s. 291-307.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1, 3. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.

Narter, Sami, Çalışanlar İçin Tazminatlar, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Narter, Sami, İş Güvencesi İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Oğuzman, Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.

Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, C. 55, S. 1, 1996, s. 263-296.

Özcan, Durmuş, İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Özcan, Durmuş, Uygulamalı İş Davaları, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Özcan, Durmuş/**Ocak** Uğur, Öğreti ve Uygulamada İbra Sözleşmesi (İbraname), 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Özdemir, Miray, Türk Hukuku'nda Borcun Yenilenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, 2021.

Özkan, Gürsel, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, International Conference On Eurasian Economies, 2016.

Özyörük, Hasan Ali, İ kale Sözleşmesi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Reisoğlu, sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Sarıhan, Banu Bilge, “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 99-120.

Savaş, Abdurrahman, “Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi”, TAAD, C. 7, S. 26, 2016, s. 105-141.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu İş, C. 7, S. 2, 2003, s. 2-16.

Serozan, Rona/**Baysal**, Başak/**Sanlı**, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

Şefkatlioğlu, Nihan/**Güneri** Onur, “Borcun veya Borç İlişkisinin Sona Ermesi”, <https://www.sch-legal.com/sch-legal-akademi/borcun-veya-borc-iliskisinin-sona-ermesi> (E.T.22.03.2024).

Taşkent, Savaş, “İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi”, Kamu İş, C. 14, S. 4, 2011, s. 1-7.

TDK, Büyük Türkçe Sözlük, [http://esgici.net/012sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20\(TDK\)%20\(PDF.%209.9%20MB\).pdf](http://esgici.net/012sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20(TDK)%20(PDF.%209.9%20MB).pdf), (E.T. 27.01.2024).

Tekinay, Selahaddin./**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1973.

Tuncay, A. Can, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, s. 649-654.

Tunçomağ, Kenan/**Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

Ünlütürk Ulutaş, Çağla/**Ulutaş**, Tefik Barbaros, “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 40, 2015, s. 327-339.

Yener, Mehmed Zahid, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borcunda Temerrüt, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

Yıldırım, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Monopol Yayınevi, Ankara 2023.

Yıldırım, Kadir, “Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 34, 2011, s. 34-103.

Yıldırım Coşkun, Arzu, Türk İş Hukukunda İkale, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Yurduseven, Şeyma, Borçlar Hukukunda İbra, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2013.

Yücer, İpek, “Yenileme (Tecdit)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, s. 239-260.

Yürekli, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Kentsel Dönüşüm Kapsamında Yeniden Bina
Yaptırılması Kararı ile Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı
İnşaat Sözleşmesindeki Paylaşım Esaslarının Yargısal
Denetimi**

**Judicial Review Of The Sharing Principles In The
Construction Contract In Return For Land Share Issued With
The Decision Of Reconstruction Of New Buildings Within The
Scope Of Urban Transformation**

  **Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR***

 10.60002/ebyuhfd.1657066

ÖZ

Meydana gelen her deprem, kentsel dönüşüm sürecinde karşılaşılan sorunları ve gecikmeleri yeniden gündeme getirmektedir. Bu sürecin hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi, can ve mal güvenliğinin sağlanması bakımından büyük öneme sahiptir. Devlet, yaşam hakkını koruma, insanlara sağlıklı ve dengeli bir çevre sağlama ve konut ihtiyacını karşılamaya yönelik tedbirleri alma yükümlü-

* Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 13.03.2025 | Kabul/Accepted: 18.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Özkan Özyakışır, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Yeniden Bina Yapılması Kararı ile Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesindeki Paylaşım Esaslarının Yargısal Denetimi”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (459-493).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

lûğü altındadır. Nitekim, kentsel dönüşüm sürecinde yaşanan sorunların ve gecikmeye sebep olan etkenlerin belirlenip ortadan kaldırılması, söz konusu yükümlülüklerin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, kentsel dönüşüm sürecinin hızlandırılması amacıyla, riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararının, hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu karara katılmayan paydaşların ise, arsa payları satışa çıkarılmaktadır. Uygulamada, yıktırılan riskli yapının bulunduğu arsada, genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi aracılığıyla yeniden bina yaptırılmaktadır. Fakat söz konusu sözleşmede öngörülen paylaşım esasları üzerinde sıklıkla uyuşmazlıklar yaşanır. Paylaşım esaslarını reddeden ve bu sebeple sözleşmeyi imzalamaktan kaçınan paydaşlar, arsa paylarının satış riski ile karşılaşır. Bu hâlde, kentsel dönüşüm kapsamında yeniden bina yaptırılması kararı ile düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının yargısal denetimi, sözleşmeyi imzalamaktan kaçınan paydaşların mülkiyet haklarının korunması bakımından büyük bir öneme sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Kentsel dönüşüm, mülkiyet hakkı, riskli yapı, arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesi, karar yeter sayısı, yargısal denetim.

ABSTRACT

Every earthquake brings the problems and delays encountered in the urban transformation process back to the agenda. The rapid and healthy execution of this process is of great importance in terms of ensuring the safety of life and property. The State is under the obligation to protect the right to life, to provide people with a healthy environment and to take measures to meet the need for housing. Actually, identifying and eliminating the problems experienced in the urban transformation process and the factors that cause delays arise as a requirement of these obligations.

To accelerate the urban transformation, the legislator has accepted that the decision to rebuild on the land where the risky building is located can be taken by the absolute majority of the shareholders in proportion to their shares. If the shareholders disagree, their land shares are put up for sale. In practice, a new building is usually constructed on the land where the demolished risky building is located through a construction contract in return for land share. However, disputes arise over the sharing principles stipulated in this contract. Stakeholders rejecting the sharing principles and refrain from signing the contract face the risk of sale of their land shares. Judicial review of the sharing principles in the construction contract in return for land share, which is organized with the decision to rebuild within the scope of urban transformation, is of great importance in terms of protecting the property rights of the shareholders who refrain from signing the contract.

Keywords: Urban transformation, property right, risky building, construction contract in return for land share, quorum, judicial review.

GİRİŞ

Türkiye’de kentsel dönüşümün hızlandırılması gerekliliği, Kahramanmaraş merkezli 6 Şubat 2023 tarihli depremle acı bir şekilde ortaya çıkmıştır. Can ve mal kayıplarına sebep olan söz konusu depremden sonra, beklenen büyük İstanbul depremi de düşünüldüğünde, kentsel dönüşümün hızlandırılması amacıyla kanun koyucunun bazı istisnâî düzenlemeler ihdas edip ivedilikle uygulamaya koyması, kaçınılmaz hâle gelmiştir. Her şeyden evvel devletin, yaşam hakkının korunması bakımından var olan pozitif yükümlülüğü bunu gerektirmektedir. Nitekim devlet, “*doğal olmayan*” ölüme karşı insanı korumakla yükümlüdür¹. Bunun yanı sıra, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY)² m. 56’da, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın, çevre kirliliğini önlemenin devletin temel görevleri arasında yer aldığı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, AY. m. 57’da, devletin konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alması anayasal bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen yükümlülükler ve görevler doğrultusunda 1984 tarihli Toplu Konut Kanunu³, 1985 tarihli İmar Kanunu⁴ ihdas edilmiş, ıslahimar planlarıyla gecekonduların apartman biçiminde dönüşümü sağlanmışsa da kentsel dönüşüm kavramı, ancak 1999 Marmara depremi ile ülke gündemine girmiştir⁵. 1999 Marmara depremi, riskli yapıların güçlendirilmesi (iyileştirilmesi) ya da yıktırılıp yeniden inşasının, kentlerin sağlıklı bir yapıya kavuşturulması bakımından, ne denli gerekli ve zorunlu olduğunu yetkili kurumlara göstermiştir. Bu bağlamda kentsel dönüşümle ilişkin mevzuat çalışmaları hız kazanmıştır. 2003 yılından itibaren çeşitli yasal düzenlemelerle Toplu Konut İdaresi (TOKİ)’ye imtiyazlı yetkiler verilmiş, kentsel dönüşüm uygulamalarında TOKİ önemli bir rol üstlenmiştir⁶. Nitekim, kentsel dönüşümle ilişkin ulusal ölçekte doğrudan yasal bir

-
- 1 Ayşe **Özkan Duvan**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 661; Ayrıca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü dolayısıyla “deprem dirençli yaşam alanları” oluşturmak zorundadır. Bkz. Erkan **Duymaz**, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sorunları”, Ankara Barosu Dergisi, C. 81, S. 3, 2023, s. 238.
 - 2 Resmî Gazete (RG), 09.11.1982, S. 17863.
 - 3 RG, 17.03.1984, S. 18344.
 - 4 RG, 09.05.1985, S. 18749.
 - 5 Fidan **Yolcu**, “Türkiye’de Kentsel Dönüşümün Yasalar ve Aktörler Üzerinden Dönemsel Olarak Değerlendirilmesi”, Planlama Dergisi, C. 31, S. 3, 2021, s. 395, 396.
 - 6 **Yolcu**, s. 398.

düzenleme, ancak 31.05.2012 tarihli 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁷ ile yürürlüğe girmiştir. Öz itibarıyla, 6306 sayılı Kanun'un amacı, riskli yapıların güçlendirilmesine (iyileştirilmesine) ve yıktırılıp yeniden inşasına dair usul ve esasları belirlemektir⁸. Sonrasında 6306 sayılı Kanun'a dayanılarak 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği⁹ ihdas edilmiştir¹⁰. Uygulama Yönetmeliği'nin amacı, "16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca, riskli yapılar ile riskli alan ve rezerv yapı alanlarının tespitine, riskli yapıların yıktırılmasına, yapılacak planlamaya, dönüştürmeye tabi tutulacak taşınmazların değerinin tespitine, hak sahibi olacaklarla yapılacak anlaşmaya ve yapılacak yardımlara, yeniden yapılacak yapılara ve 6306 sayılı Kanun kapsamındaki diğer uygulamalara ilişkin usûl ve esasları belirlemektir." Nitekim riskli yapıların tespiti ve sağlıklı bir yapıya dönüştürülmesi amacıyla çalışmalara başlanmıştır. Ancak bu dönemde kentsel dönüşüm süreci, istenen hızda gitmemiştir. Bu kapsamda, kentsel dönüşüm sürecinin hızlandırılması hususunda bazı tedbirler görüşülürken ve konu hakkında revizyon çalışmaları yürütülürken önemli oranda yıkıma ve can kayıplarına sebep olan Kahramanmaraş merkezli 6 Şubat 2023 depremi meydana gelmiştir. Söz konusu depremle, kentsel dönüşüm sürecinde yaşanan aksaklıklar ve sürecin uzamasına ilişkin tartışmalar yeniden gündeme gelmiştir. Nihayetinde, 31.05.2012 tarihli 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'da değişiklikler yapılmasına dair bir kanun teklifi sunulmuştur. Söz konusu kanun teklif, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'den geçerek 7471 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹¹ başlığı ile yürürlüğe girmiştir.

7 RG, 31.05.2012, S. 28309; Kentsel dönüşüm uygulamaları, esas itibarıyla 6306 sayılı Kanun kapsamında yürütülmektedir. Bu sebeple, 6306 sayılı Kanun, uygulamada "Kentsel Dönüşüm Kanunu" olarak anılmaktadır. Bkz. Emrehan İnal, Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapılar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 13.

8 6306 sayılı Kanun m. 1: "Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir."

9 RG, 15.12.2012, S. 28498.

10 Bundan böyle çalışmamızda, 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, "Uygulama Yönetmeliği" olarak anılacaktır.

11 RG, 09.11.2023, S. 32364.

7471 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesinde, Kahramanmaraş merkezli 6 Şubat 2023 depreminin kentsel dönüşüm çalışmalarının gözden geçirilmesi, hızlandırılması ve ivedilikle tamamlanması yönünde bazı tedbirlerin alınması gerekliliğini ortaya çıkardığı vurgulanmıştır. Dönüşüm sürecini aksatan, geciktiren hususların gözden geçirildiği, sürecin hızlandırılması amacıyla ilgili değişikliklerin yapılmasının elzem olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Genel Gerekçede, dönüşüm uygulamalarını hızlandırmak maksadıyla, *“özellikle riskli yapı tespiti, riskli yapıların tahliyesi ve Kanun kapsamında hisse satışı işlemlerinde tebligat sürecinin yeniden düzenlenmesi, riskli yapı tespiti ve yıkım işlemlerinde karşılaşılan engellemeleri ortadan kaldıracak tedbirlerin alınması, maliklerin yapılacak uygulamalar konusunda karar alma süreçlerinin kısaltılması ve neticede yeni yapının yapımına bir an evvel başlanılması için gerekli tedbirlerin alınması...”* noktalarında değişikliklerin gerektiğinin altı çizilmiştir¹². Söz konusu değişikliklerin ortak noktasının, kentsel dönüşüm sürecinin mümkün olan en kısa sürede tamamlanması amacına yönelik olduğu ifade edilebilir.

Çalışma konumuz bakımından 7471 sayılı Kanun'la getirilen en önemli değişiklik, riskli yapının bulunduğu arsada¹³ yeniden bina yaptırılmasına ve bu çerçevede arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsanın yeniden değerlendirilmesine, hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınabilmesine olanak tanınmasıdır (7471 sayılı Kanun m. 10)¹⁴. Kanun değişikliğinden önce söz konusu karar, *“en az üçte iki çoğunluk”* ile alınabilirken; 7471 sayılı Kanun'la bu oran *“salt çoğunluk”*

12 Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/35e57126-4640-4619-9fb9-7f613290309d.pdf>, E.T. 12.01.2025.

13 Taşınmaz mülkiyetinin konusunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 704'te düzenlendiği ve bu hükümde arsa değil arazi kavramına yer verildiği yönündeki terimsel eleştiriler için bkz. Etem Saba **Özmen**, “6306 Sayılı Yasa Kapsamında Taşınmaz Hukukuna Dayalı Eleştiriler”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2019, s. 45; Etem Saba **Özmen**/Mehmet **Şengül**, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 25; Gerçekten de, 6306 sayılı Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde “arsa” yerine “arazi” ifadesin kullanılması, daha doğru ve isabetli bir tercih olurdu. Ancak çalışmamızın esasına doğrudan etki eden bir husus olmadığından ve ilgili mevzuatta da “arsa” kavramı kullanıldığından çalışmamızda da bu ifade tercih edilmiştir.

14 7471 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile, 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci, ikinci ve on dördüncü fıkralarında yer alan “en az üçte iki” ifadesi “salt” şeklinde değiştirilmiştir.

olarak değiştirilmiştir. Böylece karar alma sürecine önemli oranda hız kazandırmak amaçlanmıştır. Zira maliklerin tamamı veya nitelikli çoğunluğu ile karar almak suretiyle hareket edilmek istendiğinde, sürecin tıkan-
dığı, yürümediği görülmüştür¹⁵.

Uygulamada kentsel dönüşüm kapsamında riskli yapının yıktırılması hâlinde ortaya çıkan arsada, ekseriyetle arsa payı karşılığı inşaat sözleş-
mesi yoluyla yeniden bina yaptırılması kararı alınmaktadır. Ancak bu nok-
tada, sıklıkla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esasları
üzerinde uyuşmazlıkların ortaya çıktığı görülmektedir. Özellikle, yapıl-
ması planlanan yeni binada eski kat maliklerine verilecek olan bağımsız
bölümlerin büyüklüğü (brüt ve net inşaat alanı), bulunduğu kat, cephe ve
manzarası, uyuşmazlık konularının başında gelmektedir¹⁶. Böyle durum-
larda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarını redde-
den paydaşlar, sözleşmeyi imzalamaktan kaçınabilirler. Ne var ki, yeterli
çoğunluk (hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu) imzaladığı tak-
tirde, yeniden bina yaptırılması kararını ve arsa payı karşılığı inşaat söz-
leşmesini imzalamaktan kaçınan paydaşların arsa paylarının satışı gün-
deme gelir. Zira hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğunun imzası-
nın sağlanması hâlinde, imzadan kaçınan paydaşların arsa payları, Kentsel
Dönüşüm Başkanlığınca rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az
olmamak üzere satışa çıkarılmaktadır (6306 sayılı Kanun m. 6 ve Uyg-
lama Yönetmeliği m. 15). Bu durum, ciddi tartışmaları da beraberinde ge-
tirmiştir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım
esaslarını kabul etmeyip imzadan kaçınan paydaşların (azınlığın), arsa
paylarının satışı kararına karşı başvurabilecekleri hukukî koruma imkân-
larının bulunup bulunmadığı meselesi tartışma konusu olmuştur. Gerçek-
ten de, yeterli hukukî korumanın sağlanmadığı bir durumda, anayasayla

-
- 15 Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'nun 10. Madde Gereğesi, bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/35e57126-4640-4619-9fb9-7f613290309d.pdf>, E.T. 12.01.2025; Ayrıca bkz. Gül Üstün/Alı Bulut, "Kanun Koyucunun Amacı Bağlamında 7471 Sayılı Kanunun Öngördüğü Kentsel Dönüşüm Sürecine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, C. 19, S. 61, Ocak 2024, s. 11.
- 16 Meryem Günay, "Riskli Yapılarda Ortak Karar Protokolüne Karşı Açılan Davalar ve Hâkimin Müdahalesi", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 14, Temmuz 2016, s. 111.

güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkının ihlalden bahsedilebilir¹⁷. Bir yandan yaşam hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı güvence altına alırken; diğer yandan mülkiyet hakkı gözetilmeli ve bu hakka yönelik gerekli hukukî koruma imkânı sağlanmalıdır¹⁸.

Çalışmamızda, kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması amacıyla düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarına yönelik yargı denetimi ele alınmıştır. Böylece mülkiyet hakkına yönelik yeterli hukukî korumanın sağlanıp sağlanmadığı hususunda da değerlendirmelerde bulunulmuştur. Konu, riskli yapının iyileştirilmesinin (güçlendirilmesinin) teknik olarak mümkün olmadığı, yıktırılmasının zorunlu olduğu durumlarla sınırlı olarak incelenmiştir. Ayrıca kentsel dönüşüm uygulama sürecinde çokça idari işlem söz konusu olmaktadır. Çalışmamızda, bu idari işlemlere ve idari yargı yoluna, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, ilgili olduğu yerde gerektiği kadar yer verilmiştir.

I. KENTSEL DÖNÜŞÜM KAPSAMINDA YENİDEN BİNA YAPTIRILMASI KARARI

A. Yeniden Bina Yaptırılması Kararının Ön Safhası

Kentsel dönüşüm kapsamında riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararının verilebilmesi için öncelikle 6306 sayılı Kanun gereğince “*Riskli Yapı Tespiti*”nin yapılması zorunludur. Söz konusu tespit gerçekleştirildikten sonra ise, yeniden bina yaptırılması kararı, “*Riskli Yapının Tahliyesi ve Yıktırılması*” süreçlerinin tamamlanmasından önce veya sonra verilebilir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına, yeniden bina yaptırılması kararının ön safhasına dair bazı açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

17 Turgut **Öz**, “Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 395; Sinan **Seçkin**, “6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve İdarenin Zor Kullanma Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2024, s. 485; **Duymaz**, s. 238, 242.

18 Murat **Tezcan**/Beyza **Canbolat**, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi”, S. 138, 2018, s. 117; **Öz**, s. 395; Kentsel dönüşüm uygulamalarında korunması gereken hukukî değerler için bkz. Berkcan **Bekem**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kentsel Dönüşüm Hukuku”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 95, S. 6, 2021, s. 26 vd.

1. Riskli Yapı Tespiti

a. Riskli Yapı Kavramı

Riskli yapı, 6306 sayılı Kanun m. 2/I-d’de tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre riskli yapı, *“Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı ifade eder.”* Bu hâlde, bir yapının riskli olduğunun kabulü için bahsi geçen hükümde belirtilen nitelikleri ve şartları taşıması gerekir. Söz konusu hüküm incelendiğinde, ancak üç tip yapının riskli yapı olarak kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, *“ekonomik ömrünü tamamlamış yapı”, “yıkılma riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı”* ve *“ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı”* riskli yapıdır¹⁹.

Bir yapının riskli kabul edilmesi bakımından, bu yapının riskli alan içinde veya dışında olması önem arz etmez. Dolayısıyla riskli alan dışında bulunan bir yapı da riskli yapı olarak nitelendirilebilir²⁰. Ancak bu yapının 6306 sayılı Kanun m. 2/I-d’de belirtilen üç tip yapıdan biri ile uyumlu olması gerekir. Riskli alan, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alandır (6306 sayılı Kanun m. 2/I-ç)²¹. Dolayısıyla bir yapı, Cumhurbaşkanı tarafından riskli alan ilan edilen bölgelerin dışında yer alsa dahi, ekonomik ömrünü tamamlamışsa ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilmişse, riskli yapı olarak kabul edilmek zorundadır²².

19 Emre **Açar**, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 57, 2024, s. 233; Nijat **Amıraslanlı**, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 53, 2023, s. 85.

20 Şeref **Ertas**, “Kentsel Dönüşüm Kanunu, Mülkiyet Hakkının Sınırları”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, 2019, s. 1807; İlhan **Kara**, “Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 3, S. 1, 2016, s. 151; **İnal**, s. 18; **Seçkin**, s. 467; **Açar**, s. 236; **Amıraslanlı**, s. 83.

21 Esasen Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca belirlenen yerler, Cumhurbaşkanına riskli alan kararı alınması amacıyla sunulur. Sunulan bu yerlerin riskli alan ilan edilmesine Cumhurbaşkanı karar verir. Nitekim karar merci, Cumhurbaşkanıdır. Bkz. Uygulama Yönetmeliği m. 5/1.

22 **Açar**, s. 236.

b. Riskli Yapının Tespiti Süreci

1) Sürecin Başlatılması (Başvuru)

Riskli yapı tespitine yönelik işlemlerin başlatılması için başvuru, yapı malikleri veya kanunî temsilcileri (veli ya da vasi) tarafından yapılabileceği gibi, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya İdare²³ yapı malikinin veya kanunî temsilcisinin başvurusu olmaksızın da harekete geçebilir²⁴. Tabi ki, riskli yapı tespitine yönelik başvuru, öncelikle yapı maliki veya kanunî temsilcisinden beklenir²⁵. Ancak bunların harekete geçmediği, bir başka deyişle başvuru yapmadığı durumlar söz konusu olabilir. Bundan başka, durumun aciliyeti sebebiyle riskli yapı tespiti sürecinin ivedi olarak başlatılması gerekebilir. Bu gerekçelerle, kanun koyucu, bizce de isabetli olarak riskli yapı tespiti sürecinin Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca veya İdarece başlatılabilmesi imkânını da tanımıştır²⁶. Aksi taktirde kentsel dönüşüm, yapı maliklerinin insafına kalırdı. Böyle bir durumda, malik istemediği sürece yapı riskli de olsa kentsel dönüşüm sürecinin başlaması söz konusu olmazdı. Bu ise, kentsel dönüşümün doğasına aykırı olurdu.

Riskli yapı olduğu düşünülen taşınmaz tek kişinin mülkiyetinde ise başvuruyu o kişinin yapacağı açıktır²⁷. Ancak taşınmaz üzerinde birlikte mülkiyet söz konusu olabilir. Birlikte mülkiyet, paylı ya da elbirliği mülkiyeti şeklinde olur²⁸. Her ne kadar 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde açıkça düzenlenmemiş olsa da, gerek paylı gerek elbirliği

-
- 23 İdare, Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini ifade eder (6306 sayılı Kanun m. 2/1-b; Uygulama Yönetmeliği m. 3/1-b).
- 24 **Seçkin**, s. 469; Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca veya İdarece süre verilerek maliklerden veya kanunî temsilcilerinden verilen süre içinde riskli yapının tespitinin yaptırılması talep edilebilir. Verilen süre içinde tespit yaptırılmadığında, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya İdare, süreci başlatıp riskli yapı tespitini yapar ya da yaptırır. Ayrıca Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya İdare, süreci resen de başlatıp sürdürebilir ve riskli yapı tespitini yapar ya da yaptırır (Uygulama Yönetmeliği m. 7/II-b).
- 25 Ahmet Arif **Ellek**, “Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2021, s. 380; **Seçkin**, s. 470; Bu başvuru, Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yapılmalıdır. Bkz. **Açar**, s. 238; **Seçkin**, s. 469.
- 26 **Amıraslanlı**, s. 96; **Ellek**, s. 380.
- 27 **Ellek**, s. 377; **İnal**, s. 65.
- 28 **Özmen/Şengül**, s. 20; Birlikte mülkiyet hakkında bkz. M. Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 344 vd.; A. Lâle **Sirmen**, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021,

mülkiyetinde, birlikte malik olanlardan her biri, tek başına, riskli yapı tespiti için başvuru yapabilir²⁹. Bir başka deyişle, riskli yapı tespiti başvurusunun birlikte malik olanlardan biri tarafından yapılması yeterlidir. Bu durum, kanaatimizce, riskli yapı tespitinin “*bölünemeyen ortak menfaat*” sayılmasından kaynaklanmaktadır³⁰. Gerçekten de, paylı mülkiyet bakımından 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu³¹ (TMK) m. 693/III³² ve elbirliği mülkiyeti için TMK m. 702/IV³³ hükmü ile, bölünemeyen ortak menfaat söz konusu olduğunda birlikte malik olanlardan her birinin söz konusu menfaate yönelik talepte bulunabileceği kabul edilmiştir³⁴. Dahası, süreci başlatma yetkisi Kentsel Dönüşüm Başkanlığına ve İdareye bile verilmişken birlikte maliklerden birine evleviyetle verildiği kabul edilmelidir³⁵. Bu hâlde, kat mülkiyetine tabi yapılarda da kat maliklerinden her biri riskli yapı tespiti için başvuruda bulunabilir³⁶. Aynı şekilde, kat irtifakı kurulmuş ancak kat mülkiyetine geçilmemiş olan yapılarda, kat irtifakına sahip olanlardan her biri de söz konusu başvuruyu yapabilir. Ne kat mülkiyetinin ne kat irtifakının bulunduğu hâllerde ise, mevcut yapı üzerinde “*arsa paylı tapu*” varsa, riskli yapı tespiti için başvuru, yapının maliki olan arsa

s. 300 vd.; Jale **Akipek**/Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş**, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 388 vd.

- 29 Nurcan **Arslan**, “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 13, S. 47, 2021, s. 353; **Seçkin**, s. 470; Hem paylı hem elbirliği mülkiyeti hâlinde başvuru için oybirliği gerektiği yönünde bkz. **Ertaş**, s. 1807; **Kara**, s. 153, 154; Ergun **Özsunay**, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 6, 2014, s. 42, 43; Şenol **Saltık**, “6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 1, 2018, s. 235.

- 30 Birlikte mülkiyette “bölünemeyen ortak menfaat” hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 369, 399; **Sirmen**, s. 319, 320, 337; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 399, 413.

- 31 RG, 08.12.2001, S. 24607.

- 32 TMK m. 693/III: “Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.”.

- 33 TMK m. 702/IV: “Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.”.

- 34 **Özmen/Şengül**, s. 88; Aynı yönde bkz. **Arslan**, s. 353, 354; **Amıraslanlı**, s. 92.

- 35 **Saltık**, s. 236; **Amıraslanlı**, s. 92.

- 36 **Açar**, s. 235; **Saltık**, s. 235; Ayşe **Denizhan**, “6306 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin Birinci Fıkrası Kapsamında Uzlaşmayan Azınlığın Arsa Payının Satışına İlişkin Talebin İdarece İncelenme Usulüne İlişkin Bir Değerlendirme”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 14, 2016, s. 36; **Amıraslanlı**, s. 93-94; Uygulamada kat maliklerinden birinin başvurusunun yeterli görüldüğü; fakat bu durumun kanuna aykır olduğu yönündeki görüş için bkz. **Ertaş**, s. 1807; **Kara**, s. 155; **Özsunay**, s. 45.

payı sahibi tarafından yapılır (Uygulama Yönetmeliği m. 7/II-a). Böyle durumlarda da birlikte malik olanlardan her biri riskli yapı tespiti başvurusunda bulunabilir. Bununla birlikte, mevcut yapının, üzerinde yer aldığı arazinin malikine ait olmaması da mümkündür. Misal, üst irtifakı, başkasına ait arazideki yapının maliki olma yetkisi verir. Üst irtifakı söz konusu olduğunda, arazi maliki ile arazi üzerinde yer alan yapının maliki farklı kişilerdir³⁷. Gerçekten de, TMK m. 726/I'e göre, *“Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur.”*³⁸ Arazi üzerindeki yapının başkasına ait olması durumu, Uygulama Yönetmeliği m. 7/II-a'da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, arazi üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bu durumun tapu kütüğünde belirtilmiş olması hâlinde, lehine şerh olan taraf, riskli yapı tespiti yaptırır.

Riskli yapı tespitine yönelik işlemlerin yapılmasının kimler tarafından talep edilebileceği, açıkça ve sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bunlar, yapı maliki veya kanunî temsilcisi, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve İdare olarak sayılmıştır (Uygulama Yönetmeliği m. 7/II). Dolayısıyla sayılanların dışında bir kişi, riskli yapı tespiti için harekete geçemez. Misal, kiracı, ikamet ettiği yapının riskli olduğunun tespitini talep edememektedir³⁹. Kanaatimizce, kentsel dönüşümü önceleyen düşüncenin hâkim olması gereken bir düzende, riskli yapı tespiti talebinin ilgili herkesçe yapılabilmesi sağlanmalıdır. Yaşam hakkını doğrudan etkileyen bu durumda, kiracı, oturma hakkı sahibi gibi ilgililerin de riskli yapı tespitine yönelik başvuruları kabul edilmelidir.

2) Riskli Yapı Kararı ve Kararın Tebliği

Riskli yapı, Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca, İdarece ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar tarafından tespit edilir (Uygulama Yönetmeliği m. 6)⁴⁰. Ancak tespit, yalnızca belirli nitelikleri haiz yapılar için söz konusudur. Dolayısıyla bazı yapılar risk

37 Ertaş, s. 1807; İnal, s. 65-66; Amıraslanlı, s. 90; Ellek, s. 380.

38 Üst irtifakı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 991 vd.; Sirmen, s. 613 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 703 vd.

39 Mahmut Eyüboğlu, “Güncel Uygulamalar Işığında Kentsel Dönüşüm”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 1, 2015, s. 245; Açar, s. 233; Amıraslanlı, s. 89.

40 İlgili yapının riskli olup olmadığı, Uygulama Yönetmeliği Ek-2’de belirtilen “Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar” çerçevesinde ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından geliştirilen/belirlenen elektronik yazılım programı kullanılarak saptanır (Uygulama Yönetmeliği m. 7/I).

taşısa da bunun tespiti yapılmaz⁴¹. Bu husus, Uygulama Yönetmeliği m. 7/I'de *“Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilmez.”* şeklinde belirtilmiştir.

İncelemeler⁴² sonucunda riskli yapı kararı verilmesi durumunda, buna ilişkin bir rapor düzenlenir. Riskli yapı tespitine dair rapor, tespiti yapan kurum tarafından yapının bulunduğu ildeki Kentsel Dönüşüm Müdürlüğüne veya yetki devri yapılmışsa İdareye gönderilir. Rapor incelenir, herhangi bir eksiklik varsa tespiti yapan kuruma tamamlattırılır. Böylece son hâli verilen rapora göre tespit edilen riskli yapılar, ilgili tapu müdürlüğüne tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmesi için bildirilir. Bundan başka, Uygulama Yönetmeliği Ek-6'da bulunan ve riskli yapı tespitine ilişkin bilgilerin yer aldığı tutanak düzenlenir. Bu tutanak, riskli olduğu tespit edilen yapıya asılır. Ayrıca maliklere e-Devlet Kapısı üzerinden bildirilir. Yapının bağlı olduğu muhtarlıkta on beş gün süre ile ilan edilir. Bu ilanın son günü, riskli yapı tespiti işlemi, aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilmiş sayılır (Uygulama Yönetmeliği m. 7/IV).

3) İtiraz ve Yargı Yolu

Riskli yapı tespiti raporuna itiraz, Uygulama Yönetmeliği m. 7/IV gereğince ilgili muhtarlıkta yapılan ilanın son gününden itibaren on beş gün içinde dilekçe ile yöneltilebilir. İtiraz dilekçesi, yapının bulunduğu yerdeki Kentsel Dönüşüm Müdürlüğüne veya yetki devri yapılmışsa İdareye

41 Eyüboğlu, s. 244; Seçkin, s. 467; Hüseyin Melih Çakır/Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, 2021, s. 1073; Açar, s. 236; Amıraslanlı, s. 84; Ellek, s. 377.

42 Riskli yapı tespitinin yapılabilmesi için görevli kimselerin yapı/bağımsız bölüm üzerinde incelemelerde bulunması, binadan örnekler alması gerekebilir. İncelemelerin yapılabilmesi ve binadan örnek alınabilmesi için, ilgili kişiler, tespiti yapmak üzere gelen görevlilerle iş birliği yapmak zorundadır. Riskli yapı tespiti amacıyla gelen görevlilerin yapıya/bağımsız bölüme girmesi engellenemez. Engelleme durumunda, mülki idare amirinin yazılı izni üzerine kolluk kuvveti marifetiyle gerekirse kapalı kapılar/alanlar açılarak veya açtırılarak tespiti yönelik işlemler yapılır (6306 sayılı Kanun m. 3/I; Uygulama Yönetmeliği m. 7/II-c). Buna göre, hâkim kararı olmaksızın mülki idare amirinin yazılı izni ile zor kullanma yetkisi tanınmıştır. Bu, kentsel dönüşüm sürecinin hızlandırılması amacına hizmet eden bir tedbirdir. Bkz. Seçkin, s. 463, 495.

verilir. Bahsi geçen sürenin - ilanının son gününü izleyen on beş gün - itirazsız geçmesi hâlinde, daha sonra verilecek itiraz dilekçesi, dikkate alınmaz. Ayrıca itiraz, yalnızca riskli olduğu tespit edilen yapının maliki veya kanunî temsilcisi tarafından gerçekleştirilmelidir. Malikin ölmüş olması durumunda ise, mirasçıları itiraz edebilir. Bunlar haricindeki kişiler, itiraz edemez (Uygulama Yönetmeliği m. 7/V). Dolayısıyla itiraz yolu, kiracı, oturma hakkı sahibi vb.'lerine açıkça kapalı tutulmuştur⁴³.

İtiraz, yedi kişilik teknik heyet⁴⁴ tarafından incelenip karara bağlanır. Teknik heyet yapının riskli olduğu kanaatinde değilse, durum ilgili tapu müdürlüğüne bildirilerek tapuda yer alan “*riskli yapı*” beyanı terkin edilir (Uygulama Yönetmeliği m. 7/VII). Buna karşın, teknik heyet yapının riskli olduğu görüşünde ise, itiraz reddedilir. İtirazın reddine dair karar, nihaî ve icraî nitelikte idari bir işlemdir⁴⁵. Bu işlemin/kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca karara karşı iptal davası açılabilir (6306 sayılı Kanun m. 6/IX). İtirazın kabulüne dair karar da iptal davasına konu edilebilir. Gerçekten de, bu yapının riskli yapı olduğunu düşünen ve kentsel dönüşüme tabi tutulmasını dileyen malikler bulunabilir. Bu kişiler, itirazın kabulü kararına karşı iptal davası açabilirler⁴⁶.

İtiraz yoluna başvurulmaksızın riskli yapı tespit kararına karşı doğrudan iptal davasının açılması da mümkündür⁴⁷. Şöyle ki, kanun koyucu, 6306 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde dava açılableceğini açıkça düzenlemiştir (6306 sayılı Kanun m. 6/IX). Bu hâlde, riskli yapı tespiti işlemine karşı da işlemin tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde iptal davası açılabilir⁴⁸.

43 Seçkin, s. 475; Eyüboğlu, s. 249; Amıraslanlı, s. 103.

44 Bu heyeti oluşturan dört kişi, üniversitelerce ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilir. Diğer üçü ise, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığında/ Kentsel Dönüşüm Başkanlığında görevli kişilerden seçilmektedir (6306 sayılı Kanun m. 3/I).

45 Açar, s. 239.

46 Seçkin, s. 476; Söz konusu idari işlemin iptali davasında davalı olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı gösterilir. Bkz. Açar, s. 239.

47 Seçkin, s. 482, 491; Çakır/Ülker, s. 1074; Amıraslanlı, s. 106; Ellek, s. 382.

48 Seçkin, s. 482.

2. Riskli Yapının Tahliyesi ve Yıkıtılması

Riskli yapı tespitinin kesinleşmesi hâlinde, Kentsel Dönüşüm Müdür-lüğü tarafından İdareden gerekli tebligatların⁴⁹ yapılarak riskli yapının yıkıtılması talep edilir⁵⁰. İdare, öncelikle riskli yapı malikinden tahliye ve yapının yıkıtılmasını talep eder. Buna göre, İdare, yapı malikine riskli yapının tahliyesi ve yıkıtılması için doksan günden fazla olmamak üzere süre verir. Ancak verilen süre sonunda tahliye ve yıkım gerçekleştirilme-mişse, İdare riskli yapının tahliyesini sağlar ve yapıyı yıktırır (Uygulama Yönetmeliği m. 8/III)⁵¹.

Yıkım sonrasında, artık üzerinde yapı bulunmayan bir arsa⁵² söz ko-nusudur. Bu hâlde, arsa üzerindeki mülkiyet durumu aynen devam eder. Zira riskli yapının yıkımı ile, sadece arsanın bütünleyici parçası olan yapı ortadan kalkar. Dolayısıyla, yıkımdan evvel arsa üzerinde var olan tek kişi ya da birlikte (paylı veya elbirliği) mülkiyet durumu değişmez⁵³. Ayrıca riskli yapı, kat mülkiyetine tabi olabileceği gibi, kat irtifakı kurulmuş olan bir yapı da olabilir⁵⁴. Bu hâlde, riskli yapının yıkıtılması sonucunda, kat mülkiyeti/kat irtifakı kendiliğinden sona erer. Bu durumda kat mülki-yeti/kat irtifakı, Kentsel Dönüşüm Başkanlığının talebi üzerine ilgili tapu

49 Uygulama Yönetmeliği m. 8/II: “*Kanun kapsamındaki yapıların tahliyesine ve yıkıtılmasına ilişkin olarak ayni ve şahsi hak sahiplerine yapılacak tebligat; tahliye ve yıkturmaya ilişkin riskli yapılarda Ek-7/A’da yer alan tutanağın, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında ise Ek-7/B’de yer alan tutanağın düzenlenerek yapıya asılması, maliklere e-Devlet Kapısı üzerinden bildirilmesi ve ilgili muhtarlıkta on beş gün süre ile ilan edilmesi suretiyle yapılır. Tahliye ve yıkturmaya ilişkin işlem, muhtarlıkta yapılan ilanın son günü ayni ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilmiş sayılır. Tahliyesi istenilen yapılar, ayrıca Başkanlığın internet sayfasında on beş gün süre ile ilan edilir.*”.

50 Uygulama Yönetmeliği m. 8/I: “*Riskli yapı tespitine karşı yapılan itirazın reddedilmesi veya riskli yapı tespitine itiraz edilmemesi suretiyle, riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde Müdürlük, gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıkıtılmasını İdareden ister.*”.

51 Tahliyenin engellenmesi durumuna karşı İdareye zor kullanma yetkisi verilmiştir (Uygulama Yönetmeliği m. 8/V); Riskli yapı yıkıtıldıktan sonra, daha evvel tapuya yapılmış olan “riskli yapı” beyanı, ilgililerin talebi ya da Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya İdarenin bildirimi üzerine tapu müdürlüğünce silinir (Uygulama Yönetmeliği m. 8/IX).

52 Bkz. Dn. 13.

53 Nafi **Pakel**, “Kentsel Dönüşüm ve Ortaklığın Giderilmesi Davası”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 3, 2016, s. 219.

54 6306 sayılı Kanun’un uygulanması bakımından kat mülkiyeti ile kat irtifakı arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bkz. **Özmen/Şengül**, s. 63.

müdürlüğünce terkin edilir⁵⁵. Bunun için ilgililerin muvafakatleri aranmaz (6306 sayılı Kanun m. 6/I). Kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalar kapatılır. Arsa, malikleri adına arsa payları oranında paylı mülkiyet esasına göre tapu kütüğüne tescil edilir⁵⁶.

B. Yeniden Bina Yaptırılması Kararının Alınması

Bu başlık altında, kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararının alınabilmesi için gerekli olan yeter sayı ve karar tutanağı (ortak karar protokolü) incelenmiştir.

1. Karar Yeter Sayısı

Kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının bulunduğu arsa üzerinde yapılacak iş ve işlemlere, esas olarak arsa malik(ler)i karar verir. Gerçekten de yıkım sonucunda ortaya çıkan arsanın, öncelikle malikleri tarafından değerlendirilmesi esası benimsenmiştir⁵⁷. 6306 sayılı Kanun m. 6 uyarınca, riskli yapının yıktırılması sonrasında ortaya çıkan arsada yeniden bina yaptırılmasına ve bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yoluyla arsanın yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar verilir. Şöyle ki, üzerinde bulunan yapı

55 Terkin, açıklayıcı niteliktedir. Zira, kat mülkiyeti/kat irtifakı, terkinden evvel kendiliğinden sona ermektedir. Bkz. Saliha **Çağatay**, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uyarınca Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 9, 2014, s. 130; Engin **Koçaklı**, “Riskli alanlarda Maliklerin Uygulamasında 2/3 ile Karar Alınması ve Bu Alınan Kararlar Doğrultusunda İdarenin Kararları Uygulama Olanakları ve Görevi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 14, Temmuz 2016, s. 138; **Özmen/Şengül**, s. 39, 40; **Özmen**, s. 47; **Denizhan**, s. 44.

56 **Ertas**, s. 1810; **Özmen/Şengül**, s. 113; **Çağatay**, s. 130; **Kara**, s. 156; Etem Saba **Özmen/Ahmet Ayar**, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Eski Arsa Payından Paylı Mülkiyete ve Yeni Arsa Payına Uzanan Süreçte Yanılgılar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 34, S. 156, 2021, s. 151, 152; **Koçaklı**, s. 140; **Denizhan**, s. 44; Ayrıca bkz. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 48/II.

57 **İnal**, s. 31; **Arslan**, s. 355; **Ertas**, s. 1811; **Öz**, s. 392; **Günay**, s. 110; **Denizhan**, s. 34; **Açar**, s. 242; Ayrıca bkz. 6306 sayılı Kanun m. 6/II: “Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde salt çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Başkanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir...”.

yıkıtıldığında taşınmaz, boş arsa hâlini alır⁵⁸. Taşınmaz yapı yıkıtılmadan evvel kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu ise, yıkımdan sonra ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Kentsel Dönüşüm Başkanlığının talebiyle ilgili tapu müdürlüğünce resen kat mülkiyeti veya kat irtifakı terkin edilir. Boş arsa hâlini alan taşınmaz, malikleri adına arsa payları oranında tescil edilir⁵⁹. Arsa payı oranı, arsa üzerindeki mülkiyet payını ifade etmektedir⁶⁰. Bu oran, taşınmazın yıkıtılmadan önceki tapu durumu esas alınarak belirlenir⁶¹. Ne var ki, tapuda kayıtlı (yazılı) olan arsa payı oranının bağımsız bölümlerin değerine göre belirlenmediği, dolayısıyla gerçek durumu yansıtmadığı ileri sürülebilir⁶². Karar yeter sayının belirlenmesinde tapuda kayıtlı arsa payı esas alındığından, kentsel dönüşüm uygulamalarıyla birlikte arsa payı oranı üzerinde uyuşmazlıkların da arttığı gözlemlenmiştir⁶³. Bu hâlde, arsa payının düzeltilmesi davası⁶⁴ açılmalıdır⁶⁵.

58 Daha doğru ifade ile “bütünleyici parçası ortadan kalkmış arazi” hâlini alır. Bkz. **Özmen/Ayar**, s. 142.

59 **Pakel**, s. 219; **Kara**, s. 156; **Denizhan**, s. 33.

60 Meliha Sermin **Paksoy**, “Kat Mülkiyeti Kanunu Çerçevesinde Arsa Payının Düzeltilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 187-188, 2020, s. 336; **Tezcan/Canbolat**, s. 116; **Çakır/Ülker**, s. 1070.

61 **Ertas**, s. 1810; **Koçaklı**, s. 138; **Denizhan**, s. 33.

62 **Tezcan/Canbolat**, s. 118-120; **Çağatay**, s. 130; **Koçaklı**, s. 154; Uygulamada arsa paylarının genellikle bağımsız bölümlerin değerleriyle orantılı olarak belirlenmediği/dağıtılmadığı hakkında bkz. **İnal**, s. 36; **Kara**, s. 157; **Özsunay**, s. 36; **Paksoy**, s. 344.

63 Ali Güveç **Kiraz**, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Yasanın İdare Hukuku ve Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 3, 2020, s. 159; **İnal**, s. 36; **Özmen/Şengül**, s. 162; **Kara**, s. 157; **Özmen/Ayar**, s. 140; **Paksoy**, s. 345, 346.

64 Arsa payının düzeltilmesi davası için bkz. **Özmen/Şengül**, s. 163 vd.; **Tezcan/Canbolat**, s. 120 vd.; **Eyüboğlu**, s. 256; **Paksoy**, s. 339 vd.; **İnal**, s. 45 vd.; Ayrıca bkz. Yarg. 5. HD., E. 2022/1723, K. 2022/4759, 16.03.2022; Yarg. 5. HD., E. 2021/8061, K. 2021/11732, 20.10.2021; Yarg. 5. HD., E. 2021/5196, K. 2021/8618, 09.06.2021; Yarg. 20. HD., E. 2017/1241, K. 2017/10508, 12.12.2017; Yarg. 20. HD., E. 2017/1079, K. 2017/10629, 18.12.2017; Yarg. 18. HD., E. 2016/3027, K. 2016/5610, 04.04.2016; Yarg. 20. HD., E. 2017/2556, K. 2018/7917, 06.12.2018; Yarg. 18. HD., E. 2015/12068, K. 2015/18897, 22.12.2015, (Lexpera).

65 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 3/II: “Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur. Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir. Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı, o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma sebebiyle değiştirilemez. 44 üncü madde hükmü saklıdır.”.

Zira mahkeme kararı olmadıkça arsa payı oranında değişiklik (düzeltme) yapılmaz⁶⁶. Arsa payının düzeltilmesi davası, bağımsız bir çalışma konusu olabilecek genişlikte olduğundan, bu çalışmada konuya dair ayrıntılı açıklamalardan kaçınılmıştır.

6306 sayılı Kanun m. 6’da geçen “*hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu*” ifadesi, doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Doktrinde bir görüş⁶⁷, söz konusu ifadeden pay çoğunluğunun anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, yıktırılan binanın bulunduğu arsanın yarı hissesinden fazlasına sahip olan malik ya da malikler, yeniden bina yaptırılması kararını verebilirler. Hatta arsanın yarı hissesinden fazlasına tek kişinin sahip olması durumunda, bu kişinin kararı, tek başına 6306 sayılı Kanun m. 6’da belirtilen salt çoğunluğu sağlamaya yetecektir. Diğer bir görüş⁶⁸ ise, pay ve paydaş çoğunluğu olması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla karar için sadece pay çoğunluğu yeterli olmaz. Pay çoğunluğuyla birlikte paydaş çoğunluğunun da sağlanması gerekir. Aksi hâlde, tek başına pay çoğunluğunu elinde bulunduran bir paydaş, aldığı kararı diğer tüm paydaşlara dayatabilir. Kanaatimizce hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ifadesinden, sadece pay çoğunluğunun anlaşılması gerekmektedir. “*Hisseleri oranında*” ifadesi göz önünde bulundurulduğunda, salt çoğunluğun hesaplanmasında, hisse oranı toplamı esas alınır. Bu hâlde, hisselerin çoğunluğuna malik olan paydaş veya paydaşlarca karar verilebilir. Bir başka deyişle, karar alan paydaşların sayısından ziyade bunların hisse oranının toplamının, toplam hissenin çoğunluğuna karşılık gelmesi aranır.

Karar, ister riskli yapının yıktırılmasından evvel ister yıktırıldıktan sonra alınsın, hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınır. Buna göre, karar yeter sayısı, yapı yıktırılmadan evvel de yıktırıldıktan sonra da aynıdır⁶⁹. Riskli yapının kat mülkiyetine tabi olduğu durumlarda da sonuç değişmez. Dolayısıyla yıkım işlemi gerçekleştirilmeden evvel, kat mülkiyetine tabi bir yapının yıktırılarak yerine yenisinin yaptırılması kararının alınmasında da karar yeter sayısı, hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğudur. Nitekim, 6306 sayılı Kanun, Kat Mülkiyeti Kanunu’na göre, sonraki tarihli özel düzenlemedir. O hâlde, kat mülkiyetine tabi olsa da

66 Mahkemece arsa payları belirleninceye kadar riskli yapı işlemine dair ihtiyati tedbire karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kara**, s. 157; **Eyüboğlu**, s. 256; **Günay**, s. 129.

67 **Öz**, s. 392; **Ertaş**, s. 1811; **Tezcan/Canbolat**, s. 108, 117; **Kiraz**, s. 158; **Eyüboğlu**, s. 246, 251; **Koçaklı**, s. 154; **Çakır/Ülker**, s. 1077; **Ellek**, s. 390; **Üstün/Bulut**, s. 13.

68 **Özmen/Şengül**, s. 75-77; **Özmen**, s. 49.

69 **Kiraz**, s. 159.

riskli bir yapı söz konusu olduğunda, sonraki tarihli özel düzenleme olan 6306 sayılı Kanun öncelikle uygulama alanına sahiptir. Dolayısıyla riskli yapı tespitinden itibaren yapı -kat mülkiyetine konu olanlar dahil- hakkında öncelikle 6306 sayılı Kanun uygulanır⁷⁰. Sonuç olarak, kat mülkiyetine tabi riskli yapılar için de 6306 sayılı Kanun'da öngörülen karar yeter sayısı geçerlidir.

Riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararının alınabilmesi için toplantı yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorusu da akla gelebilir. Söz konusu kararın, ancak arsa maliklerince gerçekleştirilen bir toplantıda alınabileceğinin kabulü hâlinde, toplantı yapılmadan alınan karar geçersiz olur. Hüküm ve sonuç doğurmaz. Aksi durumda ise, karar için gerekli olan yeter sayıda imzanın sağlanması koşuluyla, toplantı yapılmadan da yeniden bina yaptırılması kararı alınabilir. Ne var ki, toplantı yapılmasına dair ne 6306 sayılı Kanun'da ne Uygulama Yönetmeliği'nde açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde, sadece karar yeter sayısı hüküm altına alınmıştır (6306 sayılı Kanun m. 6; Uygulama Yönetmeliği m. 15/II). Oysa uygulamada kararın alınması noktasında en önemli süreçlerden birinin, maliklerin bir araya gelmesi, konu üzerinde istişare etmesi olduğu söylenebilir. Doktrinde bir görüş⁷¹, karar alınması için toplantı yapılmasının zorunlu olduğunu savunmaktadır. Toplantı yapılmadan karar alınmasının, mülkiyet hakkının ihlaline yol açacağı belirtilmiştir. O hâlde, toplantı yapılmadan alınan karar, kesin hükümsüz sayılmalıdır. Kanaatimizce de isabetli olan diğer görüşe⁷² göre ise, toplantı yapılmadan da karar alınabilir. Şöyle ki, Uygulama Yönetmeliği'nin ilk hâlinde kat maliklerinin noter vasıtasıyla toplantıya çağrılıp kararın kat malikleri kurulunda alınması usulü düzenlenmişti. Bu düzenleme, Uygulama Yönetmeliği'nde 2016 yılında değişikliğe gidilerek ortadan kaldırılmıştır⁷³. Hâlihazırda Uygulama Yönetmeliği'nde toplantı yapılmasına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, sürecin uzamadan nihayete erdirilebilmesi, bir başka deyişle, kentsel dönüşüm sürecinin olabildiğince hızlı şekilde sonuçlanması için toplantı yapılmadan da karar alınabilmesinin önü açılmıştır. Bu görüş, kanaatimizce kentsel dönüşümün

70 İnal, s. 34; Arslan, s. 356; Özmen/Şengül, s. 113; Denizhan, s. 35; Çakır/Ülker, s. 1082; Ellek, s. 383.

71 Ellek, s. 383, 384; Kara, s. 156.

72 Özmen/Şengül, s. 106; Özmen, s. 49; Kiraz, s. 159.

73 Söz konusu değişiklik (6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik), 27.10.2016 tarihinde 29870 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

doğasına ve kanun koyucunun amacına uygundur. Tabi ki, kararın, toplantı yapılmak suretiyle alınması ideal olan durumdur. Ancak yeter sayıda (arsa üzerinde sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az salt çoğunluğu) imza ile alınan bir karar, sırf toplantı yapılmadığından geçersiz sayılmamalıdır. Anayasa Mahkemesi⁷⁴ söz konusu kararın “*yeterli bir müzakere*” sonucunda alınmış olmasını aramaktadır. Bu hâlde, müzakerenin ne şekilde yapıldığından ziyade gerçekleştirilmiş olup olmadığı önem arz eder. Dolayısıyla müzakere için özellikle de 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 29 vd. hükümlerinde düzenlenen anlamında bir toplantı şart olarak görülmemelidir. Nitekim bir toplantı yapılacaksa da, bu toplantı için 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nda öngörülen usul ve esaslar aranmalıdır⁷⁵.

2. Karar Tutanağı (Ortak Karar Protokolü)

Kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararının bir tutanağa bağlanması ve bu tutanağın arsa üzerinde sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az salt çoğunluğu tarafından imzalanması gerekir. Bir başka deyişle, arsanın yarı hissesinden fazlasına sahip maliklerin alınan karara ilişkin tutanağı imzalamaları şarttır. Uygulamada bu tutanak, ekseriyetle “*Ortak Karar Protokolü*” olarak adlandırılmaktadır⁷⁶. Ancak hem 6306 sayılı Kanun’da hem Uygulama Yönetmeliği’nde maliklerce imzalanan “*karar tutanağı*” ifadesi kullanıldığından, çalışmamızda da mevzuattaki bu ifadenin kullanılması tercih edilmiştir.

Genellikle riskli yapı yıktırılmadan önce karar alınır ve bunun üzerine yıkım işlemi gerçekleştirilir. Ancak söz konusu kararın, riskli yapı yıktırıldıktan sonra alınmasında da herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁷. Kanaatimizce de, yeniden bina yaptırılması kararı, riskli yapının yıktırılmasından önce veya sonra alınabilir.

74 AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022: “*Bu bağlamda hissedarların yeterli bir müzakere sonucu bir karara varmış olması, bu kararın azınlıkta kalan hissedarların menfaatlerini açık bir biçimde zedelememesi gerekir.*” (Lexpera); Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararı için ayrıca bkz. RG, 09.03.2022, S. 31773.

75 Burada bahsi geçen toplantının, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu değil, 6306 sayılı Kanun kapsamında farklı bir toplantı olduğu yönünde bkz. **Eyüboğlu**, s. 252.

76 Kürşat **Öztürk**, “Riskli Yapılarda Satış Kararının İptali İçin Açılan Davalarda İdari Yargının Ortak Karar Protokolünün Eki Olan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Eşitlik ve Adalet İlkeleri Açısından Denetimi/Denetlemesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 16, 2017, s. 13, 14; **Özmen/Şengül**, s. 33; **Günay**, s. 110.

77 **Arslan**, s. 361; **Özmen**, s. 49; **Günay**, s. 117; **Çakır/Ülker**, s. 1078, 1079.

Karar tutanağının şekli hakkında, 6306 sayılı Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde, maliklerce imzalanan bir karar tutanağından söz edilmiş olup, resmî yazılı şekilden bahsedilmemiştir. O hâlde, karar tutanağı, adi yazılı şekilde düzenlenebilir⁷⁸. Bununla birlikte, karar tutanağının noterde resmî yazılı şekilde düzenlenmesi de mümkündür. Zira taraflar, hukukî işlemin tabi olduğu şekli hafifletemezler; ancak ağırlaştırabilirler⁷⁹. Uygulamada ise, karar tutanağının, genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile birlikte düzenlendiği ve imzaya sunulduğu görülmektedir. Şöyle ki, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yeniden bina yaptırılmasına dair karar tutanağının eki olarak düzenlenmektedir⁸⁰. Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği ise, resmi şekilde, noterde düzenleme şeklinde, yapılmasına bağlıdır (Tapu Kanunu m. 26; Noterlik Kanunu m. 60 ve m. 89)⁸¹. Böylece hem karar hem arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi şekilde aynı belgede düzenlenip imzaya sunulmaktadır. Nitekim 6306 sayılı Kanun m. 6 gereğince, salt çoğunluk ile alınan karar ve anlaşma şartlarını ihtiva eden teklif (çalışmamız bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi) karara katılmayan paydaşlara bildirilmektedir. Bunun üzerine paydaşlar, karar tutanağını ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalayabilir ya da sözleşmede belirtilen paylaşım esaslarını kabul etmeyip imzadan kaçınabilirler.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEKİ PAYLAŞIM ESASLARININ YARGISAL DENETİMİ

A. Genel Olarak

Kentsel dönüşüm kapsamında da olsa, arsa üzerinde sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğunun bu konuda sınırsız bir yetkiye sahip olduğu düşünülemez. Nitekim yeter sayı ile karar alınsa da, bu karara dayanılarak tesis edilen hukukî işlemlere karşı karara katılmayan paydaşların başvurabileceği hukukî yolların tükendiği söylenemez⁸².

78 Adi yazılı şeklin geçerlilik (sıhhat) değil, ispat şekli olduğu yönünde bkz. **Özmen/Şengül**, s. 105.

79 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 311; M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt- 1, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 168.

80 **Öztürk**, s. 16.

81 **Özmen/Şengül**, s. 111; **Kara**, s. 160; **Arslan**, s. 368-369; **Özmen**, s. 50; **Öztürk**, s. 16; Belli bir payın başlangıçta yükleniciye devrinin kararlaştırıldığı durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapuda düzenlenir. Bkz. **Günay**, s. 123.

82 **Öz**, s. 395, 396; **İnal**, s. 143; **Arslan**, s. 365, 366.

Ne var ki, yeter sayı sağlanıp karar alınması hâlinde, dönüşümün uygulamaya konulması bakımından karara katılmayan paydaşların (azınlığın) rızası aranmamaktadır. Dolayısıyla karara katılmayan paydaşların, arsa üzerinde yapılacak uygulamaya katlanmak zorunda bırakıldığı belirtilmektedir⁸³. Şöyle ki, 6306 sayılı Kanun m. 6'ya göre, salt çoğunluk ile alınan karar ve anlaşma şartlarını ihtiva eden teklif (çalışmamız bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi) veya teklifin görülüp incelenebileceği yer, karara katılmayan paydaşlara noter aracılığıyla ya da taşınmazın bağlı bulunduğu muhtarlıkta ilan suretiyle bildirilir. Muhtarlıkta yapılan ilan, on beş gün süre ile gerçekleştirilir ve bu sürenin sonunda bildirim/tebligatın yapıldığı kabul edilir. Bildirim sonucunda karara katılmayan paydaşlardan karara katılması beklenir. Zira yapılan bildirimde, bildirim yapıldığı/yapılmış sayıldığı tarihten itibaren on beş gün içinde teklifin incelenmemesi veya aynı süre içinde teklifin kabul edilmemesi hâlinde, karara katılmayan paydaşların arsa paylarının 6306 sayılı Kanun kapsamında satılacağı hususu bildirilir⁸⁴. Nitekim, arsa paylarının satılmasını istemeyen paydaşlar, söz konusu karara katılmak ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini imzalamak zorunda kalabilirler. İşte bu durum, karara katılmayan paydaşların mülkiyet haklarının ihlali sorununu gündeme getirir. Gerçekten de, yeter sayı ile alınan karar karşısında, karara katılmayan paydaşların bu karara uymak/katlanmak dışında başvurabileceği herhangi bir hukukî imkân bırakılmamışsa, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Böyle bir durumda, mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine uygun olmadığı ileri sürülebilir. Zira mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olduğunun kabul edilebilmesi için, arsa payı

83 Öz, s. 392, 393; Tezcan/Canbolat, s. 117.

84 Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayan paydaşların arsa paylarının satışı, 6306 sayılı Kanun m. 6 ve Uygulama Yönetmeliği m. 15'te paralel şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, "... Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayanların arsa payları, Başkanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde bu paylar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında tespit edilen rayiç bedeli dönüşüm projesini gerçekleştirecek olan Başkanlık, İdare veya TOKİ tarafından ödenmek suretiyle satın alınır. (Değişik cümle:29/11/2018-7153/23 md.) Riskli yapılarda ise anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılınca kadar satış işlemi tekrarlanır."

karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının yargısal denetime tabi tutulması da şarttır⁸⁵.

Mülkiyet hakkı, Anayasa ile güvence altına alınan bir haktır. Bu hak, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir (AY s. 35). Sınırlamalar ise, ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (AY m. 13). Mülkiyet hakkına ilişkin söz konusu sınırlamanın kentsel dönüşüm amacıyla yapıldığı ve bunda kamu yararı bulunduğu açıktır⁸⁶. Sınırlama, 6306 sayılı Kanun ile getirilmiştir⁸⁷. Bu hâlde, incelenmesi gereken husus, ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediğidir. Ölçülülük ilkesi, kısaca, hakkın sınırlandırılmasında “*meşru hedefe ulaşmada mümkün olan en hafif şiddetteki önleme başvurma*” şeklinde ifade edilebilir⁸⁸. Buna göre, idare, bir yandan kamu yararı amacıyla kentsel dönüşüm uygulamalarının icra edilebilirliğini kolaylaştırmaya dönük düzenlemeler ihdas ederken diğer yandan mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahaleden kaçınmalıdır. Bu ise, ancak kamu yararı amacıyla ulaşılmak istenen hedef ve mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar arasında adil bir denge (orantı)⁸⁹ kurmak suretiyle mümkündür⁹⁰. Nite-

85 AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022: “*Bu bakımdan kişinin hukuka aykırılık iddialarının bir mahkeme tarafından etkili bir biçimde incelenmesi müdahalenin orantılılığı bakımından ehemmiyet arz etmektedir...*”, “*... yeni paylaşım şeklindeki hisse oranının eski paylaşım yöntemine uygun olup olmadığıyla sınırlayan denetiminin de Anayasa’nın 35. maddesindeki güvencelere uygun olduğu söylenemez. Anayasa’nın 35. maddesinin aradığı manada bir denetim yeni paylaşım şeklinin ekonomik yönden dengeli olup olmadığının incelenmesini gerektirmektedir.*”.

86 AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022: “*Dolayısıyla üzerindeki yapının riskli olduğu tespit edilen taşınmazın 6306 sayılı Kanun’daki kısıtlamalara tabi tutulmasında kamu yararına dönük meşru bir amacın bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.*”; Ayrıca bkz. **Duymaz**, s. 243; **Arslan**, s. 353; **Üstün/Bulut**, s. 13.

87 **Ertaş**, s. 1804; **Arslan**, s. 353; 6306 sayılı Kanun kapsamında mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar için bkz. **Duymaz**, s. 2351.

88 Ölçülülük ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel **Oğurlu**, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 21 vd.; AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022: “*Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).*”.

89 AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022: “*... orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.*”.

90 **Denizhan**, s. 38.

kim adil dengenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin yargısal denetimi, gerekli ve zorunludur. Buna göre, kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararı ile düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarını reddeden paydaşların (azınlığın) başvurabileceği hukukî imkânlar, önemli bir role sahiptir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, karara katılmayan paydaşların, alınan karara aynen uymak dışında sahip olduğu hukukî imkânlar, mülkiyet hakkına müdahalede ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediğine dair değerlendirmede göz önünde bulundurulacak önemli kriterlerden biridir. Bir başka deyişle, karara katılmayan paydaşların (azınlığın) sahip olduğu hukukî imkânlar, bunların mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin değerlendirmede önemli bir rol üstlenmektedir⁹¹. Bu hâlde, gerekli çoğunluk sağlanarak alınan karar ile düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının yargısal denetimi, denetim tarzı, yetkili ve görevli mahkeme konuları açıklığa kavuşturulmalıdır.

B. Yargısal Denetim

Yukarıda⁹² belirttiğimiz üzere, kentsel dönüşüm kapsamında riskli yapının yıktırılması hâlinde ortaya çıkan arsada bina yaptırılması amacıyla düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esasları üzerinde uygulamada sıklıkla uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, yapılması planlanan yeni binada, eski kat maliklerine verilecek olan bağımsız bölümlerin büyüklüğü (brüt ve net inşaat alanı), bulunduğu kat, cephe, manzarası vb. özellikleri hakkında anlaşmazlıkların yaşanması olağandır. Böyle durumlarda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarını reddeden paydaşlar, yeter sayıda imza ile düzenlenen ve kendilerine de imzalamaları için sunulan kararı ve teklifi (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini) imzalamaktan kaçınabilirler. Ne var ki, riskli yapılarda, gerekli çoğunluk sağlanarak alınan karara katılmayan paydaşların arsa payları, Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılmaya kadar işlem tekrarlanmak suretiyle satışı gerçekleştirilir (6306 sayılı Kanun m. 6; Uygulama Yönetmeliği m. 15). Bu hâlde, bir yandan arsa payının satışını istemeyen diğer yandan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki

91 Duyamaz, s. 244, 248.

92 Bkz. Yukarıda, Giriş.

paylaşım esaslarını reddeden paydaşlara, bu durum karşısında yargısal denetim imkânı tanınmalıdır. Aksi durumda, gerekli çoğunluk sağlanarak alınan bir kararla, hakkaniyete aykırı, dengeli olmayan bir paylaşım şekli, karara katılmayan paydaşlara dayatılır⁹³. Bu ise, mülkiyet hakkının ihlali sebepten olacağından, anayasaya aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla yeterli çoğunluk sağlansa dahi, alınan kararın ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının yargı denetimine tabi olduğunun kabulü, gerekli ve zorunludur⁹⁴.

1. Denetim Tarzı

Kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının yerine yenisinin yaptırılması amacıyla gerekli çoğunluk sağlanarak düzenlettirilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bir istem (başvuru/talep) bulunmadıkça resen denetlenmez. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarını reddeden paydaşlar, mahkemeye başvurarak sözleşmeye hâkimin müdahalesini ve hukuka aykırı olan paylaşım şekli dolayısıyla alınan kararın iptalini talep etmektedirler. Oysa, yargısal denetim, sadece iptal kararı vermek şeklinde sonuçlanmaz. Hâkim, kesin hükümsüzlük ya da yokluk hâlinin tespitine de karar verebilir⁹⁵. Gerçekten, hukukî işlemdeki sakatlık sebebine göre, iptal, kesin hükümsüzlük ya da yokluk yaptırımları söz konusu olabilir. Buna karşın, hâkim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarını düzeltmek suretiyle müdahalede bulunmaz.

Anayasa Mahkemesi'ne yansıyan bir olayda, yıktırılan apartmanın yerine kentsel dönüşüm kapsamında yenisinin yapılması için yeterli sayıda çoğunlukla karar alınarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmesindeki paylaşım esaslarına göre, başvuru paydaşlara kot seviyesinde iki daire verilmiştir. Bu paylaşım şeklini reddeden paydaşlar, imzadan kaçınmıştır. Bunun üzerine, imzadan kaçınan paydaşların arsa paylarının satışı için somut olayda yetkili merci olan İstanbul Çevre

93 Özmen/Şengül, s. 121, 122; Öz, s. 392, 393; İnal, s. 143; Pakel, s. 222; Özmen/Ayar, s. 160; Tezcan/Canbolat, s. 117.

94 AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022: "Azınlıkta kalan paydaşların hisselerinin Malikler Kurulunun çoğunluğunca kararlaştırılan yeni paylaşım yöntemine yönelik itirazları yargısal bir merci tarafından dinlenerek ilgili ve yeterli gerekçeyle karşılanmadan satışa çıkarılması hâlinde en hafif zedeleyici araca başvurulduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla azınlıkta kalan hissedarların teklif edilen yeni paylaşım şekline yönelik iddialarının incelenip incelenmediği müdahalenin gerekliliği bağlamında oldukça önem taşımaktadır."; Aynı yönde bkz. Öztürk, s. 17.

95 Ömer Delikaya, Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 64; İnal, s. 157; Aynı yönde bkz. Özmen/Şengül, s. 122, 123.

ve Şehircilik İl Müdürlüğüne başvurulmuştur. Nitekim yetkili idarî merci, imzadan kaçınan paydaşların arsa paylarının açık artırmayla satışına karar vermiştir. Bunun üzerine arsa paylarının satışına karar verilen paydaşlar, hem idare mahkemesine başvurarak satış kararının iptalini hem asliye hukuk mahkemesine başvurarak diğer paydaşlarca alınan kararın iptali ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzeltilmesini⁹⁶ talep etmişlerdir. Nitekim her iki yargı yolundan da sonuç alınamadığından Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır. Başvurucular, çalışma konumuz bakımından özetle, 6306 sayılı Kanun gereğince taşınmazların yıktırılmasından önceki vasıflarıyla değerlendirilmesinin esas olduğunu, taşınmazın eski hâlinde dört işyeri ve bir daire olmak üzere toplam beş bağımsız bölüme sahipken inşa edilecek yeni projede kendilerine bodrum katta iki daire verilmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Anayasa Mahkemesi kararında⁹⁷, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğunun kabulü için, alınan kararın, yeterli çoğunluk sağlansa dahi, tarafların menfaatlerine uygun ve hakkaniyetli olması gerektiği vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yeterli çoğunluk sağlansa da, alınan karara katılmayan paydaşlar (azınlık), menfaatlerine açıkça aykırı olan, taşınmazın eski durumuna göre açık dengesizlikler barındıran bir paylaşım şeklini kabul etmeye zorlanamazlar. Karara katılmayan paydaşların bu yöndeki itirazlarının yargısal bir merci tarafından incelenmemesi, mülkiyet hakkına aykırılık teşkil eder. Yargıtay da benzer bir olayda kanaatini, *“Kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan binanın yerine yenisinin yapılması kararının verilmesi durumunda, bina maliklerinin sahip olduğu pay oranlarının orantısız biçimde azaltılması mülkiyet hakkını zedeleyecektir. Yıkılacak bina ile yapılacak bina karşılaştırılması, uygun düştüğü ölçüde yapı maliklerinin bağımsız bölümlerinin konum, katı, büyüklüğü ve diğer özellikleri muhafaza edilmelidir...”* şeklinde belirtmiştir⁹⁸.

Şüphesiz, inşa edilecek yeni binadan paydaşlara verilecek bağımsız bölümlerin, yıktırılan yapıda sahip olduklarıyla birebir aynı özellikleri barındırması beklenemez. Eski ve yeni bağımsız bölümlerde farklılıkların bulunması, kentsel dönüşümün doğası gereğidir. Ancak paydaşlara, müm-

96 Anayasa Mahkemesi kararında, mahkemenin başvuru tarafından yapılan hukukî nitelikleme ile bağlı olmadığı, olay ve olguların hukukî tasvirini mahkemenin takdir edeceği, başvuruçuların Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davanın, maliklerce alınan kararın hukuka aykırılığının tespiti ve iptali amacına yönelik olduğu belirtilmiştir. Bkz. AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022.

97 AYM, B. 2018/1567, 10.02.2022.

98 Yarg. 3. HD., E. 2018/4855, K. 2019/8655, 04.11.2019, (Legalbank).

kün olduğunca eski durumlarıyla örtüşen bir proje (paylaşım modeli) teklif edilmelidir. Meselâ, yapılacak yeni binadaki bağımsız bölümlerin bulunduğu kat, cephe ve manzarasının, yıktırılan binadaki hâli ile örtüşmesi sağlanabilir⁹⁹. Bu özelliklerin örtüştürülememesi durumunda ise, meşru, hakkaniyete uygun ve kabul edilebilir bir gerekçe sunulmalıdır. Buna karşın, eski ve yeni bağımsız bölümlerin büyüklüğü (brüt ve net inşaat alanı), eşit olmayabilir. Zaten inşa edilen yeni yapıdaki bağımsız bölümler, genellikle eskisine göre daha küçük olur. Bu, kentsel dönüşümün doğasında var olan bir durumdur¹⁰⁰. Ancak kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan riskli yapının yerine yenisinin yapılması amacıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenirken temel amaç, mülkiyet hakkının korunması olmalıdır¹⁰¹. Bu sebeple, arsa maliklerinin sahip oldukları arsa payları, orantısız biçimde azaltılamaz. Yıktırılan ve yeni yapılan binadaki bağımsız bölümler arasında büyüklükleri (metrekare) bakımından açık oransızlık bulunmamalıdır¹⁰². Sonuç olarak inşa edilecek binadaki bağımsız bölümlerin, hukuki, teknik veya ekonomik sebeplerle önceliklere göre farklılıklar taşıması zorunluluk arz edebilir. Ancak bu hâlde de eşitlik ve orantılılık ilkelerine riayet edilmesi şarttır¹⁰³. Gerçekten, yeterli çoğunluk sağlanarak alınan karar ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esasları, bütün paydaşlar açısından kabul edilebilir nitelikte olmalıdır. Bu, ancak taraf menfaatlerini dengeleyen ve hakkaniyetli bir paylaşım ile sağlanabilir. Hiç kimseden hakkaniyet gereği kabulü kendisinden beklenemeyen bir paylaşım şekline taraf olması (imza atması) beklenebilir¹⁰⁴. Hakkaniyet, kısaca “somut olay adaleti” şeklinde ifade edilmek-

99 Aynı yönde bkz. Çağatay, s. 131; Günay, s. 111.

100 Günay, s. 111; İnal, s. 137.

101 Yarg. 3. HD., E. 2018/4855, K. 2019/8655, 04.11.2019: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri düzenlenirken mülkiyet hakkının korunması temel amaç edinilmelidir. Kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma imkanı tanıyan aynı bir hak niteliğinde olan mülkiyet hakkı, sahibine en geniş kapsamlı yetkileri verir. Mülkiyet hakkı Anayasanın 35. maddesi ve bu maddeye uygun olarak çıkarılan kanunlarla korunduğu gibi, 5170 sayılı Kanunla değişik Anayasanın 90. maddesi ile kanun hükmünde olduğu kabul edilen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokolün 1. maddesiyle de güvence altına alınmıştır.” (Legalbank).

102 Öz, s. 398; Günay, s. 123, 125; İnal, s. 137; Yarg. 3. HD., E. 2018/4855, K. 2019/8655, 04.11.2019: “Kentsel dönüşüm kapsamında yıktırılan binanın yerine yenisinin yapılması kararının verilmesi durumunda, bina maliklerinin sahip olduğu pay oranlarının orantısız biçimde azaltılması mülkiyet hakkını zedeleyecektir.” (Legalbank).

103 İnal, s. 146.

104 Eyüboğlu, s. 256; İnal, s. 146.

tedir. Nitekim hakkaniyet, somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulması suretiyle adaletin sağlanmasına yönelik kullanılan bir ilkedir¹⁰⁵. Hâkim, somut olayda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının hakkaniyete uygun olup olmadığını, olayın bütün özelliklerini dikkate alarak taktir yetkisi çerçevesinde değerlendirmelidir¹⁰⁶. Ancak bu teknik bilgi de gerektiren bir iş olduğundan, değerlendirme yapılırken mutlaka bilirkişi görüşü alınmalıdır. Yargıtay, bu tür durumlarda, bilirkişi görüşü alınmadan verilen kararların, hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁷.

Sonuç olarak, hakkaniyetin sağlanmadığı -adil olmayan- bir paylaşım şeklinde (modelinde) yukarıda açıklanan gerekçelerle ve Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, mülkiyet hakkı ihlali söz konusu olur. Bu hâlde, mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verdiğinden, yeterli çoğunluk sağlanmış da olsa, paydaşlarca alınan karar ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzdür¹⁰⁸. Nitekim TBK m. 27/II'e göre, "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*" Gerçekten de, mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuran bir hukukî işlem, her şeyden evvel AY. m. 35 ve TMK m. 683 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Bu tür işlemler, hukuka aykırı olup, kesin hükümsüz kabul edilir¹⁰⁹. Kesin hükümsüz hukukî işleme dayalı olarak kentsel dönüşüm uygulaması gerçekleştirilemez¹¹⁰. Yüklenici iyiniyetli

105 Hakkaniyet hakkında bkz. Seyfullah **Edis**, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993, s. 217-218; Ümit Vefa **Özbay**, "Roma Hukuku'nda ve Çağdaş Hukukta Hakkaniyeti Sağlama Yolları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, Ocak 2016, s. 122 vd.; Havva **Karagöz**, "Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2010, s. 36.

106 **Günay**, s. 121; Gerçekten de, hızlı çözümler getirmek amacıyla ihdas edilen kentsel dönüşüm mevzuatının yazım tekniği açısından eksiklikler ve hatalar barındırdığı açıktır. Bu bağlamda, söz konusu mevzuattan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde yalnızca lafzi yorumla yetinilmemesi, aynı zamanda amaçsal ve tarihsel yorum yöntemlerinin de dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Üstün/Bulut**, s. 22.

107 Yarg. 3. HD., E. 2018/4855, K. 2019/8655, 04.11.2019: "*Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vermemelidir. (HMK m. 266)*" (Legalbank).

108 Aynı yönde bkz. **Öz**, s. 398, 399; **İnal**, s. 144, 162; **Denizhan**, s. 50.

109 **İnal**, s. 162.

110 **İnal**, s. 144.

olsa da, paydaşlarca alınan karar ve kararın uygulanması amacıyla düzenlettirilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesin hükümsüz olduğundan, herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmazlar¹¹¹. Kesin hükümsüzlük, ilgili hukukî işlemin kurulduğu andan itibaren etkilidir. Hukukî işlem, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. İşlemin kesin hükümsüzlüğü, her zaman ileri sürülebilir. Bunun için herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre yoktur. Ayrıca bir irade beyanında bulunmak veya dava açmak gerekmez. Yalnız, hukukî işlemin kesin hükümsüzlüğünün tespiti davası açılabilir. Bu kapsamda mahkemece verilecek karar, tespit hükmü niteliğindedir¹¹².

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kentsel dönüşüm kapsamında da olsa, riskli yapının bulunduğu arsada yeniden bina yaptırılması kararının alınması ve bu amaçla düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, özel hukuk alanında yer alan hukukî işlemlerdendir. Özel hukuk alanında bulunan işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar, adli yargının görev ve yetki alanına girmektedir. Bu hâlde, 6306 sayılı Kanun kapsamında yeniden bina yaptırılmasına yönelik paydaşlarca alınan karar ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, adli yargı denetimine tabidir¹¹³.

Görevli mahkemenin belirlenmesinde uygulamada riskli yapının yıkılmış olup olmadığına göre karar verilmektedir. Yargıtay¹¹⁴, riskli yapı

111 **Öz**, s. 401; **Denizhan**, s. 50.

112 **Öz**, s. 400; **İnal**, s. 167, 168; Kesin hükümsüzlük hakkında bkz. **Eren**, s. 384 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 184 vd.; O. Gökhan **Antalya**, Marmara Hukuk Yorumu- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 185 vd.

113 **Günay**, s. 114; **İnal**, s. 170.

114 Yarg. 20. HD., E. 2015/12215, K. 2015/9854, 21.10.2015: “Davacının beyanı ve dosyaya sunulan bilgi ve belgelerden İstanbul ili, Bahçelievler, Kocasinan ilçesinde 4089 sayılı parselde 265 m2 arsa alanı olan 21 nolu binanın yıkılmış olduğu anlaşılmıştır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunun 47. maddesinde “Anayapının tümü harap olmuşsa, anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer.” hükmünü içermekte olup, dava konusu ana taşınmazın yıkılmış olduğu anlaşılmakla üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erdiğinden uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” (Legalbank); Yarg. 18. HD., E. 2015/1794, K. 2015/15821, 04.11.2015: “... dava konusu anataşınmazın üstündeki yapının yıkılmadığı ve kat mülkiyetinin müşterek mülkiyete dönüşmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin gerekçesinde belirttiği gibi 6306 sayılı Yasanın 6. maddesinde, yapının yıkılması ve kat mülkiyeti ve kat irtifakının müşterek mülkiyete dönüştürülmesinden sonra müşterek maliklerin 2/3 çoğunluk ile alacakları karar ile yapacakları işler düzenlenmiş olup, yapı

yıkılmış ve taşınmaz boş arsa hâlindeyse, artık kat mülkiyetine tabi bir yapıdan söz edilemeyeceğinden, asliye hukuk mahkemesini görevli kabul etmiştir. Buna göre, riskli yapı henüz yıktırılmamış ise, yapının kat mülkiyetine tabi olup olmadığına bakılır. O hâlde, yıkımı gerçekleştirilmemiş olan riskli yapı kat mülkiyetine tabi ise, sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Buna karşın, riskli yapı kat mülkiyetine tabi değilse ve de yıktırılmamışsa, asliye hukuk mahkemesi görevli kabul edilir¹¹⁵. Yargıtay'ın görüşünün, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Ek m. 1¹¹⁶ ve m. 33/I¹¹⁷ hükümleri doğrultusunda şekillendiği düşünülmektedir. Ancak kanaatimizce, bahsi geçen uyuşmazlık, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından değil, her

yıkılmadığına ve kat mülkiyeti müşterek mülkiyete dönüştürülmediğine göre kat malikleri kurulu kararlarının iptali davası Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Davanın bu niteliğine göre; 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın Ek 1. maddesine göre, bu Yasanın uygulanmasından doğan her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümleneceğinden mahkemece, tarafların bütün delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Legalbank); Yarg. 20. HD., E. 2017/2970, K. 2018/2491, 02.04.2018; "Dosyada ki bilgi ve belgelerin incelemesinden davacı tarafça iptali istenilen 04/01/2016 tarihli toplantı tarihinde anataşınmazın yıkılarak arsaya dönüştüğü, kat mülkiyetinin terkin edildiği anlaşılacakla davacının iptalini istediği toplantının Kat Mülkiyeti Kanununa tabi kat malikleri toplantısı olmadığı, genel hükümler çerçevesinde müşterek mülkiyet hükümleri gözetilerek bulundurulacak uyuşmazlığın çözümlenmesinin gerektiği gözardı edilerek işin esasına girilip oluşacak sonuca göre karar vermek yerine yazılı olduğu şekilde sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir." (Legalbank); Aynı yönde bkz. **Kiraz**, s. 158; **Günay**, s. 132; **Denizhan**, s. 46; **Ellek**, s. 390.

- 115 Görevli mahkemenin belirlenmesinde taşınmazın tapu kaydının celbi yerinde olur. Taşınmaz üzerindeki kat mülkiyeti, dava tarihi itibarıyla terkin edilmişse, asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu tereddütsüz kabul edilmelidir. Bkz. **Pakel**, s. 224.
- 116 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Ek m. 1: "Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık **sulh mahkemelerinde** çözümlenir."
- 117 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 33/I: "Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz. Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, anagayrimenkulün bulunduğu yerin **sulh mahkemesine** başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir."

durumda 6306 sayılı Kanun'dan ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir ayırım yapılmaksızın, 6306 sayılı Kanun kapsamında alınan yeniden bina yaptırılması kararı ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yalnızca asliye hukuk mahkemesince denetlenmelidir.

Yeterli çoğunluk sağlanarak alınan yeniden bina yaptırılmasına dair karar ile düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının denetimi talebiyle açılan davada yetkili mahkeme, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir¹¹⁸. Söz konusu uyuşmazlık, taşınmaz üzerindeki aynı hakka veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek bir nitelik taşıdığından, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 12/1¹¹⁹ gereğince kesin yetki kuralı uygulanır. Dolayısıyla davanın başka bir yerde açılması mümkün değildir.

SONUÇ

Türkiye, büyük depremler üretme potansiyeline sahip fayların bulunduğu bir ülke olup, topraklarının önemli bir kısmı birinci derece deprem kuşağı üzerinde yer almaktadır. Depremler sebebiyle oluşabilecek can ve mal kayıplarının önüne geçilmesi amacıyla, riskli yapıların (binaların) hızlı bir şekilde yıktırılarak depreme dirençli yeni binaların inşa edilmesi gerekmektedir. Bu, ancak sağlıklı ve hızlı işleyen bir kentsel dönüşüm süreci ile mümkündür. Türkiye'de kentsel dönüşümle ilişkin ulusal ölçekte doğrudan yasal bir düzenleme, ancak 31.05.2012 tarihli 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'la, riskli yapıların güçlendirilmesine (iyileştirilmesine) ve yıktırılıp yeniden inşasına dair usul ve esaslar belirlenmiştir. Önemli oranda yıkıma ve can kayıplarına yol açan Kahramanmaraş merkezli 6 Şubat 2023 tarihli deprem, kentsel dönüşüm çalışmalarının gözden geçirilmesi, hızlandırılması ve ivedilikle tamamlanması yönünde bazı tedbirlerin alınması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Nitekim, kentsel dönüşüm sürecini aksatan ve sürecin uzamasına sebebiyet veren etkenlerin tespit edilerek ortadan kaldırılması, sürecin sağlıklı ve hızlı ilerlemesini sağlayacak bazı istisnâi yasal düzenlemelerin yürürlüğe konulması şarttı. Bu kapsamda, 7471 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi

118 Öz, s. 400; Günay, s. 131.

119 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 12/1: “Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.”.

Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ihdas edilmiş ve yürürlüğü konulmuştur.

7471 sayılı Kanun’la getirilen en önemli değişiklik, riskli yapının bulunduğu arsada yeni bina yaptırılmasına, hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınabilmesine imkân tanınmış olmasıdır. Değişiklikle, “*en az üçte iki çoğunluk*” olan karar yeter sayısı düşürmüş, “*salt çoğunluk*” olarak revize edilmiştir. Böylece kentsel dönüşüm sürecine hız kazandırılması amaçlanmıştır.

Uygulamada, riskli yapının bulunduğu arsada kentsel dönüşüm kapsamında yeni bina yaptırılması, ekseriyetle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sözleşme ile arsa maliklerine verilmesi planlanan bağımsız bölümler hakkında, özellikle büyüklükleri (brüt ve net inşaat alanı), bulunduğu kat, cephe ve manzarası üzerinde sıklıkla uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıklar, arsaya birlikte malik olanlardan bazılarının, bina yaptırılması kararına ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine imza atmaktan kaçınmasına sebebiyet vermektedir. Kanun koyucu, bu durumun önüne geçmek amacıyla, yeterli çoğunluk sağlanarak alınan karara katılmayan paydaşların arsa paylarının satışa çıkarılacağı bir düzenleme öngörmüştür. İmzadan kaçınan paydaşların arsa paylarının, Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılınca kadar işlem tekrarlanmak suretiyle satışı gerçekleştirilir (6306 sayılı Kanun m. 6; Uygulama Yönetmeliği m. 15).

Öte yandan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarını reddeden; ancak arsa payının satışını da arzu etmeyen paydaşlara, yargısal denetim imkânı tanınmalıdır. Aksi hâlde, yeterli çoğunluk sağlanarak alınan bir karar ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, diğer paydaşlara pay satışı tehdidi ile dayatılabilir. Oysa, yeterli çoğunluk sağlansa da, alınan karara katılmayan paydaşlar (azınlık), menfaatlerine açıkça aykırı olan, taşınmazın eski durumuna göre açık dengesizlikler barındıran bir paylaşım şeklini kabul etmeye zorlanamazlar. Kanun koyucu, kamu yararı amacıyla kentsel dönüşüm uygulamalarını hızlandırmaya yönelik düzenlemeler getirirken mülkiyet hakkına ölçsüz müdahaleden kaçınmalıdır. Kuşkusuz, bahsi geçen menfaatler arası dengenin sağlanıp sağlanmadığının yargısal denetimi, gerekli ve zorunludur. Zaten mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olduğunun kabulü için öncelikli şart,

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşım esaslarının yargısal denetime tabi olmasıdır.

İnşa edilecek yeni binadan verilmesi planlanan bağımsız bölümler ile yıktırılan binada sahip olunan bağımsız bölümler arasında bazı farklılıkların bulunması, kentsel dönüşümün doğasında var olan ve kabul edilebilir bir durumdur. Nitekim inşa edilecek binadaki bağımsız bölümlerin, hukuki, teknik veya ekonomik sebeplerle öncekilere göre farklılıklar barındırması zorunluluk arz edebilir. Ancak kentsel dönüşüm kapsamında da olsa, temel amaç, mülkiyet hakkının korunması olmalıdır. Paylaşımında eşitlik ve orantılılık ilkelerine riayet edilmelidir. Paylaşım esasları, bütün paydaşlar için kabul edilebilir nitelikte olmalı ve arsa paylarının orantısız biçimde azalmasına yol açmamalıdır. Taraf menfaatlerini dengeleyen ve hakkaniyetli bir paylaşım modeli kararlaştırılmalıdır. Aksi hâlde, mülkiyet hakkının ihlali söz konusu olur. Hâkim, somut olayda, paylaşım esaslarının hakkaniyete uygun olup olmadığını, bilirkişi görüşünden de faydalanmak suretiyle olayın bütün özelliklerini dikkate alarak taktir eder.

Yukarıda belirtilen ilkelere riayet edilmeksizin alınan karar ve düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi -yeterli çoğunluk sağlanmış olsa dahi- mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verdiği için, hukuka aykırıdır. Bu hâlde, alınan karar ve bu karara dayanılarak düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Açar, Emre, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 57, 2024, s. 225-246.

Akıpek, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Amıraslanlı, Nijat, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 53, 2023, s. 81-114.

Antalya, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Arslan, Nurcan, “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 13, S. 47, 2021, s. 347-374.

Bekem, Berkcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kentsel Dönüşüm Hukuku”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 95, S. 6, 2021, s. 20-41.

Çağatay, Saliha, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uyarınca Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 9, 2014, s. 115-138.

Çakır, Hüseyin Melih/**Ülker**, Barış, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, 2021, s. 1066-1106.

Delikaya, Ömer, Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Denizhan, Ayşe, “6306 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin Birinci Fıkrası Kapsamında Uzlaşmayan Azınlığın Arsa Payının Satışına İlişkin Talebin İdarece İncelenme Usulüne İlişkin Bir Değerlendirme”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 14, 2016, s. 31-56.

Duymaz, Erkan, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sorunları”, Ankara Barosu Dergisi, C. 81, S. 3, 2023, s. 229-262.

Edis, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993.

Ellek, Ahmet Arif, “Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2021, s. 375-393.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023.

Ertaş, Şeref, “Kentsel Dönüşüm Kanunu, Mülkiyet Hakkının Sınırları”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, 2019, s. 1803-1813.

Eyüboğlu, Mahmut, “Güncel Uygulamalar Işığında Kentsel Dönüşüm”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 1, 2015, s. 243-258.

Günay, Meryem, “Riskli Yapılarda Ortak Karar Protokolüne Karşı Açılan Davalar ve Hâkimin Müdahalesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 14, Temmuz 2016, s. 105-133.

İnal, Emrehan, Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapılar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Kara, İlhan, “Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 3, S. 1, 2016, s. 149-174.

Karagöz, Havva, “Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2010, s. 35-55.

Kiraz, Ali Güveç, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Yasanın İdare Hukuku ve Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 3, 2020, s. 154-161.

Koçaklı, Engin, “Riskli alanlarda Maliklerin Uygulamasında 2/3 ile Karar Alınması ve Bu Alınan Kararlar Doğrultusunda İdarenin Kararları Uygulama Olanağı ve Görevi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 14, Temmuz 2016, s. 135-159.

Oğurlu, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt- 1, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

Öz, Turgut, “Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 391-402.

Özbay, Ümit Vefa, “Roma Hukuku’nda ve Çağdaş Hukukta Hakkaniyeti Sağlama Yolları”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2016, s. 121-145.

Özkan Duvan, Ayşe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 660-681.

Özmen, Etem Saba, “6306 Sayılı Yasa Kapsamında Taşınmaz Hukukuna Dayalı Eleştiriler”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2019, s. 43-51.

Özmen, Etem Saba/Ayar, Ahmet, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Eski Arsa Payından Paylı Mülkiyete ve Yeni Arsa Payına Uzanan Süreçte

Yanılgılar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 34, S. 156, 2021, s. 139-163.

Özmen, Etem Saba/**Şengül**, Mehmet, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

Özsunay, Ergun, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 6, 2014, s. 15-51.

Öztürk, Kürşat, “Riskli Yapılarda Satış Kararının İptali İçin Açılan Davalarda İdari Yargının Ortak Karar Protokolünün Eki Olan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Eşitlik ve Adalet İlkeleri Açısından Denetimi/Denetlemesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 16, 2017, s. 11-25.

Pakel, Nafi, “Kentsel Dönüşüm ve Ortaklığın Giderilmesi Davası”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 3, 2016, s. 219-226.

Paksoy, Meliha Sermin, “Kat Mülkiyeti Kanunu Çerçevesinde Arsa Payının Düzeltilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 187-188, 2020, s. 335-371.

Saltık, Şenol, “6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 1, 2018, s. 234-250.

Seçkin, Sinan, “6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve İdarenin Zor Kullanma Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2024, s. 463-511.

Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Tezcan, Murat/**Canbolat**, Beyza, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi”, S. 138, 2018, s. 107-134.

Üstün, Gül/**Bulut**, Ali, “Kanun Koyucunun Amacı Bağlamında 7471 Sayılı Kanunun Öngördüğü Kentsel Dönüşüm Sürecine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, C. 19, S. 61, Ocak 2024, s. 1-25.

Yolcu, Fidan, “Türkiye’de Kentsel Dönüşümün Yasalar ve Aktörler Üzerinden Dönemsel Olarak Değerlendirilmesi”, Planlama Dergisi, C. 31, S. 3, 2021, s. 393-401.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**2024/2853 Sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin
Getirdiği Esaslı Değişikliklerin Değerlendirilmesi**

**Evaluation of the Substantive Changes Introduced by the
New Product Liability Directive no. 2024/2853**



Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur Merve YAZICI ÇAKMAK*



10.60002/ebyuhfd.1664858

ÖZ

Avrupa Birliği hukukunda, kırk yıl önce yürürlüğe girmiş olan 85/374 sayılı Direktif'in dijital çağın koşullarına ve döngüsel ekonomiye uyarlanabilmesi gerekliliği nedeniyle, Direktif üzerinde oldukça kapsamlı bir revizyona gidilmiştir. Bunun sonucunda, 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi, 9 Aralık 2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenleme ile yazılım ürün kapsamına dahil edilmiş, özgür ve açık kaynak yazılımlar kapsam dışı bırakılmış, ürün üzerinde imalatçının kontrolünün bulunacağı durumlar düzenlenmiş, ispat yükünün dağılımı ve delillerin açıklanması konusunda zarar gören lehine değişiklikler yapılmış, sorumlu muhatapların çevresi genişletilmiş, zarar için azami ve asgari sınırlar belirlenmiştir.

- * Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 24.03.2025 | **Kabul/Accepted:** 12.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ayşe Nur Merve Yazıcı Çakmak, "2024/2853 Sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Getirdiği Esaslı Değişikliklerin Değerlendirilmesi", EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (495-537).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

nırlar kaldırılarak tazmin edilecek zarar türleri artırılmıştır. Bu gibi esaslı değişikliklerin yanında daha birçok hususta değişikliğe gidilmiştir. Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi Türk hukukunda da Avrupa Birliği hukukuna uyum amacı kapsamında, Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'ne uyumlu düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bu çalışmada Direktif için temel nitelikte olan; ürün olarak yazılım, imalatçının kontrolü kavramı, ispat yükünün dağılımı ve delillerin açıklanması, sorumluların kim olduğu, zararın kapsamı ile ilgili açıklamalar ve değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İmalatçının Kontrolü, Özgür ve Açık Kaynak Yazılım, 2024/2853 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi, İspat Yükü, Delillerin Açıklanması

ABSTRACT

Due to the need to adapt Directive 85/374, which entered into force forty years ago, to the conditions of the digital age and the circular economy, a very comprehensive revision was made on Directive. As a result, the New Product Liability Directive 2024/2853 entered into force on December 9, 2024. With the new regulation, software has been included in the scope of the product, free and open source software is excluded from the scope, situations where the manufacturer has control over the product have been regulated, amendments have been made in favor of the injured party regarding the distribution of the burden of proof and the disclosure of evidence, the circle of liable persons has been expanded, and the types of damages to be compensated have been increased by removing the maximum and minimum limits for damages. In addition to such fundamental amendments, many other amendments have been made. As is the case in the European Union countries, Turkish law also needs to be harmonized with the New Product Liability Directive within the scope of harmonization with the European Union law. In this study, explanations and evaluations will be made on software as a product, control of the manufacturer, distribution of the burden of proof and disclosure of evidence, the circle of liable persons, and the scope of damages, which are fundamental for the Directive.

Keywords: Manufacturer's Control, Free and Open Source Software, Directive 2024/2853 on Liability for Defective Product, Burden of Proof, Disclosure of Evidence

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nde 85/374 sayılı Direktif ile üreticinin, piyasaya sürdüğü hatalı ürünler dolayısıyla zarar görenlere karşı tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir.¹ Ekonominin ve ürünlerin giderek dijitalleştiği dünyada,

1 Bilge Öztan, İmalatçının Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 1982, s. 21; Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin

85/374 sayılı Direktif'in oldukça geride kaldığı görülmektedir. Belli konularda yorum yapılarak bazı sonuçlara varmak mümkün olsa dahi, çağa uygun yeni düzenlemeler yapmak daha iyi sonuçlar verecektir.² Direktif'in kabul edildiği 1985'te Avrupa pazarında bulunabilecek ürünler, bugünkü ile aynı teknik karmaşıklığa ve özelliklere sahip değildir. Avrupa Komisyonu'nun, 2018 yılında yayınlanan 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Değerlendirilmesine İlişkin Raporu'nda³, yaşanan teknolojik gelişmeler sonucunda 1985 yılında kabul edilen Direktif'in günümüze hitap etmekte zorlandığı; dijitalleşme, nesnelerin interneti, yapay zekâ, siber güvenlik gibi konuların konuşulmaya başlandığı ve yapay zekâyâ evrilen bir döneme girildiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda 1985 yılında kabul edilen Direktif'in revizyona ihtiyaç duyabileceği açıklanmıştır. Rapor'da; özellikle ürün kavramının kapsamı, ispat yükü, zarara ilişkin belli bir eşik bulunması, zamanaşımı süresi gibi konular üzerine değerlendirme yapılmıştır.

85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin revize edilmesine ilişkin Avrupa Komisyonu'nun 2022/495 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktif Önerisi⁴ 28 Eylül 2022 tarihinde yayımlanmıştır. Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin yaklaşık 40 yıl önce yürürlüğe girmesinden bu yana ilk kez kapsamlı bir revizyon yoluna gidilmesi nedeniyle Direktif Önerisi oldukça

Yayınevi, Ankara 2005, s. 21; Çiğdem **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 2; Akın **Ünal**/Arif **Kalkan**, "Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler", TAAD, S. 39, 2019, s. 63; Erhan **Kanışlı**, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78, S. 3, 2020, s. 1419; Heinz **Rey**, Ausservvertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2008, Rn. 1177.

2 Gerhard **Wagner**, "Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel", Juristen Zeitung, 78, S. 1-2, 2023, s. 5.

3 *Evaluation of the Council Directive 85/374/EEC on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products* SWD (2018) 157 Final, 2018, (çalışmada "Komisyon Değerlendirme Raporu" olarak anılacaktır), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0157#footnoteref56>, E. T. 15.09.2023.

4 COM (2022) 495, 2022/0302 (COD) "Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi Önerisi" (Çalışmada "Komisyon Önerisi" olarak anılacaktır), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495&qid=1728563037874>, E. T. 09.10.2024

önemlidir. Yazılım ve yapay zekâ sistemlerinden kaynaklanan ve her geçen gün artış gösteren ürün risklerine karşı yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu, Ürün Sorumluluğu Yasası'nın modernizasyonudur.⁵

Direktif Önerisi, Avrupa Parlamentosu tarafından birtakım değişiklikler yapılarak⁶ 12 Mart 2024 tarihinde onaylanmıştır. Avrupa Konseyi'nin onayı ile birlikte 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi 18 Kasım 2024 tarihinde yayımlanmış ve takip eden yirminci günde yürürlüğe girmiştir.⁷ Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile yazılım, yazılım güncellemeleri, yapay zekâ veya dijital hizmetler (örneğin robotlar, insansız hava araçları veya akıllı ev sistemleri), revize edilmiş ürün sorumluluk kuralları kapsamına dahil edilmiştir.⁸ Ürünün piyasaya sürülmesinden sonra da imalatçının kontrolünde bulunduğu durumlarda, sorumluluğundan söz edilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Yenilikçiliği ve araştırmayı engellemek amacıyla, özgür ve açık kaynak yazılımlar kapsam dışı bırakılmıştır. Esaslı değişiklik yapılmış ürünler için sorumluluk kuralları oluşturulmuştur. Bunun yanı sıra teknik ve bilimsel karmaşıklık karşısında tazminat taleplerinin ileri sürülmesindeki zorluklar azaltılmak istenmektedir. Bunun gerçekleştirilmesi için, hatalı ürünlerin mağdurlarına yönelik adil tazminat sağlama yönünde, Üye Devletlere tek tip kurallar oluşturulmaktadır.⁹ Zarar görenlere yüklenmiş olan ispat yükünün, tazminat taleplerinin ileri sürülmesi önünde engel oluşturması nedeniyle, zarar görenler için iyileştirilmiş kurallar getirilmiş, ispat yükünün dağılımı ve delillerin açıklanması konusunda, zarar gören lehine hata ve illiyet bağı karineleri öngörülmüştür. Maddi hasar için 500 Euro'luk asgari sınır ile ölüm veya yaralanma sonucu ortaya çıkan zararlar için 70 milyon Euro'luk azami sorumluluk sınırı ortadan kaldırılmıştır. Sorumlu muhatapların genişletilmesi noktasında önemli değişiklikler yapılarak imalatçı,

5 Stefan **Müller**, “Produktfehler und Beweisregeln nach dem Kommissionsvorschlag zur Novellierung des EU-Produkthaftungsrechts”, InTeR, 2024, s. 6.

6 Çalışmada Avrupa Parlamentosu'nun, Komisyon Öneri metninde yaptığı bazı değişiklikler özel olarak belirtilmektedir. Bu kısımlarda “*Parlamento Yasama Kararı*” ifadesi kullanılacaktır. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html, E. T. 10.10.2024.

7 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi (Çalışmada “Ürün Sorumluluğu Direktifi” olarak anılacaktır. Eski Direktif “85/374 sayılı” şeklinde özel olarak belirtilecektir), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024L2853>, E. T. 28.11.2024. Direktif, yürürlüğe girmesinden itibaren 24 ay sonra (9 Aralık 2026'dan sonra) piyasaya sürülen ürünler için geçerlidir.

8 Otmir **Philipp**, “Verbraucherschutz: Änderung der Produkthaftungsrichtlinie”, EuZW, 2024, s. 492 vd.

9 Ürün Sorumluluğu Direktifi (3) no.lu gerekçe.

ithalatçı, dağıtıcının yanı sıra yetkili temsilci, ifa hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, üründe esaslı değişiklik yapan kişi için sorumluluk düzenlemesi yapılmıştır.

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile değişiklik yapılan ve değerlendirilmesi gereken birçok konu (zamanaşımı, hata kavramının genişletilmesi, geliştirme riski savunmasından muafiyet, ürün piyasaya sürüldükten sonra imalatçının özellikle yazılım güncelleme ve yükseltmeleri gibi ürünü etkileyen hallere sorumluluğunun genişletilmesi) mevcuttur. Ancak bazı esaslı değişiklikleri daha ayrıntılı değerlendirmek adına çalışmada konu sınırlaması yapılmıştır. Bu çalışma ile özellikle yazılımı da içine alan genişletilmiş ürün kavramına, ürünün imalatçının kontrolünde olduğu durumlara, ispat yükünün dağılımında ve delil açıklama yükümlülüğünde meydana gelen devrim niteliğinde değişikliklere, sorumluluğun muhataplarında ve zarar kapsamında yapılan genişletmelere odaklanılmaktadır.

I. GENİŞLETİLMİŞ ÜRÜN KAVRAMI

Üreticinin kusursuz sorumluluğunun temellerinin atıldığı 85/374 sayılı eski Ürün Sorumluluğu Direktifi¹⁰ m. 2’de ürün, başka bir taşınır veya taşınmazın bütünleyici parçası olanlar da dahil tüm taşınır mallar olarak tanımlanmış ve özel olarak elektriğin de içinde yer aldığı belirtilmiştir. Bu tanımla birlikte taşınmaz mallar, maddi varlıkta cisimleşmemiş gayri maddi mallar ve hizmetler kapsam dışında bırakılmıştır.¹¹ Ürünün belirlenmesinde somutlaştırma yapılarak maddi varlığının bulunmasının aranması, özellikle son on yılda dijital mal ve hizmetlerin ürün sorumluluğu kapsamında olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmelerde daha fazla zorluklara yol açmıştır.¹²

2024/2853 sayılı Direktif m. 4 (1)’de ürün, başka bir taşınır veya taşınmaza entegre edilmiş veya bunlarla bağlantılı olan tüm taşınırları, ayrıca elektrik, dijital üretim dosyaları, hammadde ve yazılımı kapsar bir şekilde oldukça geniş tanımlanmıştır.¹³ Dijital üretim dosyaları ve yazılımın

10 Avrupa Konseyi’nin 25.07.1985 tarihli ve 374 sayılı “*Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında Üye Ülkelerin Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Yeknesaklaştırılması Hakkında Direktifi*”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>, E. T. 10.07.2024.

11 **Kanışlı**, s. 1423; **Havutçu** s. 70.

12 **Müller**, s. 7; Aynı yönde bkz. Jan De Bruyne/Elias Van Gool/Thomas Gils, “Tort Law and Damage Caused by AI Systems”, *Artificial Intelligence and the Law*, Editör, Jan De Bruyne/Cedric Vanleenhove, 1. Bası, Intersentia, 2021, s. 427.

13 Bu tanıma, “bir taşınır veya taşınmaz ile bağlantılı olan tüm taşınırlar” ve “hammadde” ifadeleri Parlamento Yasama Kararı ile birlikte eklenmiştir.

özel olarak belirtilmesi ürün sorumluluğu adına önemli bir gelişmedir. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin odak noktasında yazılım yer almaktadır. Düzenlemede yazılıma nasıl erişildiği, bir şey üzerinde depolanıp depolanmadığı gibi ayrımlar yapılmaksızın yazılımın bir ürün olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak m. 2/2 ile özgür ve açık kaynak yazılımların, Direktif kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra Direktif'te; yazılım, dijital üretim dosyası, ilgili hizmet ve bileşene ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu başlık altında konular detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

A. Yazılım

Yazılımın ürün kapsamında olup olmadığına ilişkin 85/374/EEC Direktifi'nde herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Avrupa Komisyonu'na 1989 yılında yöneltilen bir soruya Komisyon; *“Bilgisayar yazılımı, ürün sorumluluğu kapsamına dâhildir”* cevabını vermiştir.¹⁴ Ancak bu ifadenin genel olması, hangi tür yazılımların ürün sayılacağı konusunu değerlendirmeye açmıştır. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi Önerisi öncesinde, yazılımın ürün olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Yazılımın soyut olduğu ve maddi varlığa dönüşmesi halinde ürün kabul edileceği¹⁵, cisimleşmemiş yalnızca ekranda görünen çevrimiçi

Kanaatimizce Direktif'te üretici yerine imalatçı kavramının kullanılması nedeniyle, ürün tanımına hammaddenin özel olarak eklenmesi oldukça yerinde olmuştur.

14 89/C 114/76 auf Frage Nr. 706/88, ABl. C 114 v. 8.5.1989, 42. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1989:114:FULL&from=CS>, E.T. 08.12.2023.

15 Avrupa Komisyonu'nun, bilgisayar yazılımlarının ürün sorumluluğu kapsamında olduğunu ifade etmesinden yola çıkılarak Alman hukukunda bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Ancak bilgisayar yazılımı genel bir ifade olarak kullanılmış olduğundan doktrinde farklı yorumlanmıştır. Doktrinde bilgisayar yazılımlarından sorumluluğun doğabilmesi için bunların bir taşıyıcı üzerinde var olması ve yazılımın çıktıları sonucunda taşıyıcının zarara sebep olması aranmıştır. Bir başka ifade ile, yazılımın ürün olarak değerlendirilmesi noktasında BGB § 90'dan yola çıkılmakta ve yazılımın bir şey üzerinde tecessüm etmiş olup olmadığına bakılmaktadır. Maddi varlığı bulunan bir cisim, örneğin; CD ve benzeri gibi bir bilgisayar yazılım program taşıyıcısı veya basılı bir eser ürün niteliğine sahiptir ve ürün sorumluluğuna konu olur. Christian **Katzenmeier**, “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)”, Schuldrecht: §§ 662-853, ProdHaftG, Editör, Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, 3. Auflage Nomos, Baden-Baden 2016, § 2 Rn. 3; Jürgen **Oechsler**, “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz-ProdHaftG)”, Staudinger BGB- §§ 826-829; ProdHaftG, Editör, Julius von Staudinger/Johannes Hager, de Gruyter, Baden-Baden 2021, § 2 Rn. 64; Christian **Förster**, “ProdHaftG”, BeckOK BGB, Editör, Wolfgang

içeriklerin kapsama alınmaması gerektiği¹⁶, standart-bireysel yazılım ayırımı yaparak ürün niteliğine sahip olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği¹⁷ gibi görüşler ortaya atılmıştır.¹⁸ Bazı yazarlar, Direk-

-
- Hau/Roman Poseck, 61. Auflage, C.H. Beck, München 2022, § 2 Rn. 22-24; Gerhard **Wagner**, “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)”, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2020, § 2 Rn. 17; Hans-Joachim **Hess**, Produktheftungspflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftungspflicht vom 18. Juni 1993, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, § 3 Rn. 34. Yazılımın fiziksel olarak elde edilmediği, örneğin; internet üzerinden erişildiği bir durumda maddi varlığa sahip olamadığından yazılım, Direktif’in kapsamı dışında bırakılmıştır. Daily **Wuyts**, “The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe”, Journal of European Tort Law 5, S. 1, 2014, s. 6. Elektrikli özel olarak kapsama alınmasından da yola çıkılarak maddi olmayan malların Direktif kapsamında olmadığı sonucuna varılabilir. **Wuyts**, s. 5; Boris **Handorn**/Ulrich **Juknat**, “KI und Haftung bei Medizinprodukten”, MPR, 2022, s. 84 vd.
- 16 Claudius **Taschner**/Edwin **Frietsch**, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, München 1990, § 6 Rn. 28; **Wagner**, “ProdHaftG”, § 2 Rn. 27; **Förster**, “ProdHaftG”, § 2 Rn. 23; Andreas **Cahn**, “Produkthaftung für verkörperte geistige Leistungen”, NJW, 1996, s. 2904. Bu içerikler kullanıcılar tarafından depolandıklarında nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği tartışmalıdır. Christian **Förster**, “BGB § 823 Schadensersatzpflicht”, BeckOK BGB, Editör, Wolfgang Hau/Roman Poseck, 61. Auflage, C.H. Beck, München 2022, § 2 Rn. 23.
- 17 Michael **Lehmann**, “Produkt- und Produzentenhaftung für Software”, NJW, 1992, s. 1723-24; **Oechsler**, “ProdHaftG”, § 2 Rn. 69; **Rey**, Rn. 1186; Walter **Fellmann**, “Bundesgesetz über die Produktheftungspflicht (Produktheftungspflichtgesetz, PrHG)”, Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art 1-529, Editör, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, § 3 Rn. 10. Böyle bir ayırma gidilmesinin ürün sorumluluğu bağlamında önemi yoktur. Ürünün seri üretim olup olmaması ürün sayılıp sayılmayacağı noktasında özel bir durum oluşturmaz. **Förster**, “ProdHaftG”, § 2 Rn. 22; ayrıca bkz. Jürgen **Reese**, “Produkthaftung und Produzentenhaftung für Hard- und Software”, DStR, 1994, s. 1125.
- 18 Türk hukukunda yazılımın ürün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünde görüşler için bkz. Mustafa Fadıl **Yıldırım**, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), TBV, İstanbul 1999, 73; Yeşim M. **Atamer**/Gökçe **Kurtulan Güner**, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 2, 2021, s. 556; **Kanışlı**, s. 1434; Gökhan **Şahan**, Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 70; Sinan **Okur**, Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 292; Erdem **Doğan**, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 243; Ayşe Nur Merve **Yazıcı**, Otonom Araçların Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 144.

tif'in oldukça eski olması nedeniyle yazılımı ürün kapsamında düzenlemediğini eğer Direktif bugün kaleme alınıyor olsaydı açıkça yazılımın ürün kapsamında yer alacağını¹⁹ ve yazılımın ürün olduğunun açıkça belirtilerek tartışmaların giderilmesi gerektiğini²⁰ belirtmişlerdir. 2018 yılında Avrupa Komisyonu Değerlendirme Raporu'nda, Direktif'in bazı ürünler için yetersiz kalabileceği ifade edilmiştir. Özellikle; satın alındıktan sonra güncellenen, algoritmalar aracılığıyla görevleri yerine getiren, kendi kendine öğrenen algoritmalar veya ilgili hizmet ile birlikte alınan ürünler için bu durumdan söz edilebilir.²¹

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile, yazılımın ürün kapsamında olduğu açıkça belirtilmiştir. Direktif m. 4 (1)'de ürün tanımına yazılım dahil edilmiştir. Bu düzenlemenin, dijital çağa ayak uydurulabilmesi adına yapılan en önemli düzenlemelerden birisi olduğunu söylemek mümkündür. Gerekçede de belirtildiği üzere bu çağda ürünlerin hem somut hem de soyut olduğu ve soyut ürünlerin gittikçe yaygınlaştığı görülmektedir. Bunun yanı sıra somut ürünlerin soyut ürünlerle birlikte akıllı özelliklerle satıldığı ve bazı ürünlerin bu özellikler olmaksızın işlevini yerine getiremediği görülmektedir. İşletim sistemleri, donanım yazılımları, bilgisayar programları, uygulamalar veya yapay zekâ sistemleri gibi yazılımlar piyasada giderek yaygın hale gelmektedir.²² Direktif'te genel olarak yazılım kavramı kullanılmış ve yazılımı kullanım şekline veya tedarik şekline göre ayırt etmeksizin sorumluluk kuralları belirlenmiştir. Bir başka ifadeyle yazılımın bir cihazda depolanıp depolanmadığına, bir iletişim ağı veya bulut teknolojileri aracılığıyla erişilip erişilmediğine veya bir hizmet olarak tedarik edilip edilmediğine bakılmaksızın yazılım, Direktif kapsamına alınmıştır.²³ Yapay zekâ sistem sağlayıcıları da dahil olmak üzere yazılım geliştiricisi ve imalatçısı bu Direktif kapsamında imalatçı olarak değerlendirilmektedir.²⁴

19 **Wagner**, "ProdHaftG", § 2 Rn. 27.

20 Walter **Fellmann**, "Haftpflichtrecht im Zeichen der Digitalisierung", Haftung und Versicherung (HAVE), 2021, s. 107.

21 2018 tarihli Komisyon Değerlendirme Raporu, s. 32.

22 Ürün Sorumluluğu Direktifi (13) no.lu gerekçe.

23 Ürün Sorumluluğu Direktifi (13) no.lu gerekçe. Christian **Piovano**/Christian **Hess**, "More obligations, more rights: How the new EU Product Liability Directive changes the rules for economic operators and consumers (Part 1)", IWRZ, S. 5, 2024, s. 207.

24 Gerald **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz", Computer und Recht, C. 38, S. 11, 2022, s. 690. Ürün Sorumluluğu Direktifi (13) no.lu gerekçe. 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Yasası, <https://eur->

B. Özgür ve Açık Kaynak Yazılımlar

Direktif m. 2/2’de, Direktif’in ticari bir faaliyet dışında geliştirilen veya tedarik edilen özgür ve açık kaynak yazılımlara uygulanmayacağı²⁵ belirtilmiştir. Özgür ve açık kaynak yazılımlar, yenilikçiliği ve araştırmayı engellemek amacıyla²⁶, Direktif’in kapsamı dışında tutulmaktadır. Gerçekçede de belirtildiği üzere özgür ve açık kaynak yazılımlar; kaynak kodunun açıkça paylaşıldığı ve kullanıcıların yazılımın kodlarına veya değiştirilmiş sürümlerine serbestçe erişebildiği, bu yazılımları kullanabildiği, değiştirebildiği ve yeniden dağıtabildiği durumlarda, piyasadaki araştırma ve yeniliklere katkıda bulunabilir. Bu tür yazılımlar, herkesin yazılımı çalıştırma, kopyalama, dağıtma, inceleme, değiştirme ve geliştirme özgürlüğüne sahip olmasını sağlayan lisanslara tabidir.²⁷ İnovasyon veya araştırmayı engellemek için Direktif, ticari bir faaliyet dışında geliştirilmiş veya tedarik edilmiş özgür ve açık kaynak yazılımlara uygulanmamalıdır; zira bu şekilde geliştirilen veya tedarik edilen ürünler tam olarak piyasaya arz edilmemektedir.²⁸ Bu tür bir yazılımın geliştirilmesi veya bu yazılıma katkıda bulunulması, bu yazılımın, piyasaya arz edilmesi (piyasaya sürme- *placing on the market- Inverkehrbringen*) veya piyasada bulundurulması (*making available on the market- Bereitstellung auf dem Markt*) olarak anlaşılmamalıdır.²⁹ Bu tür yazılımların açık depolarda sunulması, ticari bir faaliyet kapsamında gerçekleşmediği sürece, kullanım

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202401689#d1e8609-1-1, E. T. 30.11.2024. Yazılım ürün kapsamına alınmasına rağmen Direktif m. 12/2 (a) ile yazılım imalatçısına rücu edilemeyecek bazı hallere de düzenlemeye yer verilmiştir. Yazılım imalatçısının mikro işletme ve küçük işletme olması halinde, bu işletmelerin yenilikçi kapasitelerini desteklemek adına, hatalı yazılım nedeniyle zarar meydana gelmesi halinde, yazılımı ürününe entegre eden imalatçı ile yazılım imalatçısının, yazılım imalatçısına başvuramaması konusunda anlaşarak sözleşme yapmalarına izin verilmiştir. Ancak zarar gören için böyle bir anlaşma yapılması mümkün değildir. Bu anlaşma ancak yazılımı ürününe entegre eden imalatçı ile yazılım imalatçısı arasında geçerlidir. Ürün Sorumluluğu Direktifi (54) no.lu gerekçe.

25 Bu fıkranın Direktif’e Parlamento Yasama Kararı ile eklendiği görülmektedir. Daha önce Komisyon Önerisi (13) no.lu gerekçede değinilmiş ancak m. 2’de özel olarak belirtilmemiştir. Fıkra yapıları bu ekleme oldukça yerinde olmuştur.

26 Ürün Sorumluluğu Direktifi (14) no.lu gerekçe.

27 Lisanslara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang **Straub**, Softwareschutz: Urheberrecht, Patentrecht, Open Source, 2. Auflage, Dike, Zürich 2024, s. 249 vd.

28 Ürün Sorumluluğu Direktifi (14) no.lu gerekçe.

29 Piyasaya sürülme ile dolaşıma sokulma kavramlarının farkına ilişkin bkz. Cemre **Polat**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 161. Ayrıca piyasaya arz değil ürünün dolaşıma sokulması kavramının kullanılması gerektiği yönünde bkz. **Polat**, s. 204 vd.

için piyasada bulundurma olarak değerlendirilmeyecektir. Aslında bu durumlarda, ticari bir faaliyet sırasında piyasada bulundurma söz konusu olmadığı ve bu nedenle zaten Direktif kapsamında sayılmayacağı için m. 2/2 düzenlemesi açıklayıcı nitelikte olmuştur.³⁰ Ayrıca gerekçeye göre ticari bir faaliyet dışında gerçekleştiği sürece, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından tedarik edilen özgür ve açık kaynaklı yazılımlar Direktif kapsamında olmayacaktır. Ancak bu Direktif, yalnızca yazılımın bir bedel karşılığında sunulması ya da yazılıma karşılık kişisel verilerin sağlanması durumunda uygulanacaktır. Sağlanan kişisel veriler yalnızca yazılımın güvenliği, uyumluluğu veya birlikte çalışabilirliğini artırmak amacıyla işleniyorsa, bu durum Direktifin kapsamı dışındadır.³¹

Yazılımın ücret karşılığında sunulup sunulmadığına bakılarak, Direktif kapsamında olup olmadığına karar vermek her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin; açık kaynak yazılımlar diğer donanım veya yazılımları pazarlamak için bir satış aracı olarak kullanılabilir. Bu durum, açık kaynak yazılımın ücretsiz olarak sağlanmasının altında yatan ekonomik amaç nedeniyle ticari bir faaliyetin parçası olarak sağlanıp sağlanmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu gibi durumlar için ne söyleneceği belirsizliğini korumaktadır.³² Bu, yazılım tedarik süreçlerinin ve kullanımının dikkatlice değerlendirilmesi gereken durumları ortaya koyar. Değerlendirilmesi gereken durumlardan biri, ticari faaliyet dışında tedarik edilen özgür ve açık kaynak yazılım, daha sonra bir imalatçı tarafından ticari faaliyet kapsamında bir ürüne bileşen olarak entegre edildiği ve bu şekilde piyasaya arz edildiğinde meydana gelen zararlardan kimin sorumluluğunun doğacağıdır. Direktif'in gerekçesine göre yazılımın imalatçısı, bu durumda ürün veya bileşeni piyasaya arz etme koşullarını yerine getirmemiş olacaktır. Bu nedenle ilgili yazılımın hatasından kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluğun, yazılımın imalatçısına değil, ürünün imalatçısına yönlendirilmesi gerekir.³³ Özgür ve açık kaynak yazılım kullanımı, bu yazılımların ticari ürünler içinde kullanılması durumunda doğabilecek olumsuz sonuçlardan tamamen muaf tutulmayı sağlamaz. Bunun yerine, yazılımı entegre eden imalatçı, yazılımın özellikleri ve entegrasyon sürecinde

30 Boris **Handorn**, “Die geplante Revision des europäischen Produkthaftungsrechts (auch) für Medizinprodukte”, MPR, 2023, s. 18; Raphael **Brenner**, “Software im Fokus der neuen Produkthaftungsrichtlinie”, RDİ, 2024, s. 347.

31 Ürün Sorumluluğu Direktifi (14) no.lu gerekçe.

32 **Piovano/Hess**, s. 207; **Spindler**, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 691; **Wagner**, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 15.

33 Ürün Sorumluluğu Direktifi (15) no.lu gerekçe. Benzer yönde bkz. **Wagner**, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 15.

meydana gelebilecek sorunlar nedeniyle ortaya çıkan problemlerden sorumlu tutulmalıdır.³⁴ Ancak açık kaynak yazılım üreticisinin yazılımın geliştirilmesi için finansal olarak desteklenmesi yahut özgür ve açık kaynak yazılımlarının teknik destek hizmetleri veya yazılım bakımı gibi daha kapsamlı bir hizmet yelpazesinin bir parçası olarak sunulması durumunda sorumluluğun nasıl olacağı belirsizdir.³⁵ Buna ilişkin açık bir düzenleme Direktif'te yer almamaktadır.

Dijital Unsurlar İçeren Ürünler İçin Siber Güvenlik Gerekliklerine İlişkin 2024/2847 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nde (Siber Dayanıklılık Yasası-Cyber Resilience Act³⁶), 2024/2853 sayılı Direktif'te belirsiz olan bazı hususlar açıklığa kavuşturulmuştur. Siber Dayanıklılık Yasası m. 3 (48)'de özgür ve açık kaynak yazılımlar; kullanıcıların serbestçe erişebildiği, kullanabildiği, üzerinde değişiklik yapabildiği ve yeniden kullanıma sunabildiği yazılımlar olarak tanımlanmıştır. Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin gerekçesinde amacın; ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu arasında tutarlılık ve bütünlük oluşturmak olduğu belirtilmiştir.³⁷ Bu nedenle Siber Dayanıklılık Yasası'nda özgür ve açık kaynaklı yazılımlar için yapılan düzenlemeler Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde dikkate alınarak bir yeknesaklık oluşturulmalıdır.³⁸

Siber Dayanıklılık Yasası'nın gerekçesinde³⁹, düzenlemenin yalnızca piyasada bulunan, ticari bir faaliyet sırasında tedarik edilen, dijital unsurlara sahip ürüne uygulanacağı belirtilmiştir. Özgür ve açık kaynak yazılımların da kapsama dahil olması için, ticari amaçlarla tedariki aranmaktadır. Bu düzenlemeye göre ticari bir faaliyet, yalnızca bir ürün için bir

34 Ürün Sorumluluğu Direktifi (15) no.lu gerekçe. **Piovano/Hess**, s. 207.

35 Hendrik **Schöttle**, "Cyber Resilience Act, Produkthaftungsrichtlinie und andere Baustellen für die Open Source Communities", ZfPC, 2023, s. 220; **Brenner**, s. 348. Öncelikle ürünü paket halinde piyasaya süren kişinin sorumlu olacağı noktasında tereddüt yoktur. **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 689 vd.; Philipp **Hacker**, "The European AI Liability Directives – Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future", s. 15. Bunun yanı sıra yazılım programcısının da sorumluluğunun doğacağına dair bkz. **Wagner**, "Produkthaftung für das digitale Zeitalter", s. 15.

36 20.11.2024 tarihinde AB Resmî Gazetesinde yayımlanmış ve 11.12.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dijital Unsurlar İçeren Ürünler İçin Siber Güvenlik Gerekliklerine İlişkin ve (AB) 168/2013 ve (AB) 2019/1020 sayılı Tüzükler ile (AB) 2020/1828 sayılı Direktifi'ni (Siber Dayanıklılık Yasası) tadil eden 23 Ekim 2024 tarihli ve (AB) 2024/2847 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj>, E. T. 22.11.2024.

37 Ürün Sorumluluğu Direktifi (4) no.lu gerekçe.

38 **Schöttle**, s. 219; **Brenner**, s. 347.

39 Siber Dayanıklılık Yasası (15) no'lu gerekçe.

fiyat talep etmekle değil, aynı zamanda teknik destek hizmetleri için bir fiyat talep ederek ticari hizmetlere entegrasyon gibi durumlarda da ele alınmalıdır. Örneğin; imalatçının diğer hizmetlerden para kazandığı bir yazılım platformu sağlayarak para kazanma niyetiyle yahut yalnızca yazılımın güvenliğini, uyumluluğunu veya birlikte çalışabilirliğini iyileştirmek dışındaki nedenlerle kişisel verilerin işlenmesini bir kullanım koşulu olarak talep etmesi halinde veya dijital unsurlar içeren bir ürünün tasarımı, geliştirilmesi ve sağlanmasıyla ilgili maliyetleri aşan bağışları⁴⁰ kabul etmesiyle bu durum meydana gelebilir.⁴¹ Bunun yanı sıra, özgür ve açık kaynak yazılımın geliştirme koşulları ve geliştirilmesine yönelik finansmanın olup olmaması, yazılımın ticari amaçla geliştirilip geliştirilmediğinin belirlenmesinde dikkate alınmamaktadır. Bu bağlamda, imalatçıları tarafından kâr amacı güdülmeden geliştirilen özgür ve açık kaynaklı yazılımların tedariki, ticari bir faaliyet olarak değerlendirilemez.⁴² Örneğin, açık kaynak yazılım imalatçılarının diğer imalatçılardan mali destek alması veya yazılımın geliştirilmesine katkı sağlanması, bu yazılımın ticari bir ürün olarak değerlendirilmesine yol açmaz. Ayrıca, kâr amacı gütmeyen bir kuruluş tarafından geliştirilen özgür ve açık kaynak yazılımlar, eğer kuruluşun gelirlerinin tamamı kâr amacı gütmeyen hedeflere yönlendirilerek kullanılacak şekilde bir yapı ile geliştirilmişse, bu yazılımlar ticari faaliyet olarak nitelendirilemez.⁴³

C. Dijital Üretim Dosyası

Yazılım açık bir şekilde belirtilerek Direktif kapsamına alınmış ancak bilginin, örneğin; yazılımın kaynak kodunun, e-kitaplar gibi dijital dosyaların içeriğinin, medya dosyalarının tek başına ürün sayılamayacağı ve

40 Kar elde etme niyeti olmaksızın bağış kabul etmek ticari bir faaliyet olarak değerlendirilmemelidir. Siber Dayanıklılık Yasası (15) no'lu gerekçe.

41 Siber Dayanıklılık Yasası (15) no'lu gerekçe. Benzer yönde bkz. **Wagner**, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 4.

42 Siber Dayanıklılık Yasası (18) no'lu gerekçe.

43 Siber Dayanıklılık Yasası (18) no'lu gerekçe. Bu açıklamalar 2022/454 sayılı Dijital Unsurlar İçeren Ürünler İçin Siber Güvenlik Gerekliklerine İlişkin Avrupa Komisyonu Öneri'sinin gerekçesinde bulunmuyordu. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0454>, E. T. 13.10.2024. Bu duruma ilişkin eleştiriler için bkz. Gerhard **Wiebe**/Johannes **Daelen**, “Der Cyber Resilience Act aus produktsicherheitsrechtlicher Perspektive”, EuZW, 2023, s. 258.

ürün sorumluluğunun kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.⁴⁴ Dijital dosyalar, kural olarak bu Direktif kapsamında ürün değildir. Yalnızca dijital dosyaların veri olarak bir zarara uğraması söz konusu olursa m. 6/1 (c) hükmüne göre zararın tazmini söz konusu olabilir. Bu kuralın istisnası niteliğinde, dijital üretim dosyaları için Direktif’te özel olarak düzenleme yapılmıştır. Direktif m. 4 (1)’de ürün tanımının içerisinde dijital üretim dosyaları da sayılarak kapsama alınmıştır. Dijital üretim dosyaları m. 4 (2)’de, “*makine veya aletlerin otomatik kontrolünü sağlayarak somut bir nesnenin üretimi için gerekli olan bilgileri içeren bir taşınırın dijital versiyonu veya dijital şablonu*” olarak tanımlanmıştır.⁴⁵

3D yazıcı gibi aletlerin, somut ürün üretmek için gerekli bilgileri içeren bir dijital üretim dosyası söz konusu ise, bu tür dosyalarda bulunan bir hata da Direktif kapsamında değerlendirilmelidir.⁴⁶ Örneğin; 3D baskılı bir ürünün üretimi için kullanılan bir tasarım dosyasında hata söz konusu ise, bu dosya ticari bir faaliyet için geliştirilmiş veya tedarik edilmiş ise Direktif kapsamında sorumluluk doğmalıdır.⁴⁷ Bu düzenlemeye göre örneğin; implant veya protez bağlantı parçalarının üretimi için 3D baskı dosyalarının imalatçısı sorumlu olmalıdır.⁴⁸ Taşınır bir nesnenin dijital versiyonu ya da dijital şablonu da bir yazılım olduğundan⁴⁹ gerekçede açık bir şekilde örnekler sayılması faydalı olmuştur.⁵⁰ Ayrıca bu düzenleme ile, Direktif öncesinde tartışma konusu olan CAD dosyalarının yazılımlarının

44 Ürün Sorumluluğu Direktifi (13) no.lu gerekçe. Direktif düzenlemesi öncesinde 85/374 sayılı Direktif kapsamında örneğin, Avrupa Birliği Adalet Divanı da (ABAD) bilgi hatası için imalatçının sorumluluğunu kabul etmemiştir. Bir akıllı telefonun imalatçısının, kullanıcının yüklediği bir uygulamanın not aldığı yanlış bir sağlık ipucundan ürün sorumluluğu mevcut değildir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı, 10.06.2021, C-65/20 (IV/Krone Verlag), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2021:471>, E. T. 16.07.2024. Benzer yönde bkz. Herbert Zech, “Haftung für Trainingsdaten Künstlicher Intelligenz”, NJW, 2022, s. 505; Wagner, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 5, 13; Brenner, s. 348; Ayşe Arat, Ürün Sorumluluğunda Ürün Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 65.

45 Parlamento Yasama Kararı ile Komisyon Önerisi’ndeki tanımın genişletildiği görülmektedir (n 7).

46 Matkap, torna, freze, 3D yazıcı gibi aletler Direktif gerekçesinde örnek olarak sayılmıştır. Genel olarak 3D yazıcıların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi yönünde bkz. Jürgen Oechsler, “Produkthaftung beim 3D-Druck”, NJW, 2018, s. 1569.

47 Ürün Sorumluluğu Direktifi (16) no.lu gerekçe.

48 Handorn, s. 18.

49 Wagner, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 4.

50 Brenner, s. 348.

mı yoksa dijital üretim dosyalarının mı sorumluluk kapsamında olacağı konusu netlik kazanmıştır.⁵¹

D. İlgili Dijital Hizmet

85/374 sayılı Direktif'te maddi varlığa sahip olmayan hizmet edimleri sorumluluk kapsamına alınmamıştır. Maddi varlığa sahip olmayan emek harcaması da ürün kapsamına dahil edilmemektedir.⁵² Bunun sonucunda hizmet nedeniyle zarara uğrayanların zararları ürün sorumluluğu kapsamında bulunmamaktadır.⁵³ Hizmet edimi sağlayıcısı da Direktif kapsamında üretici sayılmamaktadır. 85/374 sayılı Direktif'in üzerinden geçen yıllar sonucunda teknolojinin de ilerlemesi ile birlikte hizmet edimleri için değerlendirme yapılmaya başlanmıştır. Komisyon Değerlendirme Raporu'nda ürün ve hizmet ayırımının zamanla ortadan kalkması gerekebileceği vurgulanmıştır. Somut ürünlere ilişkin hizmetlerin yaygınlaştığı, bunun sonucunda zamanla ürünlerden ziyade hizmetlerle birlikte ürünlerin ön planda olacağı belirtilmiştir. Teknolojinin kullanıldığı ürünleri; yazılım, nesnelerin interneti, yapay zekâ sistemleri gibi teknolojik gelişmeler nedeniyle ürün olarak adlandırmak zorlaşmaktadır. Özellikle ürüne sonradan bağımsız olarak kurulan somut olmayan şeylerin ürün kapsamına dahil edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi, bunun yanı sıra bu teknolojilerin piyasaya arz edilmesinin yakından izlenmesi ve gözlemlenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁴

İlgili dijital hizmetlerin yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile kapsama alındığı görülmektedir. 2024/2853 sayılı Direktif m. 4 (3)'de "*ilgili hizmet*" tanımlaması yapılmıştır. Bu tanıma göre ilgili hizmetten "*bulunmaması halinde ürünün bir veya birden çok işlevini yerine getirememesi ile sonuçlanan, ürüne entegre edilmiş veya bağlantılı dijital hizmet*" anlaşılmalıdır. Direktif'in gerekçesinde; dijital hizmetlerin bir ürüne entegre edilmesinin veya bağlantılı olmasının gittikçe yaygınlaştığı, bu hizmetin

51 **Piovano/Hess**, s. 207. CAD dosyasının bir veri taşıyıcısına kaydedilmesi halinde CAD oluşturanın sorumluluğundan söz ediliyordu. Bu ve benzeri detaylar için bkz. **Oechsler**, "Produkthaftung beim 3D-Druck", s. 1568 vd; Martin **Haase**/Anne-Kathrin **Müller**, "Haftungsrechtliche Aspekte des 3D-Drucks (additive Fertigung) – Teil", InTeR, s. 65 vd.

52 Walter **Fellmann**/Gabrielle von **Büren-von Moos**, Grundriss der Produkthaftungspflicht, Stämpfli Verlag, Bern 1993, Rn. 148.

53 **Hess**, PrHG, Rn. 24; **Taschner/Frietsch**, Produkthaftungsgesetz, §2 Rn. 37; **Kırca**, s. 197; Damla Özden **Çelt**, "Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2021, s. 88.

54 2018 tarihli Komisyon Değerlendirme Raporu, s. 49, 60.

yokluğunun ürünün işlevini yerine getiremeyecek duruma gelmesine neden olduğu belirtilmiştir. Esasında Direktif kapsamında olmaması gereken hizmetlerin ürünün güvenliğini fiziksel veya dijital bileşenler kadar etkilemesi nedeniyle kapsama alınmasının zorunlu olduğu vurgulanmıştır. İlgili hizmetlerin Direktif kapsamına alınmasında esas olan unsurun, ürünün o olmaksızın işlevini yerine getirememesi olduğu görülmektedir. Örneğin; trafik verilerini sürekli sağlayan bir navigasyon sistemi, kullanıcının fiziksel aktivitesini ve sağlık durumunu ölçen bir sağlık izleme sistemi, akıllı buzdolabının sıcaklığını kontrol eden bir sıcaklık kontrol hizmeti, ses ile çalışan akıllı ev aletlerindeki ses asistan hizmeti gibi bağlantılı bir hizmet söz konusu olabilir.⁵⁵

Cihazların giderek daha fazla ağa bağlanması nedeniyle, ürün ve hizmet arasındaki ayrım keskinliğini yitirmektedir. IoT (Internet of Things) cihazları işlevleri için gereken bilgileri sürekli ve düzenli olarak üretmekte ve dijital hizmetlere bağımlı olmaktadır. Eğer cihaz bu hizmetleri kullanıyorsa, bu hizmetler ürünün işleyişi üzerinde doğrudan etkiye sahiptir. Ürünün hatasız çalışması hizmetlerin de hatasız olmasına bağlıdır.⁵⁶ Bu nedenle ürün sorumluluğunun kapsamı, ilgili hizmetleri de içine alır şekilde genişletilmiştir.⁵⁷ Kanaatimizce bu değişiklik dijital çağa uyum sağlanması adına oldukça faydalı olmuştur.

Direktif'te ilgili hizmet tanımlamasına ek olarak özellikle dikkat edilmesi gereken bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Direktif m. 4 (4)'te "*bileşen*" tanımı yapılırken bir ürüne entegre edilen veya bir ürünle bağlantılı olan ilgili hizmet de bileşen olabilecek şeyler arasında sayılmıştır. Ayrıca m. 4 (15)'de "*ekonomik aktörler*" içerisinde ilgili hizmet sağlayıcıları da sayılmıştır. Bir ürüne entegre edilmiş veya bir ürünle bağlantılı olan ilgili hizmet aynı zamanda bir bileşen olarak adlandırılabilirdi için ilgili dijital hizmet sağlayıcısı bir bileşenin imalatçısı gibi bağlantılı hizmetin hatasından dolayı m. 8/1 (b)'ye göre ürünün imalatçısı ile birlikte sorumludur. Ancak ilgili hizmetlerden, hizmet sağlayıcısının yanı sıra ürünün imalatçısının sorumluluğunun doğabilmesinin de şarta bağlı olduğu görülmektedir. Bu şart, ilgili dijital hizmetin imalatçının kontrolü altında olmasıdır. Direktif m. 11/2'ye göre eğer ilgili hizmet imalatçının kontrolü altında değil ise imalatçı sorumluluktan muaf olur. Ürün ile bağlantılı veya entegre

55 Ürün Sorumluluğu Direktifi (17) no.lu gerekçe.

56 Eric Hilgendorf/Sven Hötitzsch/Lennart S. Lutz, Editör, Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge, Robotik und Recht, Band 5, 1. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015, s. 106; Paul Schrader, "Haftung für fehlerhaft zugelierte Dienste in Fahrzeugen", NZV, S. 11, 2018, s. 489 vd.

57 Spindler, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 690.

durumda olan hizmetler, ürünün imalatçısının kontrolünde iseler bileşen olarak dikkate alınmaları gerekir. İlgili hizmetler, m. 4 (5)'e göre imalatçı tarafından tedarik edildiği veya imalatçının yetkilendirdiği veya üçüncü bir kişi tarafından tedarik edilmesine izin verdiği durumlarda imalatçının kontrolünde kabul edilir. Bu durumda nihai ürünün imalatçısının sorumluluğu meydana gelir. Örneğin; bir buzdolabı, akıllı ısı uygulaması ile sunuluyorsa, bu uygulama ürün satın alındıktan sonra üçüncü bir kişinin web sitesinden indirilse dahi bu uygulamanın hatalı olması sonucu meydana gelen zararlardan ilgili uygulama sağlayıcısı ile birlikte ürünün imalatçısı sorumlu olmaya devam etmektedir⁵⁸. Ancak sadece ilgili hizmeti entegre etmek veya bağlamak için bir arayüz sağlanması veya bir markanın tavsiye edilmesi veya ilgili hizmete ulaşmaya imkân veren durumların kısıtlanmamış olması izin olarak kabul edilemez.⁵⁹ Komisyon Direktif Önerisi'nin gerekçesinde imalatçının tavsiye etmesi veya üçüncü bir kişi tarafından tedarik edilmelerini bir şekilde etkilemeleri halinde, ilgili hizmetler imalatçının kontrolü altında sayılmışken Parlamento Yasama Kararı'nda bu durum ortadan kaldırılmıştır.⁶⁰ Kanaatimizce bu düzeltme yerinde olmuştur. İmalatçının dijital hizmetlerden sorumluluğunu, tavsiyede bulunması durumuna indirmek hukuken adil olmayan sonuçlara sebebiyet verecektir.

Hataya ilişkin Direktif m. 7/2 (d)'ye göre ara bağlantılarda dahil olmak üzere ürünle birlikte kullanılması beklenebilecek ürünlerin de ürün üzerindeki etkisi hatanın bulunup bulunmadığının tespitinde dikkate alınmalıdır. IoT cihazlarının artan ağ bağlantısı nedeniyle, ürünler artık tek başına düşünülememekte diğer yazılımlarla etkileşimi söz konusu olmaktadır.⁶¹ IoT cihazlarında, teknolojik ilerlemenin sonucu olarak sayısız dijital aksesuarlar bulunmaktadır. İmalatçının özellikle ürünün işlevselliği için gerekli olan aksesuarlar veya kullanım için cihazlar sağladığı aksesuarlar için sorumluluğu değerlendirilebilir.⁶² İmalatçıların sorumluluğu ak-

58 Benzer örnekler için bkz. Ürün Sorumluluğu Direktifi (17) ve (50) no.lu gerekçe.

59 Ürün Sorumluluğu Direktifi (18) no.lu gerekçe.

60 Komisyon Önerisi (15) no.lu gerekçe, Parlamento Yasama Kararı (18) no.lu gerekçe.

61 Ürün Sorumluluğu Direktifi (32) no.lu gerekçe.

62 İmalatçı tarafından tavsiye edilen aksesuarlar için de sorumluluk değerlendirmesi için bkz. **Brenner**, s. 350; benzer yönde bkz. Andreas **Leupold**/Andreas **Wiebe**/Silke **Glossner**, "Künstliche Intelligenz", IT-Recht: Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, Editör, Andreas Leupold/Andreas Wiebe/Silke Glossner, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München 2021, 9.6.4 Rn. 78; **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 693.

sesuarın ürün üzerindeki etkisi sonucunda üründe hata oluşup oluşmadığına ilişkindir, yoksa bu aksesuarların hatasından dolayı imalatçının sorumluluğu söz konusu değildir.⁶³ Çünkü bu aksesuarlar üzerinde imalatçının kontrolü bulunmamaktadır.

Nesnelerin internetinin bu derece yaygın olduğu çağda veri veya sinyal iletimlerine olan bağıllık da göz ardı edilmemelidir.⁶⁴ İnternet erişim hizmetleri için konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. İmalatçının kontrolü olmayan internet erişim hizmetleri ile bağlantılı bir dijital hizmet bulunması halinde imalatçının internet erişim hizmetindeki hata nedeniyle sorumluluğundan söz edilmemelidir. Ancak internet erişim hizmetine bağlantılı dijital hizmeti imalatçı seçiyor ise bağlantı kaybına yönelik gerekli önlemleri de imalatçının alması gerekir.⁶⁵ Bir başka ifadeyle internet erişim hizmetine dayanan ve bağlantı kaybı durumunda güvenliği sağlayamayan bir ürünün bu Direktif kapsamında hatalı olduğu tespit edilebilir.⁶⁶

II. İMALATÇININ KONTROLÜ

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nden önce, ürün sorumluluğunun temelinde ürünün piyasaya sürüldüğü anda hatalı olması dikkate alınıyor iken, 2024/2853 sayılı Direktif ile bu hususta önemli bir değişiklik yapılmıştır. Geleneksel ürünlerden farklı olarak dijital ürünler piyasaya sürüldükten sonra bile imalatçının erişimine açık olabilmektedir. Bu şekilde piyasaya sürüldükten sonra imalatçı tarafından ürünün güvenliğini etkileyebilecek değişimlerin yapıldığı durumda, hatanın tespitinde piyasaya sürülme anının esas alınması uygun olmayacaktır.⁶⁷ Direktif'te hangi durumlarda ürünün imalatçının kontrolünde olduğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Direktif m. 4 (5)'e göre imalatçının bizzat kendisinin yahut izni veya rızası ile bir başka kişinin; yazılım güncellemeleri veya yükseltmelerini yapması, yazılım güncellemeleri veya yükseltmeleri de dahil bir bileşeni entegre etmesi, bileşenin bağlantısını kurması veya tedarik etmesi

63 **Brenner**, s. 350; **Wagner**, “ProdHaftG”, § 2 Rn. 19; **Leupold/Wiebe/Glossner**, 9.6.4.

64 Frank Peter **Schuster**, “Providerhaftung und der Straßenverkehr der Zukunft”, *Autonome Systeme und neue Mobilität*, Editör, Eric Hilgendorf, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017, s. 51.

65 **Brenner**, s. 350; benzer yönde bkz. Thomas **Schulz**, “Sicherheit im Straßenverkehr und autonomes Fahren”, *NZV*, 2017, s. 552.

66 Ürün Sorumluluğu Direktifi (17) no.lu gerekçe. **Piovano/Hess**, s. 207; **Spindler**, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 691.

67 **Wagner**, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 5.

yahut önemli değişikliklerde dahil ürünü modifiye etmesi halinde imalatçının kontrolünden söz edilir. Bu durumlarda ürün piyasaya sürülmüştür ancak imalatçının ürün üzerinde etkisi devam etmektedir. Bu nedenle hatanın tespitinde m.7/2 (e)'ye göre ürünün imalatçının kontrolünden çıktığı anın esas alınacağı belirtilmektedir. İmalatçının kontrolünün bulunmadığı ürünler için hata tespitinde yine piyasaya sürülme anı esas alınmalıdır. Direktif m. 11/1 (c)'de; ürünün piyasaya sürüldüğü, hizmete sunulduğu veya bir dağıtıcı bulunması halinde piyasada bulundurduğu sırada hatasız olduğunun kanıtlanması, müteşebbis için sorumluluktan kurtuluş hali olarak düzenlenmiştir. Direktif m. 11/2'de ise bu bendin istisnası olarak hatalı ürünün imalatçının kontrolünde olması halinde, hata; ürüne bileşen olarak entegre edilmiş bir dijital hizmetten veya yazılım güncelleme ve yükseltmeleri dahil yazılımdan veya yazılım güncelleme yahut yükseltmelerin yapılmamasından veya üründe önemli bir değişiklik yapılmasından kaynaklanıyorsa, 11/1 (c)'ye dayanarak müteşebbisin sorumluluktan muaf tutulması mümkün değildir.

A. Yazılım Güncellemeleri ve Yükseltmeleri

İmalatçı yazılım güncellemesi ile ürünü piyasaya sürdükten sonra artan güvenlik beklentilerine uyarlamakla yükümlüdür.⁶⁸ Bu durum bir nevi imalatçı için yazılım güncellemelerinin gizli bir yükümlülük olarak yüklenildiğini göstermektedir.⁶⁹ İmalatçı, sadece yüklenen güncellemelerden doğan hatalardan değil, güncellenmenin yapılmamasından doğan hatalardan da sorumludur. Direktif m. 11/2 (c)'ye göre eğer yazılım güncellemeleri veya yükseltmeleri dahil olmak üzere yazılım, imalatçının kontrolünde ise bu durumda sorumlu kişi; hatanın ürünün piyasaya sürüldüğü, hizmete sunulduğu veya dağıtıcı için piyasada bulundurulduğu sırada mevcut olmadığını veya bu hatanın o andan sonra ortaya çıktığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁷⁰ İmalatçıya ürünün güvenliğini sağlamak için gerekmesi halinde yazılım güncelleme veya yükseltme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bunun yapılmaması halinde imalatçı, kontrolü altındaki ürünün hatasından sorumlu tutulacaktır.

68 Brenner, s. 351.

69 Wagner, "Produkthaftung für das digitale Zeitalter", s. 7; Ürün Sorumluluğu Direktifi (51) no.lu gerekçe.

70 Dijital teknolojiler sonucunda, ürünlerin piyasaya sürüldükten sonra da yazılım güncellemeleri veya yükseltmeleri yahut makine öğrenmesi gibi nedenlerle imalatçısının kontrolü altında bulunması sebebiyle piyasaya sürülme veya hizmete sunulma anından sonra da imalatçısının sorumluluğundan söz edilebilmektedir. Ürün Sorumluluğu Direktifi (50) no.lu gerekçe.

İmalatçının güncellemeleri sağlama veya ürün üzerinde kontrol yükümlülüğünün ne zaman olduğunun belirlenmesi önemlidir. Yazılım güncellemeleri ve yükseltmelerinin imalatçıya asli edim yükümlülüğü olarak yüklenip yüklenmediğinin bir başka ifade ile imalatçının bunları yapmama serbestisinin söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Direktif gerekçesinde⁷¹, yazılım yükseltme ve güncellemelerinin imalatçının kontrolü dışında olduğu durumlarda sorumluluğun doğmayacağı, Direktif'in ürün için yazılım güncelleme veya yükseltmesini sağlama yükümlülüğü getirmediği belirtilmektedir. Ancak dijital ürünler için yalnızca Direktif'in değerlendirilmesi, isabetli olmayan sonuçlar verebilir.⁷² Bu noktada yapay zekâ düzenlemeleri⁷³ ve Siber Dayanıklılık Yasası'ndaki, ürünün piyasaya arzı sırasında ve piyasaya arz edildikten sonra, imalatçının yükümlülüklerine ilişkin hükümleri yol göstericidir.⁷⁴ Çünkü bazı düzenlemelerde, örneğin; siber güvenlik risklerine ilişkin Siber Dayanıklılık Yasası m. 13/9'da ürünün güvenliğine ilişkin güncellemelerinin yapılması imalatçıya bir yükümlülük olarak yüklenmektedir.⁷⁵ Bu nedenle imalatçının yazılım güncellemelerini yerine getirmesinin asli yükümlülük oluşturduğu yerlerde imalatçının kontrolünün bulunmasının sonucu olarak sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün değildir.

B. Piyasaya Sürüldükten Sonra Öğrenme Yeteneği

Piyasaya sürüldükten sonra öğrenme yeteneğine sahip ürünlerin, özellikle yapay zekâ sistemlerinin, Ürün Sorumluluğu Direktifi kapsamında önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Direktif m. 7/2 (c)'de, bir ürünün hatalı olup olmadığı değerlendirilirken, piyasaya sürüldükten veya hizmete sunulduktan sonra, yeni özellikler öğrenmeye veya yeni işlevler

71 Ürün Sorumluluğu Direktifi (51) no.lu gerekçe.

72 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 694.

73 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Tüzüğü, Avrupa Komisyonu, 28 Eylül 2022 tarihinde Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Kurallarının Yapay Zekâyı Uyarlanmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktif Önerisi'ni (2022/496 sayılı Yapay Zekâ Sorumluluk Direktifi Önerisi) sunmuştur. Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>, E. T. 09.08.2024.

74 Gitta **Veldt**, "The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive", EuCML, 2023, s. 26.

75 Siber Dayanıklılık Yasası (31) no.lu gerekçe. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yannick **Zirnstein**, "Der Entwurf des Cyber Resilience Act", Computer und Recht, C. 38, S. 11, 2022, s. 707-14.

edinmeye devam etme yeteneğinin, ürün üzerindeki etkisinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu durum, yapay zekâ sistemlerinin doğası gereği sürekli gelişim göstermesi ve bu gelişimin imalatçının sorumluluğunu nasıl etkileyeceği konusunu gündeme getirir. Yapay zekâ sistemleri, piyasaya sürüldükten sonra veri setleri ve kullanımları aracılığıyla sürekli olarak gelişebilir.⁷⁶ Bu durum, imalatçının ürün üzerinde kontrolünü ve sorumluluğunu gerektirir. İmalatçılar, sistemin güvenli ve doğru çalışmasını sağlamak için sistemi gözlemeli ve gerekli güncellemeleri yapmalıdır.⁷⁷

Öğrenen sistemler, beklenmedik davranışlar sergileyebilir. Bu nedenle, imalatçılar bu sistemleri tasarlarırken, tehlikeli davranışları önleyecek şekilde yapılandırmak zorundadır. Direktif'te makul bir testin yeterli olmadığı belirtilmiş ve sistemlerin tehlikeli davranışlarını önleyecek şekilde tasarlanması gerektiği vurgulanmıştır.⁷⁸ Direktif düzenlemesi ile birlikte piyasaya sürüldükten sonra meydana gelen ve öngörülemeyen sorunlar için, m. 7/2 (c) kapsamında özel güvenlik beklentilerini sağlayamayan hareketlerde bulunulması imalatçının sorumluluğunu doğurabilecektir. Örneğin; bir otonom aracın kendisinden beklenen güvenliği sunması gerekir. Bunun için imalatçının, sistemin hatasız ve güvenli çalışması yönünde gerekli tüm veri ve hizmetleri sağlaması zorunludur.⁷⁹ Piyasaya sürüldükten sonra öğrenen sistemlerin öğrenmesinin sonucu olarak beklenen güvenliği ortadan kaldıran hareketlerinin gelişim riski kapsamında olup

76 Ann-Kristin **Mayrhofer**, “Product liability in the age of AI — Proposal for a ‘two track’ solution”, *Revista Electrónica de Direito*, C. 33, 2024, s. 112; Walther **Wachenfeld/Hermann Winner**, “Lernen autonome Fahrzeuge?”, *Autonomes Fahren*, Editör, Markus Maurer vd., Springer Verlag, Berlin 2016, s. 473; Michael **Decker**, “Adaptive Robotik und Verantwortung”, *Intelligente Agenten und das Recht*, Editör, Sabine Gless/Kurt Seelmann, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, s. 33 vd.; Martin **Ebers**, “Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung (Autonomous Driving: Producer’s Liability)”, *Autonomes Fahren Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, Editör, Bernd H. Oppermann/Jutta Stender-Vorwachs, C.H. Beck, München 2017, s. 94 vd.; **Zech**, s. 502 vd.

77 **Spindler**, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 693. Yapay zekâ sistemleri arasında özellikle tehlikeliğine ve öğrenme yeteneğine göre ayırım yaparak sorumluluk dereceleri belirlemek gerektiği yönünde bkz. **Mayrhofer**, s. 123-25.

78 Ürün Sorumluluğu Direktifi (32) no.lu gerekçe. **Spindler**, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 693; İpek B. **Aldemir Toprak**, “Komisyon’un COM (2020) 64 Final Raporu Işığında Yapay Zekânın Hatalı İşleyişi ile İlgili Ürün Sorumluluğu Hukukuna İlişkin Düşünceler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 1, 2021, s. 742 vd.; Osman Gazi **Güçlütürk**, *Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 72 vd.

79 **Yazıcı**, s. 54 vd.; **Okur**, s. 330 vd.; Neslihan **Demirkol**, *Otonom Kara Araçları ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 285 vd.

olmadığının değerlendirmesi yapılmalıdır. Direktif m. 11/1 (e)’ye göre müteşebbise gelişim hatası savunmasında bulunma imkânı sağlanmış iken m. 18 ile üye devletlere gelişim hatası bulunması halinde dahi müteşebbisleri sorumlu tutabilecekleri düzenlemeler yapma özgürlüğü tanınmıştır. Kanaatimizce müteşebbisin gelişim hatası savunması yapabilme hakkının ortadan kaldırılmadığı durumlarda dahi, öğrenen sistemler için, bu savunmanın alanının oldukça sınırlandırıldığı söylenebilir. Çünkü imalatçıların özellikle yüksek riskli yapay zekâlı sistemleri izleme ve gerekli düzeltici önlemleri alma yükümlülüğü mevcuttur.⁸⁰

Ürünün hatalı olup olmadığının tespitinde m. 7/2 (e)’ye göre imalatçının ürün üzerinde kontrolünün bulunduğu durumlarda, ürünün imalatçının kontrolünden çıktığı an dikkate alınmalıdır. İmalatçının sorumluluğu, ürün üzerindeki kontrolünü bıraktığı anda sona erer. Ancak, özellikle sürekli güncellenen ve öğrenen yapay zekâ sistemlerinde bu kontrolün ne zaman bırakıldığı karmaşık bir konu olabilir. Yapay zekâ sistemleri gibi ilgili bağlantı içeren ürünler bakımından, bu düzenleme ayrıca önem arz etmektedir. Yapay zekâ sistem sağlayıcılarına, 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Tüzüğü m. 72 ile, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için piyasaya sürüldükten sonra izleme yükümlülüğü yüklendiği görülmektedir. Gerekçede⁸¹ bu şekilde piyasa sonrası izleme yükümlülüğünün yüklenmesi sayesinde, piyasaya sürüldükten veya hizmete sunulduktan sonra öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemlerinden ortaya çıkan olası risklerin daha verimli ve zamanında ele alınabilme imkanının oluştuğu belirtilmektedir. Kanaatimizce, Yapay Zekâ Yasası ve Ürün Sorumluluğu Direktifi birlikte değerlendirildiğinde yapay zekâ sistemine sahip ürünlerin büyük bir kısmı için imalatçının kontrolünün kaçınılmaz olduğu ve bunun sonucunda imalatçının, ürünün kendi kontrolünde olmadığı gerekçesiyle sorumluluktan kurtulmasının neredeyse imkânsız olduğu söylenebilir.⁸² Ancak şunu da belirtmek gerekir ki teknolojik ürünlerin karmaşıklığı nedeniyle imalatçıların yapay zekâlı ürünlerin öğrenme sürecini kontrol altında tutması oldukça zordur. Direktif ile imalatçının kontrolünün getirilmiş olması ve imalatçının sorumluluğunu öngörmesi zarar görenler için oldukça lehe olmuştur. Ancak bu düzenlemeler karşısında yapay zekâlı ürünlerin imalatçıları için büyük zorluklar meydana gelmektedir.

80 Yapay Zekâ Yasası (155) no’lu gerekçesi. Otonom araçlarda gelişim hatası savunması için bkz. **Yazıcı**, s. 274 vd.

81 Yapay Zekâ Yasası (155) no’lu gerekçesi.

82 Benzer yönde bkz. **Spindler**, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 693.

C. Ürünün Esaslı Değişikliği

Ürünlerin giderek daha dayanıklı, yeniden kullanılabilir, onarılabilir ve geliştirilebilir olacak şekilde tasarlanarak döngüsel ekonominin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Avrupa Birliği'nde, Komisyon'un "*Yeni Bir Döngüsel Ekonomi Eylem Planı*" tebliğinde de vurgulandığı üzere; yenilikçi, sürdürülebilir üretim ve tüketim biçimleri teşvik edilmelidir.⁸³ Bunun sonucunda esaslı değişikliğe uğrayan ürünlerin sebep olduğu zararlar- dan kimin sorumlu tutulacağı ve hangi değişikliklerin esaslı olduğu belirlenmelidir.

Direktif m. 8/2'de bir ürünü, imalatçısının kontrolü dışında önemli ölçüde değiştiren ve daha sonra piyasaya süren veya hizmete sunan kişinin ürünün imalatçısı olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bir başka ifade ile değişikliğin orijinal ürünün imalatçısının kontrolü dışında gerçekleştiği durumlarda, esaslı değişikliği yapan kişiyi ürünün imalatçısı olarak sorumlu tutmak mümkündür.⁸⁴ Ürünün esaslı değişikliğinden ne anlaşılması gerektiği m. 4 (18)'de tanımlanmıştır. Maddeye göre bu değişimin, ürünün piyasaya arz edilmesinden veya hizmete sunulmasından sonra gerçekleş- tirilmesi gerekir. Ürünün imalatçısının, kendisi veya kontrolü altında bir kişi tarafından ürünün risk profilini değiştiren değişiklikleri sonucu, üründe meydana gelen hataların ürünün piyasaya sürülmesinden sonra meydana geldiği savunmasında bulunmaları mümkün değildir.⁸⁵ Direktif m. 4 (18)'e göre; ilk olarak, ürün güvenliğine ilişkin Birlik veya ulusal mevzuat kapsamında önemli olarak kabul edilen değişikliklerin yapılması

83 Ürün Sorumluluğu Direktifi (39) no.lu gerekçe.

84 85/374 sayılı direktif m. 7 (c) düzenlemesinde olduğu gibi 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde mesleki faaliyet dışında piyasaya sürme, sorumluluktan muafiyet hali olarak sayılmamıştır. 85/374 sayılı ürün sorumluluğundaki düzenleme hakkında bkz. **Taschner/Frietsch**, Produkthaftungsgesetz, § 7 Rn. 17-20; **Kırca**, s. 174 vd.; Fulya **Erlüle**, "Yapımcının Sorumluluğu", MÜHFHAD, C. 14, S. 4, 2008, s. 332-34; Pelin **Oğuzer**, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 104-5, 111; **Yazıcı**, s. 247 vd. Bu nedenle ürünün bir gerçek kişi tarafından hobi amaçlı olarak değiştirilmesi ve bunu piyasaya sürmesi halinde de sorumluluğundan söz etmek gerekecektir. **Wagner**, "Produkthaftung für das digitale Zeitalter", s. 9; **Müller**, s. 8. Direktif m. 4 (10)'da imalatçı tanımında kendi kullanımı için ürün geliştiren kişi de kapsama alınmıştır. Carsten **Schucht**, "Der Einfluss des Produktsicherheits- auf das Produkthaftungsrecht – eine Analyse anhand des Entwurfs einer EU-Produkthaftungsrichtlinie", InTeR, 2023, s. 76. Ancak 2023/988 sayılı Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü m. 13/3 (c) değişiklik tüketicinin kendisi tarafından veya kendisi adına, kendi kullanımı için yapılmış ise bu durumda esaslı değişiklik olarak değerlendirilmeyecektir.

85 Ürün Sorumluluğu Direktifi (39) no.lu gerekçe.

esaslı sayılır. Bunun yanı sıra ürün güvenliğine ilişkin Birlik veya ulusal mevzuatta neyin önemli olacağına ilişkin bir belirtme yapılmamış olabilir. Bu durumda imalatçının ilk risk değerlendirmesinde öngörülme- yen ürünün orijinal performansını, amacını veya türünü değiştiren değişiklik ile tehlikenin niteliğini değiştiren, yeni bir tehlike oluşturan veya risk seviye- sini artıran değişiklik esaslı sayılır.

Esaslı bir değişikliğin ne zaman meydana geldiğinin belirlenmesi ko- lay değildir, somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekir. Düzenle- mede görüldüğü üzere esaslı değişikliğin tespitinde özellikle ürün güven- liği düzenlemeleri ölçüt olarak alınmaktadır. Orijinal bir üründe yapılan bir değişikliğin, ne ölçüde önemli kabul edileceği ürün güvenliğinin dü- zenlemelerine göre belirlenecektir.⁸⁶ Ürün güvenliğine ilişkin, Genel Ürün Güvenliği Hakkında Tüzük, 23 Mayıs 2023 tarihli AB Resmî Gaze- tesinde yayımlanmıştır.⁸⁷ Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü m. 13/3'e göre esaslı değişiklik için *“Bir ürünün fiziksel veya dijital yollarla değiştiril- mesi, ürünün güvenliği üzerinde bir etkisi olması ve şu kriterlerden birini karşılaması durumunda önemli kabul edilecektir:*

(a) *Değişiklik ürünü, ürünün ilk risk değerlendirmesinde öngörülme- yen bir şekilde değiştirirse;*

(b) *Tehlikenin niteliğini değiştirir, yeni bir tehlike yaratır veya deği- şiklik nedeniyle risk seviyesini artırır;*

(c) *Değişiklikler tüketicilerin kendileri tarafından veya kendi adlarına kendi kullanımları için yapılmamış ise”* düzenlemesi getirilmiştir.

Düzenleme, geri dönüştürülen ürünleri kapsadığı gibi dijital ürünleri de kapsamaktadır. Yazılım yükseltmeleri yoluyla dijital ürünlerin veya bi- leşenlerin değiştirilmesi esaslı değişiklik oluşturabilir ve bu kapsamda de- ğerlendirilebilir.⁸⁸ Dijital bileşenlere sahip bir ürünün yazılım güncelleme- siyle önemli ölçüde değiştirilip değiştirilmediğinin tespiti; güncellenmenin ürünün kullanım amacını değiştirip değiştirmediğine, tehlikenin niteliğini değiştirip değiştirmediğine veya siber güvenlik riskinin seviyesini yüksel- tip yükseltmediğine bağlıdır. Örneğin; bir yazılım ürünü olarak yapay zekânın eğitim veya geliştirme yoluyla dijital bir değişikliğe uğraması ha-

86 Piovano/Hess, s. 210.

87 General Product Safety Regulation – GPSR <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/98/8>, E. T. 06.07.2024. Bu Tüzük, Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanmasını takip eden yirminci günde yürürlüğe girmiştir ve 13 Aralık 2024 tarihinden itibaren geçerlidir.

88 Spindler, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 696.

linde önemli ölçüde değiştirilmiş olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir.⁸⁹ Ancak güvenlik odaklı bir yazılım güncellemesi, dijital bileşenlere sahip bir ürünün amaçlanan işlevini değiştirmiyorsa ve siber güvenlik riskini azaltmayı hedefliyorsa, bu önemli bir değişiklik olarak kabul edilmez. Bunun yanı sıra sistemlerin değiştirilen kısımlarının diğer kısımlardan ayrıştırılmasının, dijital ürünler için pratikte neredeyse imkânsız olduğu görülmektedir.⁹⁰

III. SORUMLU KİŞİLER

2024/2853 sayılı yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde; yetkili temsilci, ifa hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, ürünü esaslı değiştirenler için sorumluluk düzenlemesi yapılarak sorumluların çevresi önemli ölçüde genişletilmiştir. 2024/2853 sayılı Direktif m. 4 (15)'de ekonomik aktörler *“bir ürün veya bileşen imalatçısı⁹¹, ilgili bir hizmet sağlayıcısı, yetkili temsilci, ithalatçı, ifa hizmet sağlayıcısı veya dağıtıcı”* olarak tanımlanmıştır. Direktif m. 8'de imalatçı, yetkili temsilci, ifa hizmet sağlayıcısı, dağıtıcı, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı ve ürünü büyük ölçüde değiştiren kişinin sorumlulukları ayrı ayrı düzenlenmektedir.

Direktifi m. 4 (10)'da imalatçı *“Bir ürünü geliştiren, imal eden veya üreten ya da bir ürünün tasarımını veya imalatını yaptıran, ya da adını, ticari markasını veya diğer ayırt edici özelliklerini bu ürüne koyarak kendisini imalatçı olarak tanıtan yahut bir ürünü kendi kullanımı için geliştiren, imal eden veya üreten her gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır.⁹² Yeni Direktif'te ürün güvenliği düzenlemeleri ile kavram birliğinin

89 Mayrhofer, s. 112; Piovano/Hess, s. 210.

90 Spindler, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 696.

91 85/374/EEC Direktifi'nde üretici kavramı kullanılırken 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te imalatçı (manufacturer) kavramı kullanılmıştır. Bunun sebebinin ürün güvenliğine ilişkin mevzuatla kavram birliği sağlamak olduğu gerekçede belirtilmektedir. 2024/2853 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi (11) no.lu gerekçe.

92 Komisyon Önerisi'nde *“kendisini imalatçı gibi gösterme”* şartı aranmazken Parlamento Kararı ile birlikte bu şartın maddeye eklenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. ÜGTDK değerlendirmesi için bkz. Ayşe Nur Merve Yazıcı Çakmak, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Kapsamında Sorumlu Kişilerin Kim Olduğu Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 4, 2024, s. 2618 vd.

sağlanması amacıyla üretici yerine imalatçı kavramının kullanıldığı görülmektedir.⁹³ Kanaatimizce bu gerekçe ile birlikte Avrupa Birliği'nde bundan sonra yeknesak kavram olarak imalatçı kavramının kullanımı yaygınlaşacaktır. Bu nedenle biz de çalışmada üretici yerine imalatçı kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

Direktif m. 8/1 (c)'de “*Ürünün veya kısmi ürünün imalatçısının Birlik dışında yerleşik olması halinde bu imalatçının sorumluluğuna hanel gelmeksizin: Hatalı ürün veya kısmi ürünün (bileşenin) ithalatçısı; imalatçının yetkili temsilcisi*” sorumlu kişiler olarak düzenlenmiştir. İmalatçının yetkili temsilcisinin, sorumluların kapsamına dahil edilmesiyle ürün güvenliği yasasında bulunan terminoloji, ürün sorumluluğu yasasına dahil edilmiştir.⁹⁴ Yetkili temsilcinin ve ithalatçının sorumluluğu asli ancak kademeli bir sorumluluktur. Yetkili temsilcinin ve ithalatçının sorumlu olması için ürünün imalatçısının birlik dışında yerleşik olması aranmaktadır. Bu durumda yetkili temsilci ve ithalatçının asli ve müteselsilen sorumluluğu söz konusudur.⁹⁵

Direktif m. 4 (13)'de ifa hizmet sağlayıcısı (fulfilment service provider)⁹⁶; tanımlanmış ve m. 8/1 (c)'ye göre hatalı ürünün imalatçısının Avrupa Birliği'nde yerleşik olmaması aranmıştır. Bunun yanı sıra yerleşik bir ithalatçının ve yetkili temsilcinin Birlik içinde yerleşik olmaması halinde ifa hizmet sağlayıcısının sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu ne-

93 93/465/EEC sayılı Konsey Kararı'nı yürürlükten kaldıran ve Ürünlerin Pazarlanması İçin Ortak Bir Çerçeveye İlişkin 9 Temmuz 2008 tarihli 768/2008/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Kararı tanımları dikkate alınmıştır. Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (11) no'lu gerekçesi.

94 Müller, s. 8; Piovano/Hess, s. 208.

95 Aynı yönde bkz. Leyla Müjde Kurt, “Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Direktifi ve Yeni Direktif Önerisi Işığında Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunda Sorumlu Kişilerin Belirlenmesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2023, s. 388; Yazıcı Çakmak, “ÜGTDK'da Sorumlu Kişiler”, s. 2641-42.

96 Türk hukukunda, Uzaktan İletişim Araçları Yoluyla Piyasaya Arz Edilen Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği m. 4 (I)'da İfa hizmet sağlayıcı “*Ticari faaliyetleri sırasında ürünün sahipliğini almaksızın, posta hizmetleri, koli veya parsel sevkiyat hizmetleri, diğer posta hizmetleri veya navlun taşıma hizmetleri hariç olmak üzere depolama, paketlenme, adresleme ve nakliye hizmetlerinden en az ikisini sunan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımın, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Uygunluğuna ilişkin 2019/1020 sayılı Tüzüğü ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Doktrinde kavrama “*ifa aracılığı hizmeti*” karşılığını veren yazarlar da mevcuttur. Bkz. Ayşe Arat/Elif Akıncı, “2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası/İstanbul Law Review, C. 82, S. 2, 2024, s. 390.

denle sorumluluğunun asli ancak kademeli bir sorumluluk olduğu söylenebilir.⁹⁷ Direktif ile diğer ülkelerden gelen doğrudan sipariş edilebilen ürünlerin, m. 4 (15)'de yer alan kişiler olmaksızın doğrudan tüketicilere gönderilmesi durumunda, sorumlu bir muhatap bulunabilmesi amacıyla ifa hizmet sağlayıcıları ve e-ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına yönelik düzenleme yapılmıştır. İfa hizmet sağlayıcılarının doğrudan bir satış faaliyeti yürütmesinden söz edilmemekte, bir satış faaliyetini desteklemesi ile sorumlu süje olmasından söz edilmektedir.⁹⁸ Ancak yalnızca posta hizmetleri veya taşıma hizmetlerinin yerine getirilmesi, ifa hizmet sağlayıcısı olarak sorumluluk doğurmamaktadır.⁹⁹ Zarar görenlerin korunması amacıyla bu düzenlemelerin yapıldığını görülmektedir.

Direktif m. 8/4'te¹⁰⁰ elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu düzenlenmiştir.¹⁰¹ Bu kişiler kural olarak yalnızca aracı rol üstleniyorsa, Dijital Hizmetler Yasası'na göre sorumluluğu söz konusudur.¹⁰² Bunun yanı sıra Direktif, E-ticaret platformlarının bazı durumlarda, tüketici koruma yasaları çerçevesinde sorumluluktan muaf tutulamayacaklarını öngörmektedir.¹⁰³ E-ticaret platformların; ürünleri, ortalama bir tüke-

97 Aynı yönde bkz. **Kurt**, s. 380. Ayrıca aracı hizmet sağlayıcıların sözleşmeye dayalı sorumluluğu için bkz. A. Dilşad **Keskin**, "TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketicie Karşı Sorumluluğu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2022, s. 119 vd.; Bahadır **Demir**, "Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2024, s. 1783 vd.; Setenay **Yağmur/Mazlum Doğan**, "Aracı Hizmet Sağlayıcının Elektronik Ticaret Platformundaki Ayıplı Üründen Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, S. 209, 2024, s. 110 vd.

98 Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (37) no'lu gerekçesi.

99 Gerhard **Wagner**, "Liability Rules for the Digital Age: – Aiming for the Brussels Effect –", Journal of European Tort Law, C. 13, S. 3, 2023, s. 213; **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 695.

100 Komisyon Önerisi m. 7/6.

101 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arat/Akıncı**, s. 391 vd.; **Kurt**, s. 376; **Yazıcı Çakmak**, "ÜGTDK'da Sorumlu Kişiler", s. 2645-46.

102 Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (38) no'lu gerekçesi. Regulation Market for Digital Services (Digital Services Act) <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>, E. T. 15.05.2024.

103 Lennart **Meyer**, "Produkthaftung beim Erwerb von Drittanbieterprodukten auf Online-Marktplätzen - Mehr Schutz und Transparenz durch den Kommissionsentwurf einer neuen Produkthaftungsrichtlinie?", RDİ, 2023, s. 66; **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 695. Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (38) no'lu gerekçesi. Wathelet kararı için bkz. C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0149>, E. T. 15.12.2024.

ticinin, platformun kendisi veya yetkilileri tarafından sağlandığına inanmasına yol açacak şekilde sunmaları durumunda sorumluluğu söz konusudur. Platformun sorumluluğu dağıtıcının sorumluluğu gibi talidir. Dolayısıyla, bu Direktif'in dağıtıcılara yönelik hükümleri, çevrimiçi platformlara da benzer şekilde uygulanmalıdır. Amazon gibi büyük küresel platform sağlayıcılarının bu düzenlemeden önemli ölçüde etkilenmesi muhtemel görünmektedir.¹⁰⁴

Çevrimiçi platformların sorumluluğunun sınırlı olması özellikle ürün güvenliğine uyumlu düzenleme yapılması amacının sonucu gibi görünmektedir. İfa aracı hizmet sağlayıcıları ile e-ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluk dereceleri arasında ayırım yapılması kanaatimizce yerinde olmamıştır.¹⁰⁵

Üründe esaslı bir değişikliğe sebep olan kişilerin de sorumlu olacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Direktif m. 4 (18)'e göre ilk olarak, ürün güvenliğine ilişkin Birlik veya ulusal mevzuat kapsamında önemli olarak kabul edilen değişikliklerin yapılması esaslı sayılır. Bunun yanı sıra ürün güvenliğine ilişkin Birlik veya ulusal mevzuatta neyin önemli olacağına ilişkin bir belirtme yapılmamış olabilir. Bu durumda üreticinin ilk risk değerlendirmesinde öngörülmeyen ürünün orijinal performansını, amacını veya türünü değiştiren değişiklikler ile tehlikenin niteliğini değiştiren, yeni bir tehlike oluşturan veya risk seviyesini artıran değişiklikler esaslı sayılır. Direktif m. 8/2'ye göre üründe esaslı değişiklik yapan kişi imalatçı olarak kabul edilir ve ürün de yeni bir ürün gibi değerlendirilir.¹⁰⁶

IV. ZARARIN KAPSAMI

Hatalı üründen kaynaklanan zarara ilişkin sorumluluğu düzenleyen 2024/2853 sayılı Direktif, zararın kapsamı konusunda önemli değişiklikler getirmiştir. Korunan yasal menfaatlerin hem kapsamının genişletildiği hem de zarar miktarının önündeki sınırlamaların kaldırıldığı görülmektedir. Direktif m. 6'da zarar görmesi halinde Direktif kapsamında tazmin edilecek şeyler kalem kalem sayılmıştır. 85/374 sayılı Direktif'te yer alan azami ve asgari sınırlara ilişkin düzenlemeler yeni Direktif'te ele alınmamıştır.

¹⁰⁴ Piovano/Hess, s. 208.

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Veldt, s. 28-31.

¹⁰⁶ Komisyon Önerisi'nde bulunmayan Parlamento Kararı ile eklenen “*daha sonra piyasaya süren veya hizmete sunan*” ifadesi oldukça yerinde ve önemli bir ekleme olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yazıcı Çakmak, “ÜGTDK'da Sorumlu Kişiler”, s. 2644-45. Komisyon Önerisi için bkz. Kurt, s. 374; Arat/Akıncı, s. 392.

A. Vücut Bütünlüğüne İlişkin Zararlar

Direktif m. 6/1 (a)'ya göre; tıbbi olarak psikolojik sağlıkta meydana gelen zararlar da dahil olmak üzere ölüm veya yaralanmalar Direktif kapsamında tazmin edilecektir. Görüldüğü üzere 85/374 sayılı Direktif'ten farklı olarak psikolojik sağlıkta meydana gelen zararlar da Yeni Direktif ile düzenleme altına alınmıştır. Direktif ile kişisel yaralanma kavramı, mağdurun genel sağlık durumunu etkileyen ve tedavi gerektirebilecek tıbbi olarak tanınmış psikolojik sağlık zararlarını da içerecek şekilde genişletilmiştir.¹⁰⁷ Gereğinden de anlaşıldığı üzere psikolojik sağlıkta meydana gelen maddi zararlar Direktif kapsamındadır. Manevi zararların tazmini üye devletlerin hukukuna bırakılmıştır.¹⁰⁸

B. Mala İlişkin Zararlar

Direktif m. 6/1 (b)'ye göre; ürünün kendisi, ürünün imalatçısı tarafından veya imalatçının kontrolü altında ürüne entegre edilen veya ürünle bağlantılı olan hatalı bir bileşen nedeniyle zarar gören ürün ve mesleki amaçlar için kullanılan mallar dışında, mala gelen zararlar Direktif kapsamına alınmıştır. Hatalı bileşen nedeniyle zarar gören ürünün kapsam dışı bırakılması düzenlemesi, Alman hukukunda uzun zamandır tartışılan bir konuyu çözüme kavuşturmuştur.¹⁰⁹ Ürüne sirayet eden zararların (Weiterfresserschäden) Direktif kapsamına alınmaması doktrinde olumlu değerlendirilmektedir.¹¹⁰ Mesleki amaçlar için kullanılan malların m. 6/1 (b) (ii)'ye göre tazmin edilecek zararlar kapsamından çıkarıldığı görülmektedir.¹¹¹ Sadece mesleki amaçlar için kullanılan malların Direktif kapsamı dışında bırakıldığı göz önünde bulundurularak hem mesleki hem özel

107 Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (21) no'lu gerekçesi.

108 Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (23) no'lu gerekçesi.

109 Alman hukukunda Weiterfresserschäden olarak anılan sirayet eden zararların haksız fiil hukukuna göre tazmini mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerhard **Wagner**, "BGB § 823 Schadensersatzpflicht", içinde Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2024, Rn. 323-328. Weiterfresserschäden kavramı Türk hukukunda bazı eserlerde "ayıptan doğan zarar" (Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 148); bazı eserlerde "içerden işleyen zarar" (**Kırca**, s. 156); bazı eserlerde ise "sirayet eden zarar" olarak ifade edilmiştir (**Okur**, s. 512). Biz bu kavram için sirayet eden zarar ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz.

110 **Wagner**, "Produkthaftung für das digitale Zeitalter", s. 23.

111 Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Wagner**, s. 7.

amaçlarla kullanılan ürünlerin Direktif kapsamında olacağını söylemek mümkündür.¹¹²

C. Verilere İlişkin Zararlar

Veri kaybı yeni bir zarar kategorisi olarak Direktif'e eklenmiştir. Direktif m. 6/1 (c) ile, mesleki amaçlarla kullanılmayan verilerin kaybı veya bozulması, dijital çağın gerekliliklerine uygun olarak Direktif kapsamına alınmıştır. Düzenlemenin özel amaçlarla kullanılan veriler için olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme doktrinde olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilmektedir. Profesyonel amaçlarla kullanılan verilerin koruma kapsamı dışında bırakılması, düzenlemeyi işlevsiz hale getirdiği gerekçesiyle bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Çünkü özellikle ticari amaçlarla kullanılan verilerin kaybı veya zarar görmesi sonucunda daha büyük zararlar meydana gelecektir.¹¹³ Bazı yazarlara göre ise verilerin özel amaçlarla kullanılanların koruma altına alınması Direktif'in tüketiciyi koruma amacını ortaya koymaktadır.¹¹⁴ Bazı yazarlar verilere yönelik zararların tazmin edilebilmesi için herhangi bir eşik değer koyulmamış olmasını, ürünlerin artan dijitalleşmesine karşı tüketicilerin daha iyi korunmasını sağlayacağı gerekçesiyle yerinde bulmaktadır.¹¹⁵

Direktif ile AB hukukunda veri güvenliğine ilişkin diğer düzenlemelerle uyumlu bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.¹¹⁶ Direktif m. 4 (6)'ya göre veri, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2022/868 sayılı Tüzüğü m. 2 (1)'e göre “*eylemlerin, olguların veya bilgilerin her türlü dijital temsili ve işitsel, görsel veya görsel-işitsel materyal biçimi de dahil olmak üzere bu tür eylemlerin, olguların veya bilgilerin her türlü derlemesi*” olarak tanımlanmıştır. Örneğin; telefondaki fotoğraflar, dosyalar, videolar, müzikler her biri veri niteliğindedir. Bir telefonun veya bilgisayarın yazılım hatası nedeniyle veya bir donanım arızası nedeniyle verilerin yok olması ve veri kaybı nedeniyle zararların ortaya çıkması mümkündür.¹¹⁷ Tazmin edilecek şey mali kayıplar mı yoksa verilerin eski hale getirilmesi için yapılan masraflar mı, öncelikle bunun cevaplanması gerekir.

112 Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (25) no'lu gerekçesi. Aksi görüş için bkz. **Piovano/Hess**, s. 210.

113 **Wagner**, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 7.

114 **Brenner**, s. 349.

115 **Piovano/Hess**, s. 210.

116 **Veldt**, s. 26.

117 Meydana gelen zararların ürün sorumluluğu kapsamında tazminini, veri sızıntıları veya veri koruma kurallarının ihlallerinden ayrı değerlendirmek gerekir.

Direktif'in gerekçesinde her ikisinin de karşılanması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁸ Veri kaybında zararın nasıl hesaplanacağı önemli bir sorudur. Mesleki amaçla kullanılan veriler Direktif kapsamında olmadığından, özel verilerin ticari bir değeri bulunmadığından, zararların hesabında içtihat hukukunda somut olaylara göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Veri kaybının zarara yol açmadığı hallerde, örneğin; veriler tekrar geri yüklenbiliyor veya yedekleri mevcutsa bu durumda tazmininden de söz edilmeyecektir.¹¹⁹ Zararın tazmini için zarar görenin veri kaybı ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağıını kanıtlaması gerekmektedir.¹²⁰ Zarar görenin belirli bir davranışı sergilemesi makul olarak beklenebiliyorsa (örneğin, verileri yedeklemesi) ve bu davranışı sergilememesi zarara yol açmışsa, bu durumda müterafik kusur gündeme gelir. Bu durumda, sorumluların sorumluluğu, zarar görenin kusuru oranında azaltılabilir.¹²¹

D. Zarar Miktarının Sınırının Kaldırılması

85/374 sayılı Direktif m. 9'da hatalı ürünün kendisi dışındaki mala gelen zararların 500 Euro üzerinde olması halinde Direktif kapsamına alındığı belirtilmektedir. Bu düzenleme nedeniyle mala ilişkin bir zararın tazmini, ancak 500 Euro¹²² sınırını aşması halinde istenebilmekte ve bu meblağın altındaki zararlara zarar gören katlanmaktadır. Bu düzenleme ile

Piovano/Hess, s. 211; Boris **Paal**, "Höhe des Ersatzes immaterieller Schäden nach Art. 82 DS-GVO", NJW, 2022, s. 3673. Kişisel verilerin ihlali sonucunda Avrupa Birliği'nin ilgili Direktiflerine göre açılacak tazminat davaları Ürün Sorumluluğu Direktifi'nden bağımsız olarak varlığını korumaktadır. (Örneğin; Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council). Verilerin korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şemsi Barış **Özçelik**, "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", Adalet Dergisi, S. 66, 2021, s. 87 vd.

118 Ürün Sorumluluğu Direktifi (20) ve (23) no.lu gerekçe.

119 Ürün Sorumluluğu Direktifi (20) no.lu gerekçe. Aynı yönde bkz. **Piovano/Hess**, s. 211; **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 692.

120 **Spindler**, "Die Vorschläge der EU-Kommission", s. 692.

121 Özellikle YZ sistemlerinin kullanımında, kullanıcıların dikkatli olması, kullanım talimatlarına uyması ve sistemin sonuçlarını değerlendirmesi büyük önem taşır. Gerald **Spindler**, "Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?", Computer und Recht, C. 31, S. 12, 2015, s. 700-701.

122 Avrupa Birliği'nin ortak para birimi olan Euro kullanıma girmeden önce kullanılan kaydi para birimi ECU'dur. 01.01.1999 tarihine kadar EURO (EURO=ECU) olarak adlandırılmaktaydı. 1 Ocak 1999'dan itibaren ECU (European Currency Unit) yerine Euro kullanılmaktadır. (<https://www.tcmb.gov.tr>)

küçük meblağlara ilişkin davaların açılması engellenmiştir.¹²³ Avrupa Birliği 2024/2853 sayılı yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile, 500 Euro tazminat sınırını değişiklik yapmaksızın tümünden kaldırmıştır. Bu, önemli bir değişikliktir ve tüketicilerin daha fazla korunmasını amaçlar. Ancak buna karşılık sorumlu müteşebbisler birçok küçük meblağlı dava ile karşı karşıya kalacaktır. Bu davaların sayıca çokluğu toplum nezdinde önemli bir etkiye sahip olacak ve sorumlular için olumsuz bir intiba oluşturmaktadır.¹²⁴

85/374 sayılı Direktif m. 16 ile, üye devletlere, ölüm veya yaralanma sonucu ortaya çıkan ve aynı hataya sahip özdeş ürünlerin neden olduğu zarar bakımından sorumluluğu, 70 milyon Euro'dan az olmayan bir tutar ile sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Bu sınır, özellikle büyük çaplı zararlar da yetersiz kalmaktadır. Bu sınırlandırmanın Yeni Direktif'te yer almadığı görülmektedir. Bu durum, özellikle ciddi zararlar açan hatalı ürünler söz konusu olduğunda, mağdurların tam tazminat alabilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır. Düzenleme hatalı ürünlerden kaynaklanan zararlar da, imalatçıların sınırsız sorumluluğunu benimsemektedir. Bu, imalatçıların hatalı ürünlerinin neden olduğu tüm zararları tazmin etmekle yükümlü oldukları anlamına gelir. Azami sorumluluk sınırının kaldırılması, kusursuz sorumluluğun temellerine daha uygun ve tutarlı bir düzenleme yapılmasını sağlamıştır.¹²⁵

V. DELİLLERİN AÇIKLANMASI VE İSPAT YÜKÜ

85/374 sayılı Direktif uygulamasında, zarar görenin mahkemede hata ile zarar arasındaki bağı ispat etmesi noktasında meydana gelen zorluk,

123 Arun **Kapoor**, Editör, Produkthaftungsgesetz: Kommentar, C.H. Beck, München 2023, § 11; **Kırca**, s. 161; **Havutçu**, s. 88; **Wagner**, “ProdHaftG”, § 11, Rn. 1 vd. Buna karşılık Tüketici Örgütleri, 500 Euro sınırının kaldırılarak daha fazla koruma sağlanması yönünde taleplerini dile getirmiştir. Tüketici temsilcilerine göre 500 Euro eşiği, daha düşük maddi zararlar için talep edilemediğinden, Direktif'in birçok maddi hasar durumunda tazminat taleplerini kapsamada tam etkinliği için bir engel teşkil etmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Fransa ve Yunanistan'ın iç hukuklarında bu kurala aykırı düzenleme yapmalarının, Direktif'e aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı Fransa kararı 25.04.2002, C-52/00; Avrupa Birliği Adalet Divanı Yunanistan kararı, 25.04.2002, C-154/00, I-3879 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=25.04.2002&AktENZEICHEN=C-154%2F00>, E. T. 09.06.2022. Avrupa Komisyonu'nun 2018 yılında yayınladığı 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Değerlendirilmesine İlişkin Raporu'nda; zarar için öngörülen bu eşiğin tüketici haklarını aşırı derecede kısıtladığını belirtmiş ve üye devletlerdeki farklı uygulamalar dolayısıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına dikkat çekmiştir.

124 **Piovano/Hess**, s. 211.

125 **Wagner**, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 10.

tüketiciler için endişeye yol açmaktadır. Açılan davaların bir kısmının hata ile zarar arasındaki illiyet bağının ispat edilememesi nedeniyle reddedildiği görülmektedir. Özellikle teknolojinin gelişimi ile dijital ürünlerin daha karmaşık bir yapıya bürünmesi nedeni ile zarar görenlerin ürünlerdeki hatayı ispat edebilmesi güçleşmektedir. Dijital ürünler nedeniyle zarara uğrayan bazı davacıların davasında hata ile zararı ve aralarındaki illiyet bağını ispat edemedikleri bu nedenle zarara katlanmak zorunda kaldıkları görülmektedir.¹²⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı bazı kararlarında, konuyla ilgili kesin bir delil olmasa bile, imalatçının belirli ciddi, spesifik ve tutarlı koşulların varlığına dair delil sunması durumunda kendisini sorumluluktan kurtarabilmesi gerektiğini, bu şekilde ispat güçlüklerinin giderilebileceğini belirtmektedir.¹²⁷ Bazı kararlarında ise bir ürünün aynı gruba ait olması ve potansiyel bir hatası olan aynı imalat serisinin (kalp pilleri gibi) bir parçası olması durumunda bireysel olarak ürünün hatasını belirlemeye gerek kalmadan hatalı olarak sınıflandırılabilirliğine hükmedilmiştir.¹²⁸ Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin Değerlendirilmesine İlişkin Rapor'da da ispat yüküne yönelik bazı hususlar dile getirilmiştir. Buna göre özellikle teknik ürünler söz konusu olduğunda uzmanlık gerektiren konuların ele alınması gerektiği, bu durumun iddiaları temellendirmede zorluklara neden olduğu, sorumlular ile zarar görenler arasında adil bir dengenin oluşturulması gerektiği belirtilmektedir.¹²⁹ Bu kapsamda zarar gören taraf için delil düzeyinde belirli kolaylıkların uygun olduğu düşünülmüş ve 2024/2853 sayılı Direktif ile delillerin açıklanması ve ispat yüküne ilişkin, 85/374 sayılı Direktif'ten oldukça farklı düzenlemeler yapılmıştır.

2024/2853 sayılı Direktif, hatalı ürünlerden kaynaklanan zararlara ilişkin davalarda delillerin açıklanmasını ve ispat yükünü daha adil bir şekilde düzenlemeyi hedeflemektedir. Bu kapsamda davacıların delillere erişimini kolaylaştırmak ve ispat yükünü hafifletmek için çeşitli mekanizmalar sunmuş, zarar görenlerin tazminat alma şansını artırmıştır. Bu düzenleme-

126 Bulgaristan'da bir davada iddia edilen zararın verilere ilişkin olduğu, harici sabit diskteki hata nedeniyle depolanan verilerin yok olduğu belirtilmiş ancak davacı tarafından ürünün hatasından önce verilerin harici diskte bulunduğu ispat edilememiştir. Bulgarian case no. 20942/2012. Reported in Evaluation of Product Liability Directive, s. 12, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=...>, E. T. 13.07.2024.

127 ABAD, 21.06.2017, C-621/15 (N. W and Others v Sanofi Pasteur) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62015CJ0621>, E. T. 13.06.2024.

128 ABAD, C-503/13, C-504/13. Reported in Evaluation of Product Liability Directive, s. 28.

129 Reported in Evaluation of Product Liability Directive, s. 5.

ler, tüketicilerin ve zarar görenlerin haklarını korurken, imalatçılar ve işletmeciler üzerinde de ürün güvenliği ve sorumluluk konularına daha fazla dikkat etme baskısı oluşturmuştur. Bunun yanı sıra zarar görenlerin lehine düzenlemelerin yanında davalının haklarını da koruyarak adil bir denge gözetilmeye çalışılmıştır.

A. Delillerin Açıklanması

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile delillerin açıklanması noktasında oldukça önemli değişiklikler yapılmıştır. Direktif m. 9 ile delillerin açıklanması (*Disclosure of evidence*) başlığı altında öncelikle; üye devletlere, davalı ve davacının ilgili delilleri açıklamasını sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir. Direktif m. 9/1'e göre, zarar gören kişi (davacı), tazminat talebinde bulunduğu durumlarda, iddiasının makullüğünü destekleyecek yeterli olguları ve delilleri sunması koşuluyla, davalının elindeki ilgili delillerin açıklanmasını talep edebilir. Aynı şekilde, m. 9/2'ye göre davalı da tazminat talebine karşı savunma yapmak için delile ihtiyaç duyduğunu gösteren yeterli olguları ve delilleri sunarak, davacının elindeki delillerin açıklanmasını talep edebilir.¹³⁰ Bunun yanı sıra m. 9/3'e göre tarafların delilleri açıklama yükümlülüğü gereklilik ve orantılılık ilkeleri ile sınırlandırılmıştır. Direktif m. 9/4'e göre bu gerekliliğin ve orantılılığın tespiti tarafların meşru menfaatleri dikkate alınmalıdır. Özellikle üye devletler, ulusal mahkemelerin, delil taleplerinin gerekliliğini ve orantılılığını değerlendirirken, tüm tarafların (üçüncü taraflar dahil) meşru menfaatlerini, özellikle gizli bilgilerin ve ticari sırların korunmasını sağlamalıdır. Davalı, ticari sır veya iddia edilen ticari sır niteliğindeki bilgileri açıklamak zorunda kaldığında, mahkemeler talebe bağlı olarak veya resen yasal işlemler sırasında veya sonrasında Direktif m. 9/5'e göre bu bilgilerin gizliliğini korumak için özel önlemler almalıdır. Bu önlemler, belgelere erişimi kısıtlamak, duruşmalara erişimi sınırlamak veya belgeleri anonimleştirmek olabilir.¹³¹ Ayrıca m. 9/6'ya göre üye devletler, talebe bağlı olarak veya ilgili ulusal mahkemenin uygun görmesi ve ulusal hukuka uygun olması halinde, ulusal mahkemenin delillerin kolay erişilebilir ve kolay anlaşılabilir bir şekilde sunulmasını talep etme yetkisine sahip olmasını sağlamalıdır.

130 Yapay Zekâ Sorumluluk Direktif Önerisi m. 3'te de benzer şekilde, davacının, davalının elindeki delilleri açıklamasını isteme hakkı düzenlenmiştir.

131 Ürün Sorumluluğu Direktifi (45) no.lu gerekçe.

B. İspat Yükü

Kural olarak davacı, ürünün hatalı olduğunu, zararı ve hata ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispatlamakla yükümlüdür. 85/374 sayılı Direktif m. 4'te olduğu gibi Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde de hatalı ürünün varlığını, bunun sonucunda meydana gelen zararı ve ikisi arasındaki illiyet bağıını davacının ispatlaması aranmaktadır. Ancak 2024/2853 sayılı Direktif ile ispat yükünde önemli değişiklikler yapılmıştır.¹³² Hata, zarar ve ikisi arasındaki illiyet bağının ispat yükü ile ilgili olarak, zarar görenin yargılamalardaki durumunu iyileştirmek adına, Direktif m. 10 ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Yeni Direktif'te birtakım karineler öngörülerek ispat yükü zarar gören lehine kolaylaştırılmakta, buna karşılık davalıya karineleri çürütme hakkı verilmektedir.

Direktif'te öncelikle bazı hata karineleri düzenlenmiştir. Direktif m. 10/2 (a)'ya göre davalı m. 9/1'de kendisine yüklenen delilleri açıklama yükümlülüğünü yerine getirmemişse ürün hatalı sayılacaktır. Bu hüküm davalının mahkeme kararını ihlal etmesine yönelik yaptırım gibi kabul edilebilir. Direktif m. 10/2 (b)'ye göre, ürünün Avrupa Birliği veya ulusal hukuk kapsamında zorunlu güvenlik gerekliliklerini yerine getirmediğinin davacı tarafından kanıtlanması halinde, ürün hatalı kabul edilir. Üreticinin belirli güvenlik yükümlülüklerini veya CE işareti gibi uygunluk yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde de hata karinesi söz konusu olabilir.¹³³ Direktif m. 10/2 (c)'ye göre; davacı, zararın ürünün makul ölçüde öngörülebilir bir kullanım sırasında veya bariz bir şekilde arızalanmasından kaynaklandığını kanıtlarsa, ürün hatalı sayılır. Örneğin; 4. seviye otonom bir aracın önündeki aracı algılayamayıp çarpması¹³⁴, cam bir şişenin patlaması¹³⁵, bir yazılımın beklenmedik bir şekilde çökmesi durumlarında ürün bariz bir şekilde hatalı sayılır.¹³⁶

Direktif m. 10/3'te illiyet bağı karinesi düzenlenmiştir. Buna göre ürünün hatalı olduğu ve meydana gelen zararın hatayla tipik olarak uyumlu olduğu tespit edilebiliyorsa, illiyet bağı varsayılacaktır. Tüm bunların yanı sıra m. 10/4'e göre bazı durumlarda ulusal mahkeme, ürünün hatalı olduğuna veya hata ile zarar arasında illiyet bağı bulunduğuna hükmedebilir.

132 Parlamento Yasama Kararı öncesinde, Komisyon Önerisi m. 9 düzenlemesinin ayrıntısı için bkz. **Veldt**, s. 30-31.

133 Benzer yönde bkz. 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Yasası (Artificial Intelligence Act) m. 24. "CE" işaretine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Furkan **Türkdoğan**, Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla "CE" İşareti, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 19 vd.

134 **Yazıcı**, s. 182 vd.

135 Ürün Sorumluluğu Direktifi (46) no.lu gerekçe.

136 **Müller**, s. 11.

Bu durumlardan ilki şudur; zarar gören taraf, özellikle ileri seviyede teknik veya bilimsel karmaşıklık nedeniyle ürünün hatasını veya hata ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmekte aşırı zorlukla karşılaşır m. 10/4 (a) uygulama alanı bulacaktır. Buradaki aşırı zorluğun ne olduğu tam olarak belli değildir. Somut olaylar çerçevesinde belirlilik kazanacaktır. Özellikle karmaşık teknolojik ürünlerde ve yapay zekâ sistemlerinde, zarar görenin ürünün hatasını ve zarara neden olan mekanizmayı tespit etmesi zordur.¹³⁷ Zarar gören açısından ispat yükünü oldukça hafifleten bu düzenleme karşısında ulusal mahkemenin, tüm bu ürünlerde, ürünün hatalı olduğuna veya hata ile zarar arasında illiyet bağı bulunduğuna hükmetmesi adil olmayan sonuçlar doğurabilir. İmalatçılar için bu karineleri çürütmek belli ölçüde mümkün olsa dahi, özellikle yapay zekâlı ürünler için, diğer sorumlu kişilerin bu karineleri çürütmesi, fazlaca külfetli olabilir.¹³⁸ İlliyet bağı bulunduğuna hükmedilebilecek ikinci durum şudur; zarar gören taraf, ürünün hatalı olmasının muhtemel olduğunu veya ürünün hatalı olması ile zarar arasında bir bağlantı olduğunu ya da her ikisini açıklarsa m. 10/4 (b) uygulama alanı bulacaktır.¹³⁹ Doktrinde m. 10/2 ve 3 ile düzenlenen hata ve illiyet bağı karinelerinin yanı sıra bir de m. 10/4 ile zarar gören lehine düzenlemeler yapılması eleştirilmiştir.¹⁴⁰ Biz de bu eleştirilere katılıyoruz. Hata ve illiyet bağına ilişkin karinelerin getirilmiş olması zarar gören lehine yerinde düzenlemelerdir. Ancak kanaatimizce bunların yanı sıra m. 10/4 ile getirilen ilave karineler ispat yükünün zarar gören lehine iyileştirilmesinin sınırlarını aşmakta ve riskin adil dağılımını zedelemektedir. Direktif m. 10/5 ile davalıya bu karinelerin aksini ispat edebilme hakkı tanınmıştır. Bir başka ifade ile imalatçı veya diğer sorumlu kişiler, ürünün hatalı olmadığını veya zararın kendi hatalı davranışından kaynaklanmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

SONUÇ

Dijital çağın koşullarına ve döngüsel ekonominin gerekliliklerine uyum sağlanması amacıyla 85/374 sayılı Direktif'te değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin büyük bir titizlikle, uzun yıllar süren değerlendirmeler sonucu yapıldığı görülmektedir. 2024/2853 sayılı Direktif ile hem

137 Spindler, “Die Vorschläge der EU-Kommission”, s. 703.

138 Veldt, s. 31.

139 Komisyon Önerisi m. 9/4'te illiyet bağı karinesi için ürünün zarara katkıda bulunmuş olması hali düzenleme altına alınmıştı ve bu durum doktrinde eleştirilmekteydi. Bu düzenleme Parlamento Kabul metnine alınmamıştır. Eleştiri için bkz. Wagner, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter”, s. 10.

140 Wagner, s. 10; benzer yönde bkz. Müller, s. 12.

ürün sorumluluğunun çerçevesi korunmuş hem de dijital çağa göre güncellenmesi sağlanmıştır. Direktif'in; ürün sorumluluğunun kapsamını dijital ürünleri kapsayacak şekilde genişletmesi, ürün güvenliği terminolojisi ile yeknesaklık sağlaması, zarar görenin karşısına çok sayıda muhatap koyması ve zarar görenin ispat yükünü hafifletmesi gibi sebeplerle önemli ve faydalı olduğu söylenebilir.

Ürün olup olmadığı noktasında doktrinde tartışma bulunan yazılım, Direktif'te açık bir şekilde belirtilerek düzenleme kapsamına alınmıştır. Özgür ve açık kaynak yazılımlar kapsam dışı bırakılmıştır. İmalatçıların, piyasaya sürüldükten sonra bile ürünlere erişme ve güncelleme yoluyla, güvenliğini etkileme kabiliyeti artırılmış ve bu şekilde ürün sorumluluğunun kapsamı, ürünlerin piyasaya sürülmesi veya hizmete sunulması sonrasında genişletilmiştir. Tüm bunların yanı sıra yapay zekâlı sistemler için bu düzenlemelerin nasıl uygulanacağı belirsizliğini korumaktadır. Yapay Zekâ Yasası ve Ürün Sorumluluğu Direktifi birlikte incelendiğinde imalatçının yapay zekâlı ürünlerin büyük bir kısmı için (örneğin; yüksek riskli yapay zekâlı sistemler) kontrolünün kaçınılmaz olduğu bu nedenle imalatçının kontrolünde olan ürün nedeniyle sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmayacağı görülmektedir. İmalatçıların yapay zekâlı ürünlerin öğrenme sürecini kontrol altında tutmasının zorluğu karşısında, Direktif'te imalatçının kontrolünün öngörülmesi, yapay zekâlı ürünlerin imalatçıları için büyük zorluklar meydana getirmektedir. Ancak bu durumun zarar görenler için faydalı düzenlemeler olduğunu söylemek gerekir.

Dijital üretim dosyaları ve ilgili dijital hizmet de özel olarak düzenlenerek Direktif kapsamına alınmıştır. Dijital çağda ürünler ile hizmetler arasındaki ayrım etkisini kaybetmiştir. İlgili hizmetin yokluğunda, işlevini yerine getiremeyen dijital hizmetlere bağlı ürünler gittikçe yaygınlaşmaktadır. İmalatçının kontrolü altında, ilgili dijital hizmetlerin ürüne bileşen olarak entegre edildiği veya bağlantısının kurulduğu durumlarda imalatçının sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Sorumlu muhatapların çevresinin genişletilmesi oldukça lehe bir düzenlemedir. Zarar görenin karşısına ürünün imalatçısı ve ithalatçısının yanı sıra yetkili temsilci, ifa hizmet sağlayıcıları, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları, üründe esaslı değişiklik yapanlar gibi birçok kişi konulmuştur. Düzenlemede bu kişilerin hem sorumluluklarının derecesinin hem de bulundukları derece içinde kademelerinin farklı olduğu görülmektedir. Özellikle ifa hizmet sağlayıcıları ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının farklı derecelerde sorumluluğu söz konusudur. İfa hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu birinci dereceden, asli sorumluluktur. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu ikinci dereceden,

tali niteliktedir. Bu şekilde sorumlular arasında ayırım yapılması tartışmalıdır. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunun sınırlı olması, özellikle ürün güvenliğine uyumlu düzenleme yapılması amacının sonucu gibi görünmektedir.

Tazmin edilecek zararın kapsamındaki genişlemeye dikkat edilmelidir. Şahsa verilen zararların kapsamına, psikolojik sağlıkta meydana gelen zararlar alınmıştır. Bunun yanı sıra verilerin yok olması veya tahrip olması halinde meydana gelen zararlar, Direktif kapsamına alınmıştır. Verilere ilişkin meydana gelen zararların hesaplanması, bazı zorluklar meydana getirecektir. Zararın azami ve asgari sınırları kaldırılmış ve miktar itibarıyla herhangi bir sınırlama olmaksızın tazminine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bileşenin, ürünün kendisine vermiş olduğu zararlar da açıkça belirtilerek Direktif kapsamı dışında bırakılmıştır.

Delillerin açıklanması ve ispat yüküne ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Özellikle karmaşık ürünler için, hata ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı, zarar göreni zor duruma düşürmektedir. Bu nedenle zarar gören lehine hata ve illiyet bağı karineleri öngörülmüştür. Direktif m. 10 ile ispat yüküne ilişkin önemli değişiklikler yapılmış ve ispat yükü zarar gören için oldukça hafifletilmiştir. Bu düzenlemelerin zarar gören için lehe olduğunu söylemek mümkün iken m. 10/4 ile 10/2 ve 10/3'teki hata ve illiyet bağı karinesine ek karineler getirilmesi riskin adil dağılımını zedelemiştir.

Ürün sorumluluğu alanında devrim niteliğinde olan bu düzenlemelerin, Direktif'in yürürlüğe girmesinden itibaren 12 ay içinde Avrupa Birliği ülkeleri tarafından iç hukuklarına aktarılması zorunludur. Ürün sorumluluğuna ilişkin ülkemizde oldukça yeni düzenleme altına alınmış olan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda, Avrupa Birliği mevzuatına uyum amacı da dikkate alınarak, 2024/2853 sayılı Direktif'e uygun bir şekilde güncelleme yapılması isabetli olacaktır. Yeni Direktif'in yürürlüğe girmesi ile birlikte, ÜGTDK'nın güncel gelişmelere uygun olarak düzenlenen bu Direktif ile eski Direktif'e oranla daha uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak tam bir uyumun sağlanması için ÜGTDK'da özellikle çalışmada ayrıntılı olarak incelenen ürün kavramının teknolojik gelişmelere uygun olarak genişletilmesi, sorumlu muhatapların çevresinin artırılması, zararın kapsamında değişikliğe gidilmesi, ispat yükü ve delillerin açıklanması konularındaki karinelerin dikkate alınması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

Aldemir Toprak, İpek Betül, “Komisyon’un COM (2020) 64 Final Raporu Işığında Yapay Zekânın Hatalı İşleyişi ile İlgili Ürün Sorumluluğu Hukukuna İlişkin Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, s. 741-53.

Arat, Ayşe, Ürün Sorumluluğunda Ürün Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

Arat, Ayşe/**Akıncı**, Elif, “2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası / Istanbul Law Review, C. 82, S. 2, 2024, s. 363-407.

Atamer, Yeşim M./ **Kurtulan Güner**, Gökçe, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 2, 2021, s. 543-88.

Brenner, Raphael, “Software im Fokus der neuen Produkthaftungsrichtlinie”, RDİ, 2024, s. 345-52.

Bruyne, Jan De/**Gool**, Elias Van/**Gils**, Thomas, “Tort Law and Damage Caused by AI Systems”, Artificial Intelligence and the Law, Editör, Jan De Bruyne/Cedric Vanleenhove, 1. Bası, Intersentia, 2021, s. 359-404.

Cahn, Andreas, “Produkthaftung für verkörperte geistige Leistungen”, NJW, 1996, s. 2899-2905.

Çelt, Damla Özden, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2021, s. 73-114.

Decker, Michael, “Adaptive Robotik und Verantwortung”, Intelligente Agenten und das Recht, Editör, Sabine Gless ve Kurt Seelmann, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, s. 21-44.

Demir, Bahadır, “Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2024, s. 1783-1817.

Demirkol, Neslihan, Otonom Kara Araçları ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

Doğan, Erdem, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

Ebers, Martin, “Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung (Autonomous Driving: Producer’s Liability)”, Autonomes Fahren Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen, Editör, Bernd H. Oppermann ve Jutta Stender-Vorwachs, C.H.Beck, München 2017.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası. Legem Yayınevi, Ankara 2023.

Erlüle, Fulya, “Yapımcının Sorumluluğu”, MÜHFHAD, C.14, S.4, s. 303-338.

European Commission, Evaluation of the Council Directive 85/374/EEC on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products SWD (2018) 157 Final, 2018 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0157#footnoteref56>, E.T. 15.09.2023.

European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, European Commission, COM (2022) 495, 2022 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>, E.T. 09.10.2024.

European Commission, Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>, E.T. 09.08.2024.

European Parliament, Legislative Resolution of 12 March 2024 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products, COM (2022) 0495 C9-0322/2022 – 2022/0302(COD) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html, E. T. 10.10.2024.

Fellmann, Walter, “Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG)”, Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art 1-529, editör Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, ve Wolfgang Wiegand, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.

———, “Haftpflichtrecht im Zeichen der Digitalisierung”, Haftung und Versicherung (HAVE), 2021, s. 105-11.

Fellmann, Walter/**von Büren-von Moos**, Gabrielle, Grundriss der Produkthaftpflicht, Stämpfli Verlag, Bern 1993.

Förster, Christian, “BGB § 823 Schadensersatzpflicht”, BeckOK BGB, editör Wolfgang Hau ve Roman Poseck, 61. Auflage, C.H. Beck, München 2022.

———, “ProdHaftG”, BeckOK BGB, Editör, Wolfgang Hau ve Roman Poseck, 61. Auflage, C.H. Beck, München 2022.

Frank, Peter Schuster, “Providerhaftung und der Straßenverkehr der Zukunft”, Autonome Systeme und neue Mobilität, Editör, Eric Hilgendorf, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017, s. 49-64.

Güçlütürk, Osman Gazi, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Haase, Martin/**Müller**, Anne-Kathrin, “Haftungsrechtliche Aspekte des 3D-Drucks (additive Fertigung) – Teil”, InTeR, s. 65-71.

Hacker, Philipp, “The European AI Liability Directives –Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future”, 2022.

Handorn, Boris, “Die geplante Revision des europäischen Produkthaftungsrechts (auch) für Medizinprodukte”, MPR, 2023, s. 16-24.

Handorn, Boris/**Juknat**, Ulrich, “KI und Haftung bei Medizinprodukten”, MPR, 2022, s. 77-89.

Havutçu, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Hess, Hans-Joachim, Produktheftungspflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftungspflicht vom 18. Juni 1993, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.

Hilgendorf, Eric/**Hötitzsch**, Sven/**Lutz**, Lennart S., Editör, Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge, 1. Auflage, Robotik und Recht, Band 5. Nomos, Baden-Baden 2015.

Kanıslı, Erhan, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, s. 1413-68.

Kapoor, Arun, ed. Produkthaftungsgesetz: Kommentar, C.H. Beck, München 2023.

Katzenmeier, Christian, “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)”, Schuldrecht: §§ 662-853, ProdHaftG, editör Barbara Dauner-Lieb ve Werner Langen, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2016.

Keskin, A. Dilşad, “TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketicie Karşı Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2022, s. 119-44.

Kırca, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

Kurt, Leyla Müjde, “Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Direktifi ve Yeni Direktif Önerisi Işığında Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunda Sorumlu Kişilerin Belirlenmesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2023, s. 359-92.

Lehmann, Michael, “Produkt- und Produzentenhaftung für Software”, NJW, 1992, s. 1721-25.

Leupold, Andreas/**Wiebe**, Andreas/**Glossner**, Silke, “Künstliche Intelligenz”, IT-Recht: Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, editör Andreas Leupold, Andreas Wiebe, ve Silke Glossner, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München 2021.

Mayrhofer, Ann-Kristin, “Product liability in the age of AI — Proposal for a ‘two track’ solution”, Revista Electrónica de Direito, 33, 2024, s.

105-27.

Meyer, Lennart, “Produkthaftung beim Erwerb von Drittanbieterprodukten auf Online-Marktplätzen - Mehr Schutz und Transparenz durch den Kommissionsentwurf einer neuen Produkthaftungsrichtlinie?”, RDİ, 2023.

Müller, Stefan, “Produktfehler und Beweisregeln nach dem Kommissionsvorschlag zur Novellierung des EU-Produkthaftungsrechts”, InTeR, 2024, s. 6-12.

Oechsler, Jürgen, “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz-ProdHaftG”, Staudinger BGB-§§ 826-829; ProdHaftG, editör Julius von Staudinger ve Johannes Hager. De Gruyter, Berlin 2021.

———, “Produkthaftung beim 3D-Druck”, NJW, 2018, s. 1568-72.

Oğuzer, Pelin, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Okur, Sinan, Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Özçelik, Şemsi Barış, “Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, Adalet Dergisi, S. 66, 2021, s. 87-116.

Öztan, Bilge, İmalatçının Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 1982.

Paal, Boris, “Höhe des Ersatzes immaterieller Schäden nach Art. 82 DSGVO”, NJW, 2022, s. 3673-79.

Philipp, Otmar, “Verbraucherschutz: Änderung der Produkthaftungsrichtlinie”, EuZW, 2024, s. 492.

Piovano, Christian/Hess Christian, “More obligations, more rights: How the new EU Product Liability Directive changes the rules for economic operators and consumers (Part 1)”, IWRZ, S. 5, 2024, s. 206-12.

Polat, Cemre, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Reese, Jürgen, “Produkthaftung und Produzentenhaftung für Hard- und Software”, DStR, 1994, s. 1121-27.

Rey, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2008.

Schöttle, Hendrik, “Cyber Resilience Act, Produkthaftungsrichtlinie und andere Baustellen für die Open Source Communities”, ZfPC, 2023, s. 215.

Schrader, Paul, “Haftung für fehlerhaft zugelierte Dienste in Fahrzeugen”, NZV, S. 11, 2018, s. 489-536.

Schucht, Carsten, “Der Einfluss des Produktsicherheits- auf das Produkthaftungsrecht – eine Analyse anhand des Entwurfs einer EU- Produkthaftungsrichtlinie”, InTeR, 2023, s. 71-79.

Schulz, Thomas, “Sicherheit im Straßenverkehr und autonomes Fahren”, NZV, 2017, s. 548-53.

Spindler, Gerald, “Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz”, Computer und Recht, C. 38, S. 11, 2022, s. 689-704.

———, “Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbst-steuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?”, Computer und Recht, C. 31, S. 12, 2015, s. 766-776.

Straub, Wolfgang, Softwareschutz: Urheberrecht, Patentrecht, Open Source, 2. Auflage, Dike, Zürich 2024.

Şahan, Gökhan, Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Taschner, Claudius/**Frietsch** Edwin, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkt-haftungsrichtlinie Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, München 1990.

Türkdoğan, Ahmet Furkan, Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla “CE” İşareti, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Ünal, Akın/**Kalkan**, Arif, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, TAAD, S. 39, 2019, s. 45-77.

Veldt, Gitta, “The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive”, EuCML, 2023, s. 24-31.

Wachenfeld, Walther/**Winner**, Hermann, “Lernen autonome Fahrzeuge?”, Autonomes Fahren, Editör, Markus Maurer, J. Christian Gerdes, Barbara Lenz, ve Hermann Winner, Springer Verlag, Berlin 2016, s. 466-86.

Wagner, Gerhard, “BGB § 823 Schadensersatzpflicht”, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2024.

———, “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)”, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2020.

———, “Liability Rules for the Digital Age: – Aiming for the Brussels Effect –”, Journal of European Tort Law, C. 13, S. 3, 2023, s. 191-243.

———, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel”, Juristen Zeitung, C. 78, S. 1-2, 2023, s. 1-52.

Wiebe, Gerhard/**Daalen**, Johannes, “Der Cyber Resilience Act aus produktsicherheitsrechtlicher Perspektive”, EuZW, 2023, s. 257-63.

Wuyts, Daily, “The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe”, Journal of European Tort Law 5, S. 1, 2014, s. 1-34.

Yağmur, Setenay/**Doğan**, Mazlum, “Aracı Hizmet Sağlayıcının Elektronik Ticaret Platformundaki Ayıplı Üründen Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 209, 2024, s. 110-19.

Yazıcı, Ayşe Nur Merve, *Otonom Araçların Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Yazıcı Çakmak, Ayşe Nur Merve, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Kapsamında Sorumlu Kişilerin Kim Olduğu Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 4, 2024, s. 2611-59.

Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)*, TBV, İstanbul 1999.

Zech, Herbert, “Haftung für Trainingsdaten Künstlicher Intelligenz”, *NJW*, 2022, s. 502-7.

Zirnstein, Yannick, “Der Entwurf des Cyber Resilience Act”, *Computer und Recht*, C. 38, S. 11, 2022, s. 707-14.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Halleri ve
Teorik Değerlendirilmesi**

The Cases of Collusion and Theoretical Evaluation in the
Relationship Between Principal Employer and Subcontractor

  Öğr. Gör. Selçuk CENGİZ*

 10.60002/ebyuhfd.1630049

ÖZ

Günümüz iş dünyasında yaşanan hızlı gelişmeler, teknolojik ilerlemeler ve sektörel farklılıklar, işverenler açısından işletme yönetimi ve iş süreçlerini yürütme bağlamında uzmanlaşmayı ve dışarıdan destek almayı kaçınılmaz hale getirmiştir. Ancak, her alanda mevcut iş yeri çalışanlarıyla uzmanlaşmanın sağlanamaması, iş hukukunda asıl işveren-alt işveren ilişkisini ortaya çıkarmış ve bu ilişki hukuki düzenlemelerimizde yerini bulmuştur.

İş dünyasında önemli bir ihtiyaç olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi, uygulamada çok yoğun şekilde muvazaalı yapılarak kötüye kullanılmıştır. Bu tür istismaların temelinde genellikle işçilerin iş güvencesinden yararlanmalarının önlenmesi ve işçilik alacaklarından mahrum edilmeleri gibi amaçlar yatmaktadır. Bu

* Mustafa Kemal Üniversitesi, Antakya Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 30.01.2025 | **Kabul/Accepted:** 12.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Selçuk Cengiz, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Halleri ve Teorik Değerlendirilmesi”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (539-598).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

sebeple, asıl işveren-alt işveren ilişkisi, iş hukukunun en sorunlu alanlarından birini teşkil etmektedir. Bunun temelinde yatan neden ise İş Kanunu'nda bu ilişkiyi tanımlayan hükmün çok soyut ve belirsiz koşullar içermesidir.

İş Kanunu'nda, asıl işveren-alt işveren ilişkisi konusunda özel bir muvazaa düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre, asıl işverenin işçileri, alt işveren tarafından işe alınarak hakları sınırlandırılmış bir şekilde çalıştırılıyorsa veya asıl işveren, önceki çalışanıyla alt işveren ilişkisi oluşturduysa, bu tür asıl işveren-alt işveren ilişkileri muvazaalı işlem temeline dayandığı varsayılmaktadır. İş Kanunu dışında hangi hallerin asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa sayılacağı hususunda, Alt İşverenlik Yönetmeliği, öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilen kriterler de bulunmaktadır.

Bu çalışmamızda öncelikle borçlar hukuku bağlamında muvazaa açıklanarak, öğretideki görüşler kapsamında muvazaanın hüküm ve sonuçlarına değinilecektir. Ardından İş Kanunu'nda, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde, öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki muvazaa kriterleri ele alınarak muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkilerine uygulanacak yaptırım açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, Alt İşverenlik, Asıl İşveren, Muvazaa, İş Kanunu, Alt İşverenlik Yönetmeliği.

ABSTRACT

The rapid developments in today's business world, technological advancements, and sectoral differences have made specialization and external support inevitable for employers in the context of business management and conducting business processes. However, the inability to achieve specialization with existing workplace employees in every field has revealed the primary employer-subcontractor relationship in labor law, and this relationship has found its place in our legal regulations.

The main employer-subcontractor relationship, which is an important need in the business world, has been heavily misused in practice through fraudulent structures. The underlying motives for such abuses generally include preventing workers from benefiting from job security and depriving them of their labor rights. For this reason, the main employer-subcontractor relationship constitutes one of the most problematic areas of labor law.

The Labor Law includes a specific regulation on the collusion regarding the main employer-subcontractor relationship. Outside of the Labor Law, there are also criteria accepted by the Subcontracting Regulation, doctrine, and the Court of Cassation regarding which situations are considered collusion in the main employer-subcontractor relationship.

In this study, the concept of collusion will first be explained in the context of debt law, and the provisions and consequences of collusion will be addressed wit-

hin the framework of doctrinal views. Then, the criteria for collusion in the relationship between the main employer and the subcontractor, as accepted in the Labor Law, the Subcontractor Regulation, doctrine, and Supreme Court decisions, will be discussed, and the sanctions applicable to collusive main employer-subcontractor relationships will be explained.

Keywords: Labor Law, Subcontracting, Main Employer, Collusion, Labor Law, Subcontracting Employer Regulation

GİRİŞ

Dünya çapında ekonomik sistemlerin gelişmesiyle birlikte iş gücünün kullanımı da farklılık göstermiştir. Bu değişimler, işgücü maliyetlerinde tasarruf sağlamak ve işgücünün kullanımında çeşitlilik yaratmak için çeşitli uygulamaların doğmasına neden olmuştur. Sermaye bu uygulamalar sayesinde işgücüne karşı korunurken, işveren ve çalışan arasında farklı sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu sorunlar, hukuk sistemi tarafından ele alınmış ve çözüm getirmek amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden bir tanesi de asıl işveren-alt işveren ilişkisi kavramıdır.

Türk hukuk sistemimize asıl işveren-alt işveren ilişkisi kavramı ilk kez 1936 yılında çıkarılan İş Kanunu¹ ile dahil edilmiştir. Ancak bu düzenlemede yer alan birçok boşluk, taraflarca istismar edilerek çeşitli sorunlara yol açmış ve zamanla yeni düzenlemelerin yapılması gerekmiştir. Bu bağlamda 2003 yılında yeni bir İK² çıkarılarak asıl işveren-alt işveren ilişkisi yeniden düzenlenmiştir. 2008 yılında AİY³ yayımlanmıştır.

Uygulamada iş hayatında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde sıklıkla rastlanılan kötüye kullanım asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaaya başvurulmasının sebepleri ise farklılık göstermektedir. Bu sebepler “işçilerin ücretlerini düşürmek”, “çalışma koşullarını geriye götürmek”, “sosyal güvenliğe ilişkin yükümlülüklerden kaçınmak”, “sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarının kullanılmasını engellemek”, “iş mevzuatının bazı hükümlerinin uygulanmasını önlemek”, “iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kaçınmak” vs. şeklinde sıralanabilir. İşte bu kötüye kullanım sebepleri nedeniyle, asıl işverenin herhangi bir hukuki ilişki içinde bulunmadığı alt işveren işçilerine karşı sorumlu olması gerektiği, 1936 tarihinde yürürlüğe giren Kanun’dan başlayarak çıkarılan bütün iş kanunlarında kabul edilmektedir.

1 RG 15.06.1936 T., 3330 S.

2 İK kısaltması 4857 sayılı İş Kanunu’nu ifade etmektedir. RG 10.06.2003 T., 25134 S.

3 RG 27.09.2008 T., 27010 S.

Çalışmamızda asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bu tür muvazaalı durumları inceleyeceğiz. Bu bağlamda konunun daha iyi anlaşılacağı kanaati ile ilk olarak borçlar hukuku anlamında muvazaa açıklanacak, sonrasında ise iş hukuku anlamında muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi ele alınacaktır. Ayrıca, hangi koşulların muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi sayılacağı ve hangi kriterlere dikkat edilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır. Son kısımda ise muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisine uygulanacak yaptırım hakkında kısaca bilgi verilecektir.

I. MUVAZAA KAVRAMI

Hukuki bir işlemin geçerli olabilmesi için, irade beyanını oluşturan unsurların uyumlu olması şarttır⁴. Ancak bazı durumlarda irade beyanı açıklanırken, irade ile beyan birbirine uygun açıklanmayabilir. İrade ile beyan arasındaki bu uyumsuzluk, kimi zaman bilerek, isteyerek oluşabileceği gibi kimi zaman da istenmeden oluşabilir⁵. Çalışma konumuzun ana kavramlarından birisi olan muvazaa, tarafların irade beyanı açıklarken bilerek ve isteyerek oluşturdukları bir uyumsuzluk türüdür.

Muvazaa sözlük anlamıyla “*danışık*” ya da “*hukuki işlemlerde tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında bir hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmaları*” demektir⁶.

-
- 4 TBK m.1/1: “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*”
 - 5 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Bası, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s. 404; İhsan **Erdoğan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 43; Selin **Sert Sütçü**, Miras Birakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 23; İsmail **Atamulu**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 9; M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C.I), 22. Bası, Vedat Kitabçılık, İstanbul 2024, s. 134; Haluk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 28; Ali Naim **İnan**/Özge **Yücel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 134; Hüseyin **Hatemi**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 84; Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş**, Borçlar Hukuku, 30. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 48; Murat **Doğan**/Gökhan **Şahan**/İsmail **Atamulu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 143; Fatih **Bilgili**/Ertan **Demirkapı**, Borçlar Genel Hükümler, 16. Bası, Dora Yayınları, Bursa 2021, s. 68; İbrahim **Aydın**, Türk İş Hukukunda Alt İşveren(Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 42; Murat **Şen**/Aslı **Naneci**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, 2009, s. 31.
 - 6 “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 21.03.2025.

Borçlar Hukuku öğretisinde ise muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak konusunda anlaşma yapmaları olarak tanımlanmaktadır⁷.

Yargıtay da bir kararında “Muvazaa; kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir.” ifadesine yer vererek, muvazaayı tanımlamaktadır⁸.

Öğretide ve yargı kararlarında kabul edilen tanımdan yola çıkarak muvazaa, kanaatimce, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşma biçiminde tarif edilebilir⁹.

Muvazaanın hukukumuzda ki pozitif dayanağı TBK m.19’da “Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler” başlığı altında yer almaktadır¹⁰. Ancak, bu düzenlemede muvazaanın tanımına yer verilmemektedir. Bu sebeple, muvazaanın tanımı esas olarak öğreti ve yargı kararlarıyla¹¹ belirlenmektedir.

Muvazaa, genellikle sözleşmelerde karşılaşılan bir kavram olup, en az iki tarafın katılımını gerektir¹².

7 Nurşen **Caniklioglu**, “Yargı Kararları Işığında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa”, Yeni Gelişmeler Işığında İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Semineri (Adana, Türkiye, 11-12 Nisan, 2025), s. 11; Sarper **Süzek**, İş Hukuku, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 175; Müge **Oğuz**, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinden Kaynaklanan Muris Muvazaası”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. III, S. 2, 2020, s. 304; Nizamettin **Aktay**, “İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı “Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, 2008, s. 63; **Atamulu**, s. 23; **Eren**, s. 404; **Oğuzman/Öz**, s. 135; **Aydınlı**, s. 42.

8 Yarg. 7. HD., E. 2024/3884, K. 2025/91, 08.01.2025, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

9 Aynı yönde: **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 143; **Akıntürk/Ateş**, s. 48-49; **Eren**, s. 404; **Oğuzman/Öz**, s.134; **Bilgili/Demirkapı**, s. 68.

10 TBK m. 19: “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”

11 Yarg. 4. HD., E. 2020/921, K. 2020/4133, 24.11.2020; Yarg. 4. HD., E. 2020/1262, K. 2021/734, 22.02.2021; Yarg. 4. HD., E. 2021/27072, K. 2022/11280, 03.10.2022; Yarg. 4. HD., E. 2022/14222, K. 2022/17168, 19.12.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

12 **Atamulu**, s. 3; **Şahin**, s. 653.

Muvazaa, öğreti ve yargı içtihatlarında iki ana türe ayrılır¹³. Bunlar; mutlak muvazaa ve nispi muvazaadır¹⁴.

Tarafların gerçekte bir işlem yapmayı düşünmemelerine rağmen, sırf üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla işlem yapmış gibi gözük-mek için, görünürde bir işlem yapmalarına “*mutlak muvazaa*” denir¹⁵.

Mutlak muvazaa durumunda, tarafların gerçek niyeti hukuki bir işlem gerçekleştirmekten ziyade, üçüncü şahısları aldatmaktır.

Tarafların kendi isteklerine uymayan bir sözleşmeyi, dışarıya karşı farklı bir sözleşme ile gizledikleri durum ise “*nispi muvazaa*” olarak adlandırılır¹⁶.

Nispi muvazaada iki tür sözleşme mevcuttur. İlki, tarafların asıl yapmak istedikleri ancak üçüncü kişilere duyurmaktan kaçındıkları sözleşme-dir; bu sözleşmeye gerçek ya da gizli işlem denir¹⁷. Gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uyduğu için geçerli kabul edilen bir sözleşmedir. Bununla birlikte, bu gizli işlemin geçerliliği, belirli bir şekil şartının yerine getirilmesine bağlı olabilir. Dolayısıyla görünürdeki işlem ile gizli işlemin, bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸. İkincisi ise, üçüncü kişileri yanıltmak amacıyla düzenlenen ve yapılmıyormuş gibi gösterilen sözleşmedir¹⁹; buna da görünürdeki işlem adı verilir.

Nispi muvazaada amaç, geçerli olması istenilen sözleşmenin, üçüncü kişiler tarafından bilinmesinin istenmemesidir. Başka bir ifadeyle, nispi

13 Bunun yanında muvazaanın tam muvazaa ve kısmi muvazaa çeşitleri de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 407; Oğuzman/Öz, s. 136; Aydınli, s. 47-48.

14 Eren, s. 407; Oğuzman/Öz, s. 135; Hatemi/Gökyayla, s. 85; Sert Sütçü, s. 34.

15 Yarg. 6. HD., E. 2023/964, K. 2024/2088, 11.06.2024; Yarg. 6. HD., E. 2022/5188, K. 2024/2437, 03.07.2024, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025); Aydınli, s. 57; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 144; Akıntürk/Ateş, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 69; Hatemi/Gökyayla, s. 84; Sert Sütçü, s. 35; Oğuz, s. 306; Aktay, s. 63; Şen/Naneci, s. 32.

16 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 350; Aydınli, s. 58; Erdoğan, s. 65-66; Eren, s. 408; Atamulu, s. 51; Hatemi/Gökyayla, s. 85; Sert Sütçü, s. 36; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 145; Akıntürk/Ateş, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 70; Aktay, s. 63; Şen/Naneci, s. 32.

17 Aydınli, s. 49. Eren, s. 407; Atamulu, s. 25 vd.; Oğuzman/Öz, s. 135; Akıntürk/Ateş, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 70; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 146; Sert Sütçü, s.34.

18 Esener, s. 41; Özkaya, s. 185; Eren, s. 407.

19 Turhan Esener/Fatih Gündoğdu, Borçlar Hukuku 1 Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 96; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 145; Bilgili/Demirkapı, s.70; Akıntürk/Ateş, s. 49; Aydınli, s. 44. Örnek için bkz. Eren, s. 405; İnan/Yücel, s. 275; Erdoğan, s. 65; Nomer, s. 73; Sert Sütçü, s. 30.

muvaaza da taraflar, görünürdeki işlemin arkasında gerçek niyetlerini yansıtmayan bir gizli işlem gerçekleştirirler²⁰. TBK m.19’da sadece nispi muvaaza düzenlenmekte olup, mutlak muvaaza bu maddede hükme bağlanmamıştır²¹.

Nispi muvaazanın üç farklı türü bulunmaktadır²². Bunlar; sözleşmenin niteliği,²³ sözleşmenin konusu veya koşulları²⁴ ve sözleşmenin tarafları üzerindeki²⁵ muvaaza olarak sıralanabilir.

Muvaaza kavramını daha iyi anlayabilmek adına, muvaazanın unsurlarının da kısaca ele alınması önem arz etmektedir. Ancak, kanaatimizce muvaaza unsurlarını değerlendirirken, hem mutlak muvaaza hem de nispi muvaaza türlerinin unsurlarını dikkate alarak hareket edilmesi gerekmektedir²⁶. Bu bağlamda muvaazanın üçü ortak biri sadece nispi muvaaza olan dört unsurunun olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar; görünürdeki işlem, gizli işlem²⁷, aldatma kastı ve muvaaza sözleşmesidir. Buna karşın, gizli işlem yalnızca nispi muvaazada bulunur²⁸ ve mutlak muvaazanın bir parçası olarak kabul edilmez²⁹.

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçekleştirdikleri işlem, görünürdeki işlemi olarak adlandırılmaktadır. Görünürdeki işlemin amacı, üçüncü kişilere taraflar arasında bir sözleşme yapıldığı hususunda kandırmak, bu hususta var olan görünürdeki işlemi gerçek bir işlemmiş gibi göstermektir³⁰. Dolayısıyla, görünen işlemin kendileri üzerinde herhangi bir

20 Sert Sütçü, s. 36-37; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 145; Oğuz, s. 306.

21 YHGK, E. 2020/370, K. 2022/951, 15.06.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

22 Yarg., 7. HD., E. 2022/7195, K. 2023/3625, 04.07.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

23 İnan/Yücel, s. 277-278; Atamulu, s. 55-57.

24 İnan/Yücel, s. 278; Atamulu, s. 57-58.

25 İnan/Yücel, s. 278; Atamulu, s. 62-63.

26 Yargıtay’a göre “Muvazaalı bir hukukî işlem den bahsedebilmek için; tarafların iradeleri ile beyanları arasında isteyerek yaratılmış bir uygunsuzluk, üçüncü kişileri aldatmak (muvaaza) niyeti, taraflar arasında gizli işlemi yaratan muvaaza sözleşmesi bulunmalıdır.” YHGK, E. 2020/370, K. 2022/951, 15.06.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

27 Sadece nisbi muvaazada söz konusu olan gizli işlem muvaazanın unsuru olarak değerlendirilmemelidir. İlgili görüş için bkz. Atamulu, s. 25.

28 Oğuz, s. 304; Aydın, s. 54; Aktay, s. 64.

29 Doğan/Şahan/Atamulu, s. 144-145; Akıntürk/Ateş, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 69-70; Eren, s. 407.

30 Esener/Gündoğdu, s. 96; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 145; Bilgili/Demirkapı, s. 70; Akıntürk/Ateş, s. 49; Aydın, s. 44. Örnek için bkz. Eren, s. 405; İnan/Yücel, s. 275; Erdoğan, s. 65; Nomer, s. 73; Sert Sütçü, s. 30.

hukuki hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda mutabakata varmışlardır.

Taraflar, bazen bir hukuki işlemi muvazaalı bir şekilde gösterirken, aslında yapmak istedikleri ve kendi iradelerine uygun olan sözleşmeyi gizlice dahil edebilirler. Bu şekilde görünürdeki işlemin arkasına saklanan işleme, gizli işlem denilir³¹. Gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uyduğu için geçerli kabul edilen bir sözleşmedir. Bununla birlikte, bu gizli işlemin geçerliliği, belirli bir şekil şartının yerine getirilmesine bağlı olabilir. Dolayısıyla görünürdeki işlem ile gizli işlemin, bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir³².

Tarafların muvazaalı bir işlem yapabilmesi için, dışarıya karşı yaptıkları ancak gerçekte kabul etmedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatma niyetiyle gerçekleştirmiş olmaları gerekir³³. Muvazaalı işlemlerde bu hususa, üçüncü kişileri aldatma kastı adı verilir. Borçlar Hukuku öğretisinde genel görüş, muvazaalı bir işlem gerçekleştirebilmesi için tarafların görünürde yaptıkları ancak gerçekte kabul etmedikleri bir sözleşmede üçüncü kişileri aldatma niyetinin ayrıca aranması yönündedir³⁴. Ancak öğretilde aksi yönde bir görüş tarafından, tarafların görünürdeki işlemin geçersiz olacağı konusunda anlaşmış olmalarının zaten bir aldatma amacı taşıdığı, bu nedenle ayrıca bir aldatma kastının araştırılmasına gerek olmadığı savunulmaktadır³⁵. Kanaatimizce, tarafların muvazaalı işlem yapma nedeninin üçüncü kişileri aldatmak olduğu düşünülerek, bu niyeti muvazaanın bir parçası olarak görmek yerinde olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu yaklaşımı benimsemektedir³⁶.

31 Aydın, s. 49. Eren, s. 407; Atamulu, s. 25 vd.; Oğuzman/Öz, s. 135; Akıntürk/Ateş, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 70; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 146; Sert Sütçü, s.34.

32 Esener, s. 41; Özkaya, s. 185; Eren, s. 407.

33 Yargıtay 7. HD., , E. 2013/16120, K. 2013/11938, 26.06.2013; Atamulu, s. 281; Eren, s. 407; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 144; Akıntürk/Ateş, s. 49; Bilgili/Demirkapı, s. 68.

34 Aydın, s. 49; Eren, s. 407; Atamulu, s. 25 vd.; İnan/Yücel, s. 274; Erdoğan, s. 65; Oğuzman/Öz, s. 135; Akıntürk/Ateş, s. 49; Hatemi/Gökyayla, s. 84; Bilgili/Demirkapı, s. 68.

35 Atamulu, s. 281; Aydın, s. 49.

36 "...Muvazaa B.K'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir." Yarg. 7. HD., E. 2013/16120, K. 2013/11938, 26.06.2013, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

Nihayet son unsur olan muvazaa anlaşması, tarafların görünürde irade beyanında bulunmalarına rağmen gerçekte hukuki bir sonuç doğurmaya-cakları konusunda anlaşmalarıdır³⁷. Muvazaa anlaşması, muvazaanın türü ne olursa olsun tüm muvazaa biçimleri için gerekli olan temel bir unsurdur³⁸.

A. Muvazaanın Hüküm ve Sonuçları

Hukuk sistemimizde, muvazaalı hukuki işlemlerin hüküm ve sonuçlarını doğrudan düzenleyen özel bir kanun hükmü bulunmamaktadır³⁹. Muvazaalı hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının tespiti uygulanacak yaptırımı belirlemesi yönünden çok önem arz etmektedir. Bu nedenle, bu boşluk hukuk öğretisi ve yargı kararları aracılığıyla doldurulmaktadır⁴⁰.

Öğretide, ağırlıklı olarak muvazaalı işlemlerin kesin hükümsüzlük⁴¹ (butlan) yaptırımına tabi tutulması gerektiği ileri sürülmektedir⁴². Bu görüşe göre, sözleşmedeki kurucu unsurlar mevcut olup, sözleşme özgürlüğü

37 Eraslan **Özkaya**, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 183; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 345; **Esener**, s. 20; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 144; **Akıntürk/Ateş**, s. 50; **Aydınlı**, s. 47.

38 **Esener**, s. 22; **Atamulu**, s. 25 vd.; **Eren**, s. 406; **Sert Sütçü**, s. 32; **Aydınlı**, s. 46.

39 **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 144; **Atamulu**, s. 111; **Esener**, s. 50; **Özkaya**, s. 191; **Aydınlı**, s. 59-60.

40 “Her ne kadar, muvazaayı düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 18. maddesinde (TBK 19. maddesi) ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir.” Yarg. 4. HD., E. 2020/1430, K. 2021/3103, 16.06.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025); **Özkaya**, s. 191; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 144; **Akıntürk/Ateş**, s. 50; **Bilgili/Demirkapı**, s. 71.

41 Kesin hükümsüzlük, geçerlilik için gereken koşulları sağlamayan bir hukuki işlemi, geçmişe dönük olarak geçersiz kılan bir yaptırımdır. Bu ciddi yaptırım, işlemin kamu düzenini, genel çıkarı veya genel ahlaki korumayı amaçlayan bir yasa hükmüne aykırı olması durumunda uygulanır. Bkz. Hamdi **Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal**, İş Hukuku, 7. Bası, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022, s. 565; Nuri Çelik ve diğerleri, İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 294; **Süzek**, s. 346.

42 Sarper **Süzek**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, MÜHFAD, C. XX S. 1, 2014, s. 131; **Aydınlı**, s. 74; **Aday**, s. 22; **Hatemi/Gökyayla**, s. 85; **İnan/Yücel**, s. 279; **Sert Sütçü**, s. 48; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 139; **Akıntürk/Ateş**, s. 50; **Bilgili/Demirkapı**, s. 71.

sınırlarına aykırılık halinde geçersizlik sonucuna ulaşılmalıdır⁴³. Bu yaklaşım, hukuki işlemlerin tarafların gerçek iradelerine dayanması gerektiği ilkesini korumayı amaçlar. Bu nedenle, sözleşmenin ortaya çıktığı andan itibaren (en başından beri) muvazaalı işlemlerin hukuki sonuçlarının geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Hatta taraflardan biri zarar görse bile, bu işlemler birbirlerine karşı bir talep hakkı oluşturmaz. Bunun yanında borçlar hukuku anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımı her zaman ileri sürülebilir ve itiraz niteliğindedir⁴⁵. Bu görüş uyarınca, muvazaalı bir hukuki işlemin kesin hükümsüz olarak kabul edilmesi, geriye dönük etki doğurması anlamı taşımaktadır. Ancak, bu geriye dönük etki sürekli borç doğuran sözleşmelerinin niteliğine uygun değildir. Bu sorun, öğretide ve yargı kararlarında muvazaalı bir hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğünün ileriye yönelik etki doğuracağı; bu bağlamda, özellikle iş hukuku alanında, iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlük nedeniyle geriye dönük değil, ileriye dönük hüküm doğurması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶. Zira geçersizlik nedenlerinden birinin varlığı halinde sözleşmenin geriye dönük olarak hükümsüz kabul edilmesi, işçinin bu süre zarfında gerçekleştirdiği çalışmalar karşılığında edindiği işçilik hakları ile sosyal güvenlik haklarının tamamen yok olması anlamı taşıyacaktır. Bu durum ise işçiye koruma ilkesiyle uyuşmamaktadır. Bunun yanında, geçersizliğin tespitine kadar var olan iş ilişkisi, geçerli bir iş sözleşmesi gibi ele alınmalıdır. Buna karşın geçersizliğin tespit edildiği andan itibaren işçilik hakları hükümsüz sayılmalıdır⁴⁷.

43 **Süzek**, İş Akdinin Geçersizliği, s. 131.

44 **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 140; **Akıntürk/Ateş**, s. 58; **Bilgili/Demirkapı**, s. 66.

45 **Sert Sütçü**, s. 48; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 145.

46 **Çelik ve diğerleri**, s. 296, **Süzek**, s. 346, **Aydınlı**, s. 76. İş sözleşmesinde geçersizliğin geleceğe yönelik bir etki yaratacağı düşüncesi, yalnızca kamu düzenini ağır şekilde ihlal etmeyen durumlarla sınırlıdır. Bu durumlar, örneğin, çocuk veya kadınların çalıştırılması yasaklarına ya da şekil şartlarına aykırılıktır. Bu tür hallerde, iş sözleşmesinin en baştan hükümsüz kabul edilmesi, yasaklarla ulaşılmak istenen amaca ters düşer; sözleşme batıl olsa da, bu sözleşmeye dayanarak çalışan kişi daha fazla korunmasız hale gelir ve sömürülmesine zemin hazırlanmış olur. Bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 568.

47 **Çelik ve diğerleri**, s. 138-139; **Süzek**, s. 187-188; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 568; **Aydınlı**, s. 76.

Yargıtay, 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda, muvazaalı işlemin hüküm ve sonuçları bakımından “*kesin hükümsüz*” görüşünü benimsemektedir⁴⁸.

Öğretide yer alan ikinci görüş, muvazaalı işlemlerin hukuki sonucunun yokluk olduğunu ileri sürmektedir⁴⁹. Bu görüşe göre, muvazaalı hukuki işlemlerinin arkasında tarafların gerçek niyetlerine uygun bir işlem bulunmadığından söz konusu işlem yok sayılmalıdır⁵⁰. Aynı yönde başka bir görüş ise, tarafların bilerek ve isteyerek sonuç doğurmamak amacıyla irade beyanında bulunduklarında, gerçek bir işlem var olmayacağı için⁵¹ muvazaalı hukuki işlemin yok hükmünde sayılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Öğretide yer alan üçüncü görüş, tarafların gerçek niyetlerinin araştırılmasının, muvazaalı beyanların geçersiz sayılmasına yol açmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, TBK m.19, muvazaayı ele alırken bir “*yorum*” olarak değerlendirmektedir. Nitekim, burada kanun koyucu tarafından, irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk, işlemin geçersizliğine değil, geçerliliğinde bir kusura işaret etmektedir⁵².

Öğretide yer alan bir başka görüş, kendine özgü kesin hükümsüzlük görüşüdür.⁵³ Bu görüş uyarınca, muvazaada hükümsüzlüğü doğuran kesin hükümsüzlükle, TBK m.27’deki kesin hükümsüzlük birbirinden bağımsızdır. Bu yaklaşımı savunan yazarlardan bir kısmı, TBK m.27’de yer alan düzenleme dışında kesin hükümsüzlük sebeplerinin var olmayacağını ileri sürmektedir⁵⁴. Bu görüşe göre, şekil koşuluna uymayan bir sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması yalnızca sözleşmenin tarafları açısından geçerli

48 “...Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır.” Yarg. 17. HD., E. 2015/17759, K. 2018/4283, 18.04.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.03.2025).

49 Eren, s. 411; Kocayusufpaşaoğlu, s. 354-355. Muvazaalı durumlarda (ki uygulamada genellikle alt işverenlik nedeniyle karşılaşılmaktadır) geçersizlik yaptırımının gelecek için etkili olacağı düşünülemez. Bununla birlikte, muvazaayı butlan yerine yokluk kavramı üzerinden değerlendirmek ve bu sebeple geçersizlik nedenlerinden ayrı tutmak daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 569.

50 Eren, s. 412; Oğuzman/Öz, s. 137; Sert Sütçü, s. 47.

51 Kocayusufpaşaoğlu, s. 354-355.

52 Aday, s.24.

53 Aydın, s. 73; Esener, s. 52; Özkaya, s. 119.

54 Özkaya, s. 119.

olur. Yani, başından beri geçerli olmayan bir sözleşme, taraflar bu geçersizliği dile getirene kadar geçerliliğini sürdürecektir⁵⁵. Sözleşmenin bir şekil şartına bağlanması, sadece tarafların korunması amacıyla yapılan bir düzenlemedir ve bu nedenle, şekil eksikliğini yalnızca sözleşmenin tarafları gündeme getirmelidir⁵⁶. Diğer bir kısmı da TBK m.27'de yer alan kesin hükümsüzlüğün, kamu düzenine aykırılık gibi hukuka veya ahlaka aykırı durumları hedef almakla beraber, muvazaalı bir sözleşmenin her zaman ahlaka aykırı olmayacağını ileri sürmektedir⁵⁷.

Öğretide yer alan beşinci görüş, iş hukuku alanında özellikle kamu düzenini bozan ahlaki ve hukuki aykırılıklar durumunda, kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının yalnızca geleceğe dönük etkili olmasının uygun olmayacağını ileri sürmektedir⁵⁸. Bu görüşe göre, bu tür aykırılıklar, şekil eksikliklerinden veya sağlık ve cinsiyete uygun olmayan iş sözleşmelerinden kaynaklanan ihlallere nazaran daha ciddi nitelikte olup, özellikle bu aykırılıklar, ceza normları tarafından da yaptırıma tabi tutulan kanuni ve ahlaki ihlaller şeklinde gerçekleşmelidir. Örneğin, iş sözleşmesinin konusu kaçakçılık, kalpazanlık veya fuhuş olduğunda, bu durum kamu düzenini ciddi şekilde tehlikeye atan bir geçersizlik nedeni, yani kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilmelidir⁵⁹.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının tanımı TBK'da yapılmamıştır. Bununla birlikte, TBK m.27/1'de kesin hükümsüzlük sebepleri detaylı olarak açıklanmıştır. Bu nedenle öğretide ve Yargıtay tarafından ağırlıklı olarak benimsenen kesin hükümsüzlük görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim kesin hükümsüzlük kurucu unsurları tamam olmakla birlikte geçerlilik unsurlarında TBK m.27/1'e aykırılık nedeniyle bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmamasıdır⁶⁰. Ayrıca muvazaalı işlemlerde bir irade beyanı mevcut olsa da, bu beyan gerçeği yansıtmamaktadır. Bu tür işlemlerde, tarafların gerçek niyetlerinin araştırılması büyük önem taşır. Yokluk yaptırımında ise sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturan irade beyanlarında karşılıklılık ve birbirine uyumluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, var olan ama gerçeği yansıtmayan irade beyanlarına karşılık kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır.

55 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 570; Çelik ve diğerleri, s. 295.

56 Sert Sütçü, s. 169; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 570.

57 Esener, s. 52; Aydın, s. 73.

58 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 568; Aydın, s. 76.

59 Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri-I, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 245; Süzek, s. 346; Süzek, İş Akdinin Geçersizliği, s. 139-140; Aydın, s. 76; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 568.

60 Süzek, İş Akdinin Geçersizliği, s. 131.

Borçlar hukuku kapsamında, kesin hükümsüzlük, kural olarak geçmişe etkili olur ve hüküm ve sonuçlarını geriye dönük olarak yaratır. Ancak, taraflar arasında yürürlükte olan bir iş akdinin baştan itibaren geçersiz sayılması, hem iş hukukunun işçi koruma amacına hem de bu sözleşmenin sürekli borç ilişkileri kurma özelliğine uygun düşmemektedir.

Değnilmesi gereken bir husus da TBK m.394/3'te düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre, *“Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”* Bu hükümle iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersizliğinin hüküm ve sonuç doğurmaması, yalnızca ileriye yönelik etkiler ortaya çıkarması için geçersizliğin sonradan anlaşılması gereklidir⁶¹. Bu nedenle iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilerek yapılan sözleşmeler baştan itibaren geçersiz kabul edileceklerdir. Ancak, TBK m.394/3'ün lafzından hareket edilirse hükmün uygulanma sahası oldukça daralacaktır. Nitekim yasak çalışma koşullarını bilerek ailesini geçindirmek zorunda olan bir kişinin bu durumu önceden bildiğinde hareketle işçilik hakları ve sosyal güvenlik hakları kısıtlanabilecektir. Ayrıca iş sözleşmesinin geçersizliğinin baştan beri bilinip bilinmediği, çözümü zor ispat sorunlarını da gündeme getirecektir. Bu nedenlerle iş sözleşmesinin muvazaalı işleme dayalı bir nedenle sonlandırılması durumunda sözleşmenin ancak geleceğe dönük etki göstereceği ve geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracağı kanaatindeyiz. Bunun yanında iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması durumunda, tarafların o zamana kadar yerine getirdiği edimlerin sebepsiz zenginleşmeye göre iadesi ve sürekli borç ilişkilerinin geriye dönük olarak ortadan kaldırılması tatmin edici bir şekilde sağlanamaz⁶². Zira öncelikle işçinin yaptığı işin, yani emeğinin iadesi son derece zordur. Bu durumda işçinin emeğinin değerini belirlemek gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır ki tam bir karşılık sunmak pek kolay değildir. Ayrıca, işçi ile işveren arasında gelişen kişisel ilişkiler, özellikle işçiyi gözetme ve sadakat yükümlülükleri, nedensiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri verilmesi mümkün değildir.

61 Süzek, s. 347; Süzek, İş Akdinin Geçersizliği, s. 136.

62 Süzek, s. 348; Süzek, İş Akdinin Geçersizliği, s. 137; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 566-567.

İş sözleşmesinin geleceğe dönük olarak varlığını sürdürmesinde öğretide bir görüş, TBK m.27/2’de düzenlenen kısmi geçersizlik kuralının uygulanabileceğini ileri sürmektedir⁶³. Bu düzenleme, sözleşmelerin mümkün olduğunca sürdürülebilir kılınmasına yönelik “*favor contractus*” ilkesine uygun bir yaklaşımı yansıtarak, sözleşmenin yalnızca bir bölümünde ortaya çıkan geçersizliğin etkisini en aza indirmeyi hedeflemektedir. Bu bağlamda, TBK m.27/2’den yararlanarak iş sözleşmesinin tamamını değil, yalnızca hukuka aykırı olan hükümünü geçersiz kılmak ve iş ilişkisinin devamını sağlamaktadır. Kanaatimizce bu görüş, hem iş hukukunun işçiyi koruma hedefi hem de iş güvencesi ilkesine uygun bir yaklaşımdır. İş sözleşmesindeki kısmi geçersizlik durumunda hüküm bulunmadığı takdirde, bu boşluk işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcu doğrultusunda giderilmelidir⁶⁴.

II. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

İş Kanunu’nda doğrudan bir alt işveren tanımına yer verilmemesine rağmen, asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır⁶⁵. Söz konusu asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımı, bir yandan asıl işveren-alt işverenin varlığı için gerekli koşulları, temel unsurlarını düzenlerken, diğer yandan da geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi için aranan şartları düzenlemektedir. Bu girift düzenleme tarzı, uygulamada ve öğretide yanlış tanımlamalara sebep olabilmektedir. Örneğin, bazı durumlarda geçerli

63 **Süzek**, s. 350-351; **Süzek**, İş Akdinin Geçersizliği, s. 140.

64 **Süzek**, İş Akdinin Geçersizliği, s. 141.

65 Meltem **Öztürk**, “Alt İşveren İşçilerinin Açtığı Davalarda Muvazaa Denetimi Şart mıdır?”, Sosyal ve Beşerî Bilimlerde Uluslararası Teori, Araştırma ve Derlemeler Cilt 1/Editörler, Hakan Altıntaş, Mustafa Mete, Neslihan Bolat Bozaslan, Serüven Yayınevi, Ankara 2023, s. 288; Nurşen **Caniklioğlu**, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları-Unsur Yokluğunun ve Geçersizliğin Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 50, 2023, s. 12; Ertuğrul **Yuvalı**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk”, AkdHFD, C. XI, S. 2, 2021, s. 358; Deniz **Boz Eravcı**, “İşverenin Alt İşverenin İşçileri Üzerindeki Koruma Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, AÜİİFD, C. XXI, S. 2, 2020, s. 20; Süleyman Mücahit **Narlı**, “Alt İşverenlik İlişkisinde Uzmanlık Koşulu”, İBD, C. XCIV, S. 4, 2020, s. 235; Nuri **Çelik**, “İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, 2010, s. 5; **Şen/Naneci**, s. 36; Aydın **Başbuğ**/Mehtap **Yücel Bodur**, İş Hukuku, 6. Bası, Beta Yayıncılık, Ankara 2021, s. 84; M. Fatih **Uşan**/Canan **Erdoğan**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 60; Ercan **Akyiğit**, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 70; **Süzek**, s. 163; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 220; **Çelik ve diğerleri**, s. 99; **Aydınlı**, s. 221; **Caniklioğlu**, Seminer, s. 3.

bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilmesi gerektiği halde, bu durum sanki ilişkinin varlığı için gerekli şartlar olarak değerlendirilmektedir⁶⁶.

Görüldüğü üzere İK'da, asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanarak düzenlenmiş olsa da yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bazı kanun boşlukları mevcuttur. Kanun koyucu uygulamada oluşan boşlukları gidermek ve ihtilaflı hususları çözüme bağlamak adına İK kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinin bulunması gereken hususları düzenlemek için AİY'i yayımlanmıştır⁶⁷.

Somut bir vakiada muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için öncelikle, kanun koyucunun aradığı kurucu unsurların^{68,69} tamamını taşıyan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı gerekir⁷⁰. Bu unsurlardan birinin eksikliği, taraflar arasında bu tür bir asıl işveren-alt işveren ilişki kurulmasını engeller ve bu bağlamda yasal sonuçlar ortaya çıkmaz. Yargıtay da bir kararında bu konuda aynı kanaattedir⁷¹.

66 **Caniklioğlu**, s. 13; **Caniklioğlu**, Seminer, s. 13.

67 **Yuvalı**, s. 358; **Akyiğit**, s. 70; **Süzek**, s. 163; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 220; **Çelik ve diğerleri**, s. 110; **Aydınlı**, s. 308.

68 Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartları AİY m.4 şunlardır: *“Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır. Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır. Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.”*

69 İK'da tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları ise şu şekilde sıralayabiliriz: iki ayrı işverenin bulunması, yani bir asıl işveren ve bir alt işverenin olması; alt işverene devredilen işin mal veya hizmet üretimiyle ilgili bir iş olması; alt işverene verilen işin asıl işin bir parçası ya da yardımcı bir iş olması; alt işverenin işçilerinin asıl işverene ait iş yerinde çalıştırılması ve bu işçilerin sadece asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması.

70 Seda Özgül **Ekiz**, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Mütelsel Sorumluluk”, TAAD, S. 52, 2022, s. 252; Ömer **Ekmekçi**/Esra **Yiğit**, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 122; **Boz Eravcı**, s. 21.

71 “...yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, TBK gereğince bir sözleşme niteliği taşır. Bu ilişki, karşılıklı ve uygun irade beyanlarıyla oluşan bir hukuki ilişki olduğundan, geçerliliği genel hukuki işlemlerin koşullarına bağlıdır⁷². Buna karşın tarafların yapmış olduğu sözleşmeler, İK m.2/6 hükmünde belirtilen tanımın unsurlarını içeriyorsa, bu durum yalnızca bir borçlar hukuku ilişkisi olmaktan çıkar ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturur. Ancak, iki işveren arasında yapılan her iş görme sözleşmesi, otomatik olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğurmaz.

Türk Borçlar Kanunu uyarınca, taraflar bir konuda sözleşme yapmak istediklerinde kural olarak sözleşme özgürlüğüne sahiptir⁷³. Ancak sözleşme özgürlüğünün genel ve özel sınırlamaları bulunmaktadır. Bu bağlamda aşağıda bu sınırlandırmalara değineceğiz.

B. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Sınırlandırılması

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşme ilişkilerinde iş hukuku değil, borçlar hukuku, özellikle de sözleşme hukuku geçerli olduğundan, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda sözleşme şartları dikkate alınacaktır. Bu nedenle alt işverenlik sözleşmesinde⁷⁴ ilk sınırlandırma, TBK m.27’de yer almaktadır⁷⁵. Alt işverenlik sözleşmesi TBK m.27’de belirtilen kesin hükümsüzlük durumlarından birine aykırıysa geçerli olmayacaktır. Diğer bir genel sınırlandırma ise TBK m.19⁷⁶’da düzenlenmiştir. Yukarıda açıkladığımız üzere yapılan sözleşme muvazaalı ise kesin hükümsüz sayılacaktır⁷⁷. Zira dışa yansıyan iradeler gerçeği yansıtmamaktadır.

kaynaklanan bireysel ve kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.” YHGK, E. 2015/3294, K. 2019/400, 04.04.2019; Metin **Pehlivan**, Kamu İşyerlerinde Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulama Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 31; **Süzek**, s. 176.

72 Ercan **Akyiğit**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 101; **Ekiz**, s. 267.

73 TBK m. 26: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

74 AİY m.3/1-b: “Alt işverenlik sözleşmesi: Asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve 10 uncu maddede belirtilen hususları ihtiva eden sözleşmeyi ifade eder.”

75 TBK m.27/1: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

76 TBK m.19: “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”.

77 **Boz Eravcı**, s. 25.

Kanun koyucu tarafından TBK’da öngörülen genel sınırlandırma hükümleri dışında, 1475 sayılı İş Kanunu’nda öğretide ve uygulamada meydana gelen muvazaalı alt işveren asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin önüne geçmek amacıyla, İK m.2/7’de özel sınırlandırma hükümleri kabul edilmiştir⁷⁸. İş Kanunu m.2/7 ile kabul edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırlandırmasındaki temel amaç alt işveren işçilerinin korunması⁷⁹ olup, çalışma hayatında görülen istismar ve kötüye kullanım olaylarının önüne geçmektir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair sınırlandırmaların altında yatan önemli başka bir neden ise, kanunlara uygun hareket eden işverenleri, kanunlara uygun hareket etmeyen, kanun hükümlerini kendi lehine kullanan ve istismar eden işverenlere karşı haksız rekabetten korumaktır⁸⁰.

Kanun koyucu İK m.2/7’de, yargı kararlarını da dikkate alarak, o zamana kadar oluşan ve sık karşılaşılan muvazaalı asıl işveren-alt işveren uygulamalarını karine olarak kaleme almıştır. Fakat asıl işveren-alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamalar ve genel hükümlerde yer alan muvazaa kavramının İK’ya eklenmesi, örneklerle gösterilerek düzenlenmesi, iş hukuku öğretisinde eleştirilmektedir.

Öğreti yer alan bir görüşe göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisine getirilen sınırlama doğrudur. Zira hangi durumların muvazaa oluşturduğunun İK’da açıkça belirtilmesi önleyici ve caydırıcı bir etkiye sahiptir⁸¹. Bu görüşe göre, iş hukukunda ispat yükümlülüğü genellikle işçinin üzerinde olduğu için, genel hükümlere göre açılan davalar muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisini engelleyememektedir. Ancak, İK’da “*kanuni karine*” niteliğinde sınırlamalar getirilmesi muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinde ispat zorluklarını bir ölçüde gidermiş ve yargı organlarına muvazaalı

78 İK m.2/7: “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez*”.

79 Süzek, s. 346; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 570; Çelik ve diğerleri, s. 119; Aydın, s. 283; Boz Eravcı, s. 20.

80 Sarper Süzek, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 27, 2010, s. 935; Süzek, s. 176-177.

81 Süzek, s. 176-177.

durumları tespit etmede kolaylıklar sağlamıştır. Bunun yanında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa bulunup bulunmadığını hakim de re'sen araştırmalıdır⁸².

Öğreti yer alan bir başka görüş, kanuni sınırlamayı ileri sürmektedir. Bu görüş, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasıyla muvazaa oluştuğunu, bu ilişkiyi hiçbir şekilde hukuku uygun kurulamayacağını, İK hükmünün mutlak bir yasak niteliği taşıdığını ve hiçbir istisnasının bulunmadığını ileri sürmektedir⁸³. Bu nedenle İK hükmünün aksinin de ispatı mümkün olmayacaktır. Benzer yönde başka bir görüş ise, İK'da getirilen sınırlandırmaların muvazaayla ilgili karine olmadığını, doğrudan yasak getiren hükümler olduğunu belirtir. İK, burada özel bazı yasaklar koymuş ve bu yasaklara aykırılık durumunda ya da genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı kabul edildiği hallerde, işçilerin ilk baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağına dair hüküm getirmiştir⁸⁴. Bu görüş İK'da yer alan sınırlamaların muvazaa örneği olmayıp, bunun dışındaki kesin emredici yasaklar olduğunu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaa olup olmadığının ise TBK m.19'daki genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁵.

Öğreti ileri sürülen kanuni sınırlandırma görüşüne karşı çıkan bir diğer görüşe göre, asıl işveren-alt işveren ilişkinin her zaman kötüye kullanılacağı anlamına gelmez. Belli bir süre asıl işverenin yanında çalışmış bir işçinin, asıl işverenle muvazaa yaratmayacak şekilde alt işveren ilişkisi kurabilir. Bu nedenle İK'da genel kural belirlenirken istisnalarının belirtilmeme uygun olmamıştır. Bu sebeple, Anayasa m.48'de düzenlenen girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı oluşmaktadır⁸⁶. Ayrıca ölçütlerin somut bir şekilde sunulmasının çalışma hayatının dinamizmini ve gelişi-

82 Ali **Güzel** “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. I, S. 1, 2004, s. 58-59; **Süzek**, s. 177; **Süzek**, Muvazaalı Alt İşveren, s. 935.

83 Aynı görüş için bkz. Ercan **Akyiğit**, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi (C.I), 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 89; Kadir **Arıcı**, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İÜFM, C. LV, S. 1, 2005, s. 494; **Aydınli**, s. 286; **Güzel**, s. 59-60; **Aydınli**, s. 286.

84 **Akyiğit**, Alt İşverenlik, s. 102; **Akyiğit**, Şerh C. I, s. 118-119.

85 **Akyiğit**, Şerh C. I, s. 119.

86 **Çelik ve diğerleri**, s. 133; **Süzek**, s. 179; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 227; **Caniklioğlu**, Seminer, s. 22.

mini engelleyeceği ve böyle bir düzenlemenin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü zedeleyecektir. Bu sebeplerle, kanuni düzenlemelerin uygulanmasında sınırların kesin olarak algılanmaması gerekmektedir⁸⁷.

Nihayetinde bir başka görüşe göre, Türk hukuk sistemi İsviçre kanun koyucusunun benimsediği soyut kural yöntemini benimsemiştir⁸⁸. Bu nedenle İK'da alt işveren ilişkisi açısından somut veriler kullanılarak muvazaalı durumların sınırlı bir şekilde belirlenmesi, hukuk sistemimizin soyut kural anlayışına ters düşmektedir. Aynı zamanda böyle bir yöntem dinamikliği tartışılmaz olan iş hukuku ve çalışma hayatının yapısının gelişimi içinde sıkıntı doğurur. Yine bir başka sakıncası Anayasa ile tanınmış çalışma ve sözleşme özgürlüğünü zedelemesidir. Ayrıca, Anayasa ile tanınan çalışma ve sözleşme özgürlüğünü zedeleme riski taşır. Tüm bu sakıncalar sebebiyle, mevcut düzenlemenin en azından gerekçesi ve kanundaki ifadelerden faydalanarak soyut bir biçimde yorumlanması sağlanmalıdır. Gerekçede, alt işveren ilişkisinin iş hayatında işverenlerin teşebbüs özgürlüğünün bir sonucu olduğu ve genel olarak yasaklanmadığı anlaşılmaktadır. Sadece kötüye kullanımların önlenmesi amacıyla belirli şartlar altında sınırlamalar getirilmektedir. Dolayısıyla düzenlemeyi gerekçeye uygun şekilde yorumlamak ve değerlendirmek gereklidir⁸⁹.

Yargıtay ise bir kararında daha önce asıl işverenle çalışmış ve sonrasında ayrılan bir işçiyle kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi ilişkisinde yerel mahkemenin öncelikle bu ilişkinin muvazaalı olup olmadığını araştırması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, bu düzenlemenin mutlak emredici bir hüküm olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, daha çok adi kanuni bir karine olarak kabul edilip somut olay bağlamında incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır⁹⁰.

Kanaatimce kanun koyucunun asıl işveren-alt işveren ilişkisine yönelik bu düzenlemeyi hazırlamasındaki temel amacı, bu ilişkiyi tamamen sınırlandırmak değildir. Gerekçede belirtildiği gibi, 1980'li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle alt işverene verilen işlerde artış gözlenmiştir. Ancak bu artışla birlikte, asıl işveren-alt işveren ilişkisi istismar edilerek işçilerin bireysel ve kolektif hakları sınırlandırılmış ve kullanılmaz hale gelmiştir. Madde metni gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, işçilik hakları ihlal edilmediği sürece asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki

87 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 225.

88 Aydın, s. 289.

89 Aydın, s. 292.

90 Yarg. 9. HD., E. 2004/17098, K. 2004/17431, 08.07.2004, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 04.04.2025)

geçerli kabul edilmelidir. Bu nedenle, hükümler özellikle işçiler açısından ispat kolaylığı sağladığı için yerinde bir düzenlemedir. Ayrıca, kanun koyucu, İK'da asıl işveren-alt işveren uygulamasına doğrudan muvazaalı sayılan hallerin dışında genel anlamda muvazaalı ilişkilere işaret edecek şekilde “*Aksi halde ve genel olarak...muvazaalı kabul edilerek*” düzenlemesine yer vererek iki hal dışında da taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olabileceğine dair özel bir düzenleme getirmiştir⁹¹. Buna karşın bu düzenleme de mutlak bir sınırlama olarak görülmemelidir. Son olarak ifade edelim ki, bu sınırlamanın yalnızca gerçek kişileri kapsadığı görülmektedir⁹². Ancak, böyle bir durumun tespit edilmesi halinde, somut olayın koşulları ayrıntılı olarak incelenmesi ve muvazaa durumunun değerlendirilmesi kanaatindeyim⁹³.

C. Kanunun Doğrudan Muvazaa Saydığı Alt İşveren İlişkileri

Kanun koyucu İK m.2/7'de, “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o iş yerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek...*” ifadesine yer vererek, bu iki hali hem yasaklamış hem de ardından gelen cümle muvazaa sayılmıştır⁹⁴. Fakat bu iki halde de her zaman muvazaanın unsurlarını görmek mümkün değildir. İK'da bu iki durumun doğrudan muvazaa olarak tanımlanmasının nedeni, geçmişteki ve günümüzdeki kötü uygulamaların ve bu uygulamalara ilişkin Yargıtay kararlarının pozitif hukuka yansımasıdır⁹⁵. Biz de İK'da bu iki halin, kanun koyucu tarafından muvazaalı sayılacağı düşüncesinden hareket ettiği kanaati ile muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak açıklayacağız⁹⁶.

91 Aynı yönde: **Caniklioğlu**, Seminer, s. 33.

92 AİY m.4/d'e göre, “*Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin, bir tüzel kişilik şirketin ya da ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.*”

93 Aynı yönde: Adil **Koçoğlu**, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulma Koşulları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2024, s. 42.

94 Madde metninin yazımında sorunlar bulunduğu görüşü için bkz. **Caniklioğlu**, s. 27.

95 **Caniklioğlu**, Seminer, s. 17.

96 İş Kanunu m.2/7'de yer alan sınırlamaya aykırı olarak alt işverene verilmesini muvazaa hali olarak değerlendirmeyen, bunun yerine kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebi ile geçersizlik kabul eden görüş için bkz. **Caniklioğlu**, s. 26; Kanuna karşı hile kavramının İK m.2/7'de söz edilen muvazaa kavramına göre daha uygun

Günümüzde halen ülkemizde muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi yaygın olup, genelde işçilerin ücretlerini düşürmek, çalışma koşullarını kötüleştirmek, sosyal güvenlik yükümlülüklerinden kaçınmak, sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarını engellemek gibi amaçlarla gerçekleştirildiğinden muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin önlenmesi ülkemizde acil bir zorunluluk haline gelmiştir.

Hemen belirtelim ki İK m.2/7-c.2 uyarınca kanunda belirtilen muvazaanın ölçütleri dışında, farklı olgular ve deliller aracılığıyla da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı iddia edilebilir. Fakat bu tür durumlarda kanuni bir karine bulunmadığı için muvazaayı kanıtlama sorumluluğu işçiye aittir⁹⁷.

1. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılması Halinde Haklarının Kısıtlanamayacağı

İş Kanunu'nda⁹⁸ muvazaa olarak kabul edilen ilk hal, daha önce asıl işverenin işçisi olanların daha sonra alt işveren işçisi olarak çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanmasıdır⁹⁹. İK m.2/7'de incelendiğinde hemen görüleceği üzere asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılması tamamen yasaklanmamıştır. Zira getirilen kısıtlama, asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınmasının değil, bu kişilerin haklarının kısıtlanmasının önlenmesidir¹⁰⁰. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, işçilerin haklarının, alt işveren işçisi olarak çalıştırılma suretiyle kısıtlanması yasaktır ve muvazaalı işlem olarak kabul edilir.

İş Kanunu m.2/7'de yer alan hükümle daha iyi ücret ve çalışma koşullarına sahip işçilerin, görünürde alt işverene verilerek daha düşük şartlarda

olduğu görüşü için bkz. Aktay, s. 64; Narlı, s. 239; Çelik, s. 5-6; Caniklioğlu, Seminer, s. 16.

97 Şen/Naneci, s. 37; Caniklioğlu, s. 31; Çelik, s. 11; Ekiz, s. 253.

98 İK m.2/7: "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz".

99 Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 373; Süzek, s. 177; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren, s. 937; Çelik ve diğerleri, s.1 32.

100 Yarg. 22. HD., E. 2019/5776, K. 2019/163121, 16.09.2019, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 04.04.2025); Gülsevil Alpagut, "4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Yasasındaki Yeni Yapılanma", Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları (Mayıs 20024), <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, E.T. 03.06.2025, s. 20; Süzek, s. 177; Aykaç, s. 384; Çelik ve diğerleri, s. 132; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren, s. 937; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 226.

çalıştırılması ve böylece hak kaybına uğraması önlenmek istenmiştir¹⁰¹. Bununla birlikte İK m.2/7’de hakların kısıtlanması, yalnızca temel ücretle sınırlı olmayıp, ücret eki niteliğindeki diğer hakları da kapsar. Bu haklar bireysel ve toplu iş sözleşmelerinden doğan tüm hakları kapsar. Ayrıca kanaatimizce hakların kısıtlanması sadece ücret ve ücret ekleriyle sınırlı değildir¹⁰². Kanaatimizce, genel anlamda işçinin çalışma koşullarının kötüleşmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁰³. Bunun yanında belirtilen kısıtlamanın sadece mevcut hakların değil, gelecekte doğabilecek hakların da kapsamı gerektiği düşüncesindeyiz¹⁰⁴. Bu bağlamda, işçinin, iş güvencesiyle ilgili kazanımları kısıtlanmamalı¹⁰⁵ ve işçi asıl işverenin çalışanı olarak görevine devam etseydi, kazanabileceği hakları da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰⁶.

Değinilmesi gereken bir husus da işçinin bazı haklarında kısıtlamalara gidilirken bazı haklarında tam tersi bir artış yahut kendi içerisinde bir denge söz konusu olduğunda ne olacağıdır. Kanaatimizce bu durumda her somut olayın hâkim tarafından olayın koşulları yönünde değerlendirilmesi gerekecektir. Hatta hakları kısıtlanmış işçiler olmakla birlikte bunların sayıca daha az olmaları durumunda yine muvazaadan söz edilemeyecektir¹⁰⁷.

Öğretide İK m.2/7’nin bazı eleştirilere açık olduğu ve iyi niyetli uygulamaları engellediği yönünde haklı görüşler de bulunmaktadır¹⁰⁸.

101 **Süzek**, s. 177; **Çelik ve diğerleri**, s. 132-133; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 226; **Ekiz**, s. 250.

102 **Şen/Naneci**, s. 36; **Süzek**, s. 177; **Aykaç**, s.386; **Aydınlı**, s. 293 vd.; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 226.

103 Aynı yönde: **Caniklioğlu**, Seminer, s. 24.

104 Aynı yönde: **Ekiz**, s. 250.

105 **Aykaç**, s. 387; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 226.

106 **Aykaç**, s. 388; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 226 vd.; **Süzek**, s. 177; **Ekiz**, s. 250.

107 Aynı yönde: **Süzek**, Muvazaalı Alt İşveren, s. 936; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 226 vd..

108 Mehmet Anıl **Arslanoğlu**, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt İşveren, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 124-126; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 226-227; **Süzek**, s. 177-178; **Arıcı**, s. 497-498; **Ekmekçi/Yiğit**, s. 152-153; **Çelik ve diğerleri**, s. 132; **Akyiğit**, Şerh C. I, s. 1 08; **Aydınlı**, s. 293; **Çelik**, s. 9; **Caniklioğlu**, s. 32.

2. Daha önce asıl işveren işçisi olan kişi ile alt işveren ilişkisinin kurulamaması

Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde, İK m.2/7’de belirtilen muvazaalı işlemleri önlemek amacıyla getirilen bir diğer sınırlandırma, daha önce işverenin çalışanı olan bir kişi ile sonrasında alt işveren olarak ilişki kurulamamasıdır¹⁰⁹. Bu hükümle, işverenlerin güven duyduğu işçisini muvazaalı bir şekilde alt işveren olarak gösterip, diğer işçilerin maaşlarını düşürmesini veya toplu sözleşme yapmalarını engellemektir¹¹⁰.

İş Kanunu m.2/7’den farklı olarak AİY m.4/1-d’de “*daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.*” Ancak haklı olarak öğretide, bu hükmün aşılması durumunda, şirketin kuruluş tarihi ve faaliyet alanı dikkate alınarak kanuna aykırı bir durumun olup olmadığı incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹¹.

3. Asıl İşin Kanundaki Koşulları Taşımaksızın Alt İşverene Verilememesi

Kanun koyucu İK m.2/7’deki karine olarak sayılan hallere ek olarak, “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi*” halini asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa hali olarak kabul etmektedir¹¹². Fakat, bu hükümle kanun koyucu yardımcı işler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Sınırlama asıl iş bakımından işin tamamının başka bir alt işverene verilmesine ilişkindir¹¹³.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaadan söz edebilmemiz için öncelikle kurucu unsurları açısından belirlenmiş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmalıdır. Bu bağlamda İK m.2/6’da, bir ilişkinin asıl iş-

109 İK m.2/7: “*Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz.*” Çelik ve diğerleri, s. 133; Süzek, s. 178; Aydın, s. 301; Boz Eravcı, s. 23.

110 Süzek, s. 178; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren, s. 937; Aykaç, s. 373; Güzel, s. 58; Çelik ve diğerleri, s. 132; Çelik, s. 9.

111 Caniklioğlu, s. 31; Caniklioğlu, Seminer, s. 31.

112 İK m.2/7-son cümlesi: “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 225.

113 Narlı, s. 238.

veren-alt işveren ilişkisi sayılabilmesi için gereken kurucu unsurlardan birisi düzenlenmiştir¹¹⁴. Fakat İK'daki kanuni koşulları taşımaksızın alt işverene verilememesi, İK m.2/7'de muvazaalı kabul edilen haller arasında sayılmamıştır¹¹⁵. Kanaatimizce her ne kadar asıl işin İK'daki kanuni koşulları taşımaksızın alt işverene verilememesi, İK m.2/7'de muvazaalı kabul edilen haller arasında sayılmamışsa da, İK m.2/6 ve m.2/7 hükümleri birlikte ele alındığında, aslında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından İK tarafından bir sınırlama daha getirildiği görülmektedir. Zira İK m.2/6 ve m.2/7-son cümlesindeki düzenlemelerle, günümüz iş hayatında asıl işin bir kısmının alt işverene devredilmesi durumunda asıl işveren bünyesinde bulunan işçilerin bu bölünen işte çalıştırılması engellenmiş; asıl işverenin, asıl işleri genel olarak kendi bünyesindeki işçilerle yürütmesi gerektiği benimsenmiştir¹¹⁶.

İş Kanunu m.2/6'da “...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” ifade-sine yer verilmekle beraber asıl işin tanımına değinilmemiştir¹¹⁷. Buna karşın asıl iş kavramı AİY'de tanımlanmıştır. AİY m.3/1-c uyarınca, asıl iş “mal veya hizmet üretimini oluşturan iş”tir.

İşyerlerinde görülen asıl işlere ilişkin olarak alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için İK m.2/6'da yer alan “işletmenin ve işin gereği ile tekno-

114 Asıl işin alt işverene verilmesi halinde bu işin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olmasını asıl işveren alt işveren ilişkisinin bir unsuru değil, taraflar arasında kurulan ilişkinin geçerlilik koşulu kabul eden görüş için bkz. **Caniklioglu**, s. 18; **Caniklioglu**, Seminer, s. 14. Aksi yönde. “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” ifadesi açıkça kanunun bu hususu asıl işveren-alt işveren ilişkisinde unsur olarak kabul ettiğini gösterir. **Narlı**, s. 238.

115 **Süzek**, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 941; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 225; **Şen/Naneci**, s. 37.

116 **Savaş Taşkent**, “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, 2004, s. 365; **Münir Ekonomi**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayınevi, İstanbul 2008, s. 38; **Çelik ve diğerleri**, s. 137-138; **Süzek**, s. 180; **Süzek**, Muvazaa, s. 939; **Güzel**, s. 50; **Arıcı**, s. 504.

117 “İşletmenin gereği” ibaresi yerine “işyerinin gereği” olarak yazılması gerektiği yönünde bkz. **Narlı**, s. 249.

lojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” de iş alma unsurunun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda iş hukuku öğretisinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹¹⁸.

Bu görüşlerden ilkinde göre “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş*” ölçütü bir bütündür, bölünmesi mümkün değildir¹¹⁹. Başka bir söyleyişle, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için söz konusu işin hem “*işletmenin ve işin gereği*” olması hem de “*teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren*” bir iş olması zorunludur. Bu görüşe göre her iki kavram arasında yer alan “ile” bağlacının “ve” ya da “olarak” biçiminde değerlendirilmesi gerekmekte olup, sadece “*işletmenin ve işin gereği*” asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi mümkün değildir.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, İK m.2/6’da getirilmiş olan ölçüt bölünebilir nitelikte olup, bir bütün olarak yorumlanmamalıdır¹²⁰. Başka bir deyişle, işveren, teknoloji ve uzmanlık gerekleri ile olduğu gibi salt işletmenin ve işin gereğine dayanarak da alt işverene iş verebilir. Bu görüş uyarınca her iki kavram arasında yer alan “ile” bağlacı “veya” şeklinde anlaşılmalıdır.

Öte yandan AİY m.11/3’te “*Ancak asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir.*” düzenlemesi ile, işletmenin, işin gereği ve teknolojik nedenlerin bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir¹²¹. Aynı yönde başka bir görüşe göre ise, AİY m.11/3’te her iki unsurun birlikte aranması normlar hiyerarşisi gereği alt normun üst norma aykırı olmaması gerektiği ilkesiyle çelişir. Yönetmelikler, yalnızca

118 Aradaki bağlacın “ve” bağlacı olarak anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. **Çelik ve diğerleri**, s. 109; **Boz Eravcı**, s. 23; **Öztürk**, s. 288; **Narlı**, s. 246. “olarak” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. **Taşkent**, s. 364; **Süzek**, s. 170; **Akyiğit**, s. 71. “veya” bağlacı olarak anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. Gülsevil **Alpagut**, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 20, 2008, s. 1357; **Ekonomi**, s. 42. Önemli olan hususun işin verilmesinin herhangi bir nedenle uzmanlık gerektirmesi görüşü için bkz. **Ekmeççi/Yiğit**, s. 142.

119 **Akyiğit**, *Alt İşverenlik*, s. 39-40; **Uşan/Erdoğan**, s. 63; **Süzek**, s. 169; **Çelik**, s. 7-8, 30; **Şen/Naneci**, s. 30.

120 M. Polat **Soyer**, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 1, 2006, s. 19 vd.; **Ekonomi**, s. 42 vd.; **Alpagut**, *İntes*, s. 18-19; **Aydınlı**, s. 198; **Aykaç**, s. 136-137; **Süzek**, s. 169.

121 **Ekiz**, s. 252; **Aydınlı**, s. 202.

kanunda olan konuları daha ayrıntılı şekilde düzenlemeli, kanunda yer almayanları düzenlememelidir¹²².

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşmasında işletme ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren durumu aynı olayda ve aynı süre içinde aramak, asıl işveren-alt işveren ilişkisini kullanmak isteyen işverenler için engel teşkil edebilir. Öğretide, asıl işveren ve alt işveren ilişkisi kapsamında yapılan işin mal ve hizmet üretimine yönelik olup olmadığına göre, geçici olma durumları farklı şekilde yorumlanmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, geçicilik unsuru mutlak bir kriter olarak kabul edilmese bile, süreklilik göstermeyen ve hızlı sonuçlanan işler, asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğurmaz¹²³. Diğer bir görüş ise, kanun maddesinde süreklilik koşulu belirtilmediğinden, kısa süreli de olsa yürütülen iş mal ve hizmet üretimine yönelikse, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabileceği yönündedir¹²⁴.

Yargıtay, oluşturduğu içtihadında, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilmesinde temel faktörün teknolojik nedenlere bağlı uzmanlık olduğunu vurgulamakla birlikte, bu süreçte işletmenin ve işin gereklilikleri ile teknolojik nedenlerin oluşturduğu uzmanlık kriterlerinin bir arada bulunmasını kabul etmektedir¹²⁵.

Ülkemizde asıl işveren-alt işveren ilişkisi maalesef yaygın bir şekilde kötüye kullanılmıştır. İlgili kurum, olması gereken amacından saparak, kanuna aykırı ve muvazaalı alt işverenlik ilişkilerinin yaygınlaşmasına yol açmıştır. Bazı işverenler, asıl işveren-alt işveren ilişkisini yalnızca maliyetleri düşürmek, aşırı kar elde etmek, işçilerin bireysel ve toplu haklarını engellemek ve iş sağlığı ile güvenliği önlemlerini ihmal etmek için bir araç haline getirmiştir. Bu sebeplerle, kanun dışı ve muvazaalı uygulamaların

122 Yusuf Güleşçi, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 72; Aykaç, s. 114; Soyer, s. 21; Koçoğlu, s. 30; Çelik, s. 8.

123 Aydın, s. 190; Caniklioğlu, s. 19.

124 Ekonomi, s. 31; Süzek, s. 166; Çelik, s. 6.

125 “4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Kanunun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır.” Yarg. 9. HD., E. 2016/28586, K. 2017/9462, 01.06.2017, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 14.04.2025). Aynı yönde, YHGK, E. 2022/9-434, K. 2022/716, 24.05.2022; YHGK, E. 2023/9-247 K. 2023/1083, 15.11.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 14.04.2025).

çalışma hayatında ciddi bir sorun haline gelmiş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen kuralların yorumlanması kanaatimce, mevcut sosyal koşullar ve ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak mümkün olduğunca daraltıcı bir şekilde yapılmalıdır¹²⁶. Başka bir deyişle, İK m.2/6'da yer alan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler*” ölçütü bölünmeden uygulanmalıdır. Bu bağlamda alt işverene iş verilmesinde hem işletmenin ve işin gereği olma hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşullarının varlığını bir arada arayan öğreti görüşüne üstünlük tanınmalıdır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde, alt işveren işçileri genellikle alt işverenlik sözleşmesinde belirlenmiş olan işlerde istihdam edilir. Fakat pratikte sıkça görülen durum, asıl işverenin, alt işveren işçilerini bu sözleşmede belirtilen işler dışında çalıştırılmasıdır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, asıl işe destek niteliğindeki işlerde veya asıl işin bir bölümünde, işin ve işletmenin gerektirdiği teknolojik nedenlerle uzmanlık ihtiyacı olunan durumlarda oluşturulabilmektedir. Alt işveren işçilerinin, alt işveren sözleşmesinde belirlenen işe uygun olmayan bir şekilde çalıştırıldığının tespit edilmesi durumunda alt işverenlik ilişkisi geçersiz sayılacaktır¹²⁷.

İşçilerin sözleşmede tanımlanan çalışmalar dışında görevlendirilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, sadece sözleşmeye aykırı çalıştırılan işçiler için mi yoksa tüm işçiler için mi geçersiz sayılacağının belirlenmesi önemlidir. Yargıtay'a göre, alt işveren işçilerinin belirlenmiş görevler dışındaki asıl veya yardımcı işlerde çalıştırılması durumunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisi tamamen geçersiz kabul edilmemelidir. Alt işveren sözleşmesiyle tanımlanan görevler haricinde çalıştırılan işçiler bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin gerekli unsurlarının mevcut olmadığı kabul edilmelidir¹²⁸. Örneğin, bir hastanede temizlik işi alt işverence üstlenilmişse ve fakat bazı işçiler hasta bakımı alanında görevlendirilmişse, bu durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarını sağlamayanlar hasta bakımı yapan işçilerdir ve geçersizlik yaptırımı bu grubu kapsamalıdır. Kanaatimizce herhangi bir ayırım yapmadan meydana gelen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tamamının geçersiz sayılmaması gere-

126 Aynı yönde bkz. **Süzek**, s. 170; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal**, s. 200.

127 **Aykaç**, s. 416; **Koçoğlu**, s. 71.

128 Yarg. 9. HD., E. 2014/934, K. 2015/12261, 30.03.2015, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 14.04.2025).

kir. Zira böyle bir kabul diğer işçiler için hak kaybına yol açabilir. Bu sebeple, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılması sadece sözleşmeye aykırı çalıştırılan işçiler bakımından kabul edilmelidir¹²⁹. Buna karşın somut durumda bazı işler asıl işle ilgili bazıları ise yardımcı işler kapsamında değerlendiriliyorsa ve ayırım yapılması mümkün değilse, tüm işçiler için kanuna aykırılık sebebi ile geçersizlik kararı verileceği kanaatindeyiz.

4. Öğretide İş Kanunu Madde 2/7'nin Değerlendirilmesine İlişkin Farklı Görüşler

Bu başlık altında İK m.2/7'nin değerlendirilmesine ilişkin öğretide yer alan mutlak yasak ve adi kanuni karine (nispi yasak görüş) görüşlerine değinilecektir.

a. Mutlak Yasak Görüşü

Öğretideki bir görüşe, İK'daki ifadesikesin ve katı bir yasaktır. Bu nedenle istisnalara yer verilmemesi gerekir¹³⁰. Bu görüşe göre, İK'da yer alan ifade, “*adi kanuni karine*” değil, “*kesin karine*” teşkil etmektedir. Bu durumda, işçi lehine bir durum kendini gösterse ve asıl işveren-alt işveren ilişkisini kuran taraflar gerçek ve samimi iradeleriyle hareket etmiş olsa bile, muvazaadan ötürü asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuka uygun bir şekilde kurulduğu iddia edilemeyecektir¹³¹. Zira mutlak yasak görüşüne göre, asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğu, niteliği, tarafların gerçek iradesi ve somut durumun koşulları dikkate alınmaksızın, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olacaktır¹³². Bu nedenle asıl işverenle çalışmakta olan bir işçinin, asıl işveren-alt işveren kapsamında asıl işverenle çalışmaya devam etmesi, işçinin kıdem ve iş güvencesi haklarında kısıtlamalara yol açacaktır. Çünkü bu ilişki, kıdem süresinin sıfırlanmasına, yıllık ücretli izin süresinin etkilenmesine ve toplu iş sözleşmesinden doğan diğer haklardan yoksun kalınmasına neden olarak her durumda işçinin haklarının kısıtlanmasına sebep olacaktır¹³³.

129 Ömer Uğur, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İş yerlerindeki Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 124; Aykaç, s. 417.

130 Osman Güven Çankaya/Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 34; Güzel, s. 61; Aykaç, s. 373 vd.; Arslanoğlu, s. 117; Çelik, s. 10.

131 Güzel, s. 61; Aykaç, s. 373 vd.; Çankaya/Çil, s. 34; Arslanoğlu, s. 117.

132 Güzel, s. 61. Detaylı bilgi için bkz: Ömer Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”, Mess Mercek Dergisi, S. 6, 2003, s. 133 vd.; Arslanoğlu, s. 124.

133 Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 75; Arslanoğlu, s. 125; Aykaç, s. 392 vd.; Güzel, s. 57.

Mutlak yasağı savunan bir diğer görüş ise, İK'da yer alan “*çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle*” ifadesini konunun temelinde ele almaktadır. Bu görüşe göre, bir işçinin asıl işverene ait işyerini ayrıldıktan belli bir süre sonra asıl işveren-alt işveren altında aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi, İK'nın aradığı muvazaa şartlarına uymayan bir durumdur. İK'nın lafzına göre, sadece asıl işverenin işçisi olarak çalışmaya aralıksız devam ederken alt işveren bünyesine geçerse muvazaa oluşur¹³⁴.

Öğretide bazı görüşler de, İK'nın asıl işveren-alt işveren ilişkisiyle ilgili olarak asıl işverenin önceki çalışanıyla bu tür bir ilişki kurmasına kesin bir yasak getirdiğini ileri sürerken, diğer yandan eleştirmektedir¹³⁵. Bu görüşe göre, İK'da yer alan “*aksi halde*” ifadesi, artık somut asıl işveren-alt işveren ilişkisinde herhangi bir muvazaa olup olmadığına ve tarafların iradesine bakılmaksızın doğrudan muvazaalı kabul edilmektedir. Bu durumda, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında çalışan işçiler, ilişkinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilecektir¹³⁶. Öğretide bu yönde olan görüşlerden bir diğerinde ise, mutlak yasak görüşüne eleştiriler getirilirken, adi kanuni karineye ilişkin görüşlerin kanıtlanmasının zorluk ve risk taşıdığı vurgulanmıştır. Ayrıca, bir kişinin işyerinden ayrıldıktan uzun bir süre sonra asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında aynı işyerinde çalışmaya başlamasının muvazaaya yol açmayacağı görüşü de¹³⁷ sürenin belirsizliği nedeniyle eleştirilmiştir¹³⁸.

Öğretideki mutlak yasak görüşüne dair ikinci bir görüş, bu görüşü benimsemekle kalmayıp aynı zamanda katı bir şekilde savunmaktadır¹³⁹. Bu görüşe göre, İK metninde yer alan yasağa herhangi bir istisna getirilmesi mümkün değildir ve bu yasağın ihlal edilemeyeceği belirtilmektedir. İşverene bağlı olarak çalışan bir işçinin, söz konusu işyerinden ayrıldıktan sonra ne kadar süre geçerse geçsin, kurulacak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olacağı ileri sürülmektedir. Bunun nedeni, kanunun emredici hükmünün “*adi kanuni karine*” olarak değerlendirilemeyeceğidir.

Uzmanlık dışı bir işin alt işverene bırakılması halinde ise, muvazaanın varlığına ilişkin öğretide yer alan bir görüşe göre, diğer hallerden farklı

134 Arslanoğlu, s. 124 vd..

135 Çelik ve diğerleri, s. 134; Arıcı, s. 496 vd.; Aykaç, s. 376 vd.; Arslanoğlu, s. 117; Akyiğit, İş Hukuku, s. 75.

136 Arslanoğlu, s. 117.

137 Akyiğit, İş Hukuku, s. 74 vd..

138 Çelik ve diğerleri, s. 134.

139 Güzel, s. 59-60.

olarak, çürütülemez nitelikte mutlak bir karine bulunmaktadır¹⁴⁰. Bu görüşe göre İK m.2/7’de yer alan tüm hallerde, muvazaa karinesi, aksi ispatlanabilir adi karine hükmündedir. İK’da karine kabul edilen haller dışında da alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu durumlar söz konusudur; ancak bu durumda muvazaaya ilişkin kanuni bir karine mevcut olmadığından, işçinin muvazaanın varlığını ispat etmesi gerekecektir¹⁴¹.

b. Adi Kanuni Karine Görüşü

Öğretide bir görüşe göre, İK’daki sınırlama her ne kadar net bir şekilde belirtilmiş olsa da kesinlik arz etmediği için doğası gereği “*adi kanuni karine*” niteliğinde sayılmaktadır. Dolayısıyla aksi de ispat edilebilir¹⁴². Zira İK m.2/7’de yer alan “...*Aksi halde ve genel olarak...*” ifadeleri bu maddede yer alan bilginin belirli durumlarda çürütülebileceğine işaret etmektedir¹⁴³.

Adi kanuni karine görüşü ile aynı yönde olan nispi yasak görüşüne göre, İK’nın mutlak bir şekilde uygulanması Anayasa’ya aykırıdır¹⁴⁴. Zira İK m.2/7’de yer alan bu hükmü katı bir biçimde uygulamak Anayasa m.48/1’de yer alan “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” ifadesiyle çelişir¹⁴⁵. Kanunun amacı asıl işveren-alt işveren ilişkisini zorlaştırmak değil, asıl işverenin işçileri ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurarak onların maaşları ve çalışma koşulları hakkında haksızlığa uğramalarını engellemektir¹⁴⁶.

140 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 225; Şen/Naneci, s. 37.

141 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 225; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 941; Narlı, s. 239.

142 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 227; Güzel, s. 59; Arıcı, s. 496 vd.; Süzek, s. 179; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 937.

143 Aykaç, s. 385-386; Şen/Naneci, s. 36; Caniklioğlu, Seminer, s. 23.

144 Anayasa m. 48: “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*”

145 Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, s. 22; Süzek, s. 178-179; Aykaç, s. 396; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 227; Aydın, s. 294; Arıcı, s. 496 vd.; Akyiğit, s. 76.

146 Süzek, s. 178; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 937; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 227; Güzel, s. 59; Eyrenci, s. 22; Arıcı, s. 496 vd.; Çelik ve diğerleri, s. 132.

İş Kanunu'ndaki lafzın her ne kadar mutlak gibi görülse de aslında “*adi kanuni karine*” olarak düzenlendiğinin anlaşıldığı bir diğer düzenleme ise AİY m.4/1-d¹⁴⁷’dir. Sözü geçen Yönetmelik düzenlemesine göre, her ne kadar kişi daha önce o işyerinde çalışmış olsa da daha sonra kendisine bulduğu bir ortak vasıtasıyla kurmuş olduğu şirket üzerinden asıl işveren ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurması mümkündür. Dolayısıyla bu durum, aslında İK m.2/7’de getirilen sınırlamanın mutlak olmadığını ve mahkemenin doğrudan muvazaâ hakkında karar vermeden önce gerçek bir şirket ilişkisinin mi yoksa muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mi olduğunu incelemesi gerektiğini gösterir¹⁴⁸. Tüm bu hususlardan anlaşıldığı üzere, kanaatimizce bir kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyen bir yorumunun bulunması durumunda bu yorumuna göre hareket edilerek somut duruma uygulaması gerekmektedir. Mahkeme; somut durumu değerlendirirken Anayasa’yı, kanunun amacını, somut vakıanın özellikleri ve dürüstlük kuralını birlikte ele alarak sonuca ulaşmalıdır¹⁴⁹.

Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu kararlarda, her durumun kendi içinde değerlendirilmesi ve İK m.2/7’de belirtilen hususların “*adi kanuni karine*” olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmekte; bu nedenle aksinin kanıtlanabileceği ifade edilmektedir¹⁵⁰.

147 AİY m.4/1-d: “*Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.*”

148 **Süzek**, s. 179-180; **Süzek**, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 938; **Akyiğit**, s. 7 1 vd.; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 227.

149 **Süzek**, s. 179; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 227; **Aydınlı**, s. 302 vd.; **Eyrenci**, s. 22.

150 “*İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinde bazı muvazaâ kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaâ Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaâ genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.*” Yarg. 9. HD., E. 2021/9468, K. 2021/12983, 27.09.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025). Aynı yönde, Yarg. 9. HD., E. 2022/3785, K. 2022/6495, 25.05.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025); **Caniklioglu**, s. 33-34.

Kanaatimizce İK m.2/7’de yer alan daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasına dair ifade katı bir şekilde yorumlanmamalıdır. Aksi bir yorum, yıllar sonra dahi hükümde öngörülen şekliyle kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin muvazaalı sayılması sonucuna yol açabilir. Aslında yıllar önce bir işveren yanında çalışmış, daha sonra kendi isteğiyle işten ayrılmış ya da işten çıkarıldığında kendi işini kurmuş, iş hayatında kendine bir yer edinmiş ve tanınmış biriyle kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu varsaymak, hem maddeye hem de muvazaa kavramına uygun düşmez ve öğretide belirtildiği gibi girişim özgürlüğüne aykırı sonuçlar doğurur¹⁵¹. Ayrıca Anayasa m.10’de düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırı düşeceği kanaatindeyiz¹⁵². Bu nedenle, öğretide ve Yargıtay kararlarında bu durumların İK’da “*adi kanuni karine*” olarak düzenlendiği ve aksi durumun işveren tarafından ispatlanmasının mümkün olduğu görüşünün doğru şekilde kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, alt işveren bünyesindeki işçilerin sayı bakımından oranıdır. Yargıtay bu konuda, alt işverene bağlı çalışan işçilerin çoğunluğunun kendi işçisi olması durumunda muvazaa varlığının söz konusu edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁵³. Öğretide bir görüşe göre, İK m.2/7’deki bu kuralın çok katı yorumlanması hükmün amacına uygun olmaz; zira amaç asıl işveren-alt işveren ilişkisini yasaklamak değil, muvazaalı işlemleri önlemektir. Olayın koşulları altında muvazaa varsayımının yapılmadığı durumlarda, ihtiyaç gereği asıl işverenden az sayıda işçi çalıştırılmasının olumsuz etkilenmemesi gerekir¹⁵⁴.

İleri sürülen başka bir görüşe göre, işyerinde toplu iş sözleşmesi olması durumunda, toplu sözleşme süresince alt işveren işçilerine aynı hak ve ücret tanınsa da asıl işveren, işten çıkardığı işçileri asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında işe alamaz ve sözleşmenin bitimini beklemelidir¹⁵⁵. Bu görüşün içerisindeki birtakım görüşlere göre ise, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise işçilik haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığına ilişkin değerlendirmede yapılan işin niteliği büyük önem taşımaktadır.

151 Çelik ve diğerleri, s. 133; Arslanoğlu, s. 117; Akyiğit, s. 76; Arıcı, s. 496 vd.; Aykaç, s. 376 vd.; Süzek, s. 179.

152 Aykaç, s. 377.

153 Yarg. 9. HD., E. 2006/11741, K. 2006/14066, 15.05.2006; Yarg. 9. HD., E. 2008/12469, K. 2009/8854, 30.03.2009, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

154 Süzek, s. 178; Şen/Naneci, s. 36; Caniklioğlu, Seminer, s. 27.

155 Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 22; Aykaç, s. 388.

Yani yaptırılan işlerin aynı veya farklı olması hususunun göz önüne alınarak buna göre muvazaa değerlendirmesi yapılması gerekmektedir¹⁵⁶. Ancak kanaatimizce bu görüş doğru değildir. Üst pozisyonda çalışan birinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında daha alt bir pozisyonda çalıştırılmasının doğrudan hak kısıtlanması olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca, uzun süre önce asıl işverenle çalışmış bir kişinin, ayrıldıktan sonra alt işveren yoluyla asıl işverenin yerinde çalışmaya devam etmesi muvazaa göstergesi olarak kabul edilmemelidir.

Ç. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde Yer Alan Muvazaa Ölçütleri

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin özel sınırlandırmaya tabi tutulduğu diğer düzenleme AİY'dir¹⁵⁷. AİY'de belirtilen muvazaa ölçütlerinin bazıları asıl işveren ve alt işveren ilişkisini oluşturan unsurlara, bazıları ise İK'da muvazaa olarak kabul edilen durumlara işaret etmektedir.

AİY'de, İK'da yer almış olan sınırlama dışında iki ayrı duruma yer verilmiştir. Hemen belirtelim ki, AİY'de belirtilen muvazaa durumlarından İK'da yer alanlar dışındaki birinin gerçekleşmesi durumunda dışarıdan gelen bir muvazaa şüphesi olmadığı sürece, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu doğrudan söylenemez. AİY m.12/1'e göre, *"7'nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için, 6'ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, belgelerin gerekçesi ile bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir."* Bu hükümde, somut bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yer alan ölçütlerin yalnızca *"kanaat"* uyandırabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, kesin bir muvazaadan söz edebilmek için ek delillere ihtiyaç vardır.

156 Aydın, s. 297.

157 AİY m. 12/2: *"Muvazaanın incelenmesinde özellikle; a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı, hususları göz önünde bulundurulur."*

Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3/1-g’de muvazaa kavramının neyi ihtiva ettiği düzenlenmektedir. Böylece, İK m.2/7’de karine olarak muvazaa kabul edilmesi gereken asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ölçütleri genel olarak ortaya konulmuştur¹⁵⁸.

Tekrara düşmemek açısından yalnızca, İK’da belirtilmemiş olan muvazaa ölçütlerini açıklayacağız.

1. Asıl İşverenin Devraldığı İşte Yetkin Personelinin Olmaması Hali

Alt İşverenlik Yönetmeliği m.12/2-d’de, “İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı” hükmü yer almakta ve geçerlilik denetiminde dikkate alınması gereken başka bir konuyu vurgulamaktadır. Bu hükme göre, alt işverenin işçileri, asıl işverenden alınan işin yerine getirilmesinde gerekli niteliklere sahip olmalıdır.

Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin devredilen işlerin yerine getirilmesinde uygun nitelik ve yetkinliğe sahip olup olmadıkları değerlendirilmektedir. Asıl işverenin, asıl işveren-alt işveren ilişkisine başvurma nedenlerinden biri, asıl işin bir kısmında teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesidir. Bu bağlamda alt işveren işçilerinin yeterli donanımına sahip olmamaları durumunda, uzmanlık gerektiren bu işleri gerçekleştirmeleri mümkün olmayacaktır. Belirlenen işte yetkin olmamaları ve alternatif bir alanda uzmanlığa sahip olmaları halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersizlik hükmüyle karşılaşılabılır¹⁵⁹.

Alt İşverenlik Yönetmeliği m.12/2-e uyarınca, koordinasyon ve denetim görevini üstlenecek olan asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından

158 AİY m.3/1-g: “Muvazaa: 1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini, 4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşmeyi ifade eder.”.

159 “...alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı; istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı; ... araştırılması ve irdelenmesi gerekir.” YHGK, E. 2016/226, K. 2018/913, 18.04.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

işe alınarak çalıştırılmasında bir sakınca bulunmamaktadır¹⁶⁰. Bu hükümden çıkarılan sonuç, alt işveren işçilerinin, asıl işverenden alınan işin yapılmasında uygun yetkinliğe sahip olmalarının gerekliliğidir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği m.12’de “*Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kanaatimizce alt işveren işçilerinin alt işverene sunulan işte yetkinlik sahibi olmamaları ya da asıl işverenin başka bir çalışmasında yetkin olmaları durumunda bu durum kanuna aykırı veya muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin göstergesi olacaktır.

2. Asıl İşverenin Devraldığı İşte Kullanmak İçin Gerekli Alet ve Ekipmana Sahip Olmaması Hali

Yukarıda söz ettiğimiz üzere geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin çalışanlarının yetkinliği nasıl gerekiyorsa, işi yerine getirecek uygun alet, ekipman ve teçhizata sahip olunması da aynı şekilde gereklidir. Nitekim, AİY m.12’de muvazaanın incelenmesinde “*Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ve deneyime sahip olup olmadığı*” hususunun göz önünde bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. Burada “*ekipman*”, alt işverenin aldığı işi teknik olarak tamamlaması için gerekli araçlar anlamına gelmektedir¹⁶¹.

Yargıtay da vermiş olduğu güncel kararlarında yalnızca işçilerin şahsi niteliklerinin değil ekipmanlarının da bu işe uygun olup olmadığının muvazaa kapsamında irdelenmesi gerektiği görüşündedir¹⁶². Yargıtay başka bir kararında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğini değerlendirirken, devredilen işte gerekli araç ve gereçlerin kim tarafından karşılandığına dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶³. Yargıtay bir diğer farklı kararında ise, alt işverenin, asıl işverenden devralınan işi görmek için gerekli ekipman, teçhizat ve makineye sahip olması gerektiği; işçilerin devralınan işi yerine getirme yeteneği olmadığı ve ekipmanların asıl işveren

160 YHGK, E. 2021/22-310, K. 2022/331, 16.03.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025); Süzek, s. 178.

161 Aydın, s. 302.

162 YHGK, E. 2015/22-3294, K. 2019/400, 04.04.2019, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

163 Yarg. 9. HD., E. 2018/7692, K. 2018/1699, 19.09.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

tarafından sağlandığı durumların geçerlilik denetiminden geçmesi gerektiğini hükme bağlamıştır¹⁶⁴. Ancak öğretilde bir görüşe göre, alt işverenin gerekli ekipmanlarının asıl işverence karşılanması tek başına asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersizliği için yeterli değildir¹⁶⁵. Bu görüşe göre işçilerin devredilen işte yeterli yetkinliğe sahip olup olmadıkları, emir ve talimatların hangi işveren tarafından verildiği gibi kriterlerin değerlendirilmesiyle sonuca gidilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce alt işverenin işi uygun ekipmanla yapması, asıl işverenin uzmanlık gerektiren işleri teknolojik sebeplerle alt işverene devretmesiyle de ilişkilidir. Zira alt işverenin, asıl işverende sahip olması gereken uzmanlık için gerekli araç, gereç ve ekipmana sahip olması şarttır. Alt işveren, bu gereklilikleri karşılamadığında, asıl işin bir kısmının devredildiği durumlarda uzmanlık eksikliği olarak görülebilir ve bu durum da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılmasına yol açabilir¹⁶⁶. Nitekim Yargıtay bir kararında işin yapılması için gerekli olan araçların ihale yapan kurum tarafından sağlanması, alt işveren işçileriyle kurumun kendi işçilerinin birlikte çalışması durumunda ihaleye veren ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır¹⁶⁷.

D. Öğretilde ve Yargıtay Kararlarında Öngörülen Muvazaa Ölçütleri

İş Kanunu ile AİY, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin hangi sınırlamalara tabi olduğu ve bu sınırlamaların ihlali durumunda, bu ilişkinin geçersiz sayılacağına dair hükümler içermektedir. Ancak alt işveren-asıl işveren ilişkisine getirilen sınırlamalar sadece İK ve AİY’de belirtilenlerle sınırlı değildir. Nitekim, İK m.2/7’de yer alan “...aksi halde ve genel olarak...” hükmü ile, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin geçersiz sayılacağı durumların mevzuatta belirtilenlerle sınırlı olmadığı görülmektedir¹⁶⁸. Kanaatimizce bu ifade, mevzuatta belirtilen sınırlamaların dışında kurulmuş alt

164 Yarg. 22. HD., E. 2018/12876, K. 2018/22416, 17.10.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

165 Pehlivan, s. 103-104.

166 Aydın, s. 303; Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 105.

167 Yarg. 7. HD., E. 2016/37207, K. 2016/21708, 20.12.2016; (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025); Boz Eravcı, s. 21; Şen/Naneci, s. 41.

168 Süzek, s. 181; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 941; Aydın, s. 312; Alpagut, İntes, s. 21; Uçum, s. 23; Güzel, s. 61; Öztürk, s. 289.

işveren-asıl işveren ilişkilerinin tespit edilmesi durumunda İK'da öngörülen yaptırımların uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁶⁹.

Yargıtay somut vakıda da bu ölçütlere göre inceleme yapmaktadır¹⁷⁰. Yargıtay, bir kararında alt işveren-asıl işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığını belirlemek için olayların irdelenerek, taraflar arasındaki ilişkinin araştırılması gerektiği¹⁷¹ ve bu konuda dikkate alınması gereken ölçütleri belirlemiştir¹⁷². Burada belirtmek gerekir ki, Yargıtay tarafından muvazaa ölçütü olarak öne sürülen bazı unsurların tek başına yeterli görülmemesi gerekmektedir. Bu nedenle tüm ölçütler birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılması gerektiği kanaatindeyiz¹⁷³. Örneğin, sadece ekip-

169 Aynı yönde: **Aykaç**, s. 407; **Güleşçi**, s. 113.

170 Yargıtay vermiş olduğu bir kararda (EÜAŞ) bu ölçütlerin neredeyse tamamını doğrudan uygulamıştır. Karar için bkz. Yarg. 9 HD., E. 2022/1260, K. 2023/767, 12.07.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

171 “*Mahkemeye, açıklanan hususlar çerçevesinde öncelikle davalı şirketler arasındaki hukuki ilişki ve asıl işverenlik-alt işverenlik sıfatları irdelenip, belirlenmeli, varsa taraflar arasında sözleşme getirilmeli, bu doğrultuda yeniden bir kusur raporu alınmalı ve hasil olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, eksik araştırma ve yanlışlıklarla değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*” Yarg. 10. HD., E. 2019/4391, K. 2020/3830, 24.06.2020, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

172 “*Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinde; hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, asıl işin verildiği durumlarda alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin İş Hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.*” YHGK, E. 2023/9-918, K. 2024/202, 24.04.2024, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025). Aynı yönde, YHGK, E. 2022/1260, K. 2023/767, 12.07.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

173 “*Alt işverenlerin değişmesi, davacının şirket yetkililerinden talimat alması, şirketin yemek ve servisinden yararlanması, 2005 yılındaki fesihlerdeki emsal davalarda muvazaa kabul edilmesi, tek başına davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı*

manın veya makinenin asıl işverene ait olması ilişkinin muvazaalı sayılması için yeterli olmamalıdır. Bu bağlamda Yargıtay bir kararında, asıl işveren ile alt işverenin ortaklık yapılarının aynı olması veya aynı adreste bulunmasının bir muvazaa kriteri olmadığı yönünde hüküm vermiştir¹⁷⁴. Bizce Yargıtay'ın görüşü isabetlidir. Bu nedenle sadece şirketlerin ortaklık yapılarının aynı oluşu veya aynı adreste olmaları muvazaa ölçütleri arasında yer almaması gerektiği kanaatindeyiz¹⁷⁵.

Aşağıda uygulamada sıkça rastlanan ve hem öğreti hem de yargı kararlarına yansıyan geçersizlik yaptırımı ile karşılaşabilecek durumlara odaklanacağız.

1. Alt İşverenin Aldığı İşte İşçi Çalıştırmadan İş Bir Başka İşverene Vermesi

Burada vurgulanmak istenen durum, asıl işverenden bir iş veya ihale almış olan alt işverenin, henüz bu iş üzerinde herhangi bir işçi çalıştırmadan, işi başka birine devretmesidir. Zira, bir işverenin aldığı işi, işçi çalıştırmadan başka bir işverene devretmesi durumunda, ilk işi alan işveren alt işveren statüsünü kazanmaz. Dolayısıyla işin sahibi olan işveren de asıl işveren kabul edilmez. Ayrıca, işi alan kişi, ilk ilişki sırasında işçi çalıştırmadığı için alt işveren olarak değerlendirilemez ve işi başka birine devrettiğinde de asıl işveren sıfatını elde etmez. Bu düzenlemeyle, hem işi veren hem de işi alan ilk işverenler, asıl işverenlerin doğrudan sorumlu olduğu müteselsil sorumluluktan kaçınmış olur. Bu nedenle, ilk alt işveren sözleşmesi görünüşteki işlemdir ve muvazaalı olduğu için geçersizdir.

Görünürdeki işlemin arkasındaki gerçek ilişki, işi alan ikinci işveren ile işin gerçek sahibi arasındaki alt işveren-asıl işveren ilişkisidir. İlk işi veren ise işçi çalıştırma sorumluluğu dolayısıyla esas işverendir. Böylece, çalışan işçilerin hakları açısından, kanuni olarak ilk işverenin asıl işveren sayılıp tüm sorumlulukları üstlenmesi gerekliliği ortaya çıkar¹⁷⁶.

olduğunu göstermez. Bu olgunun açıklığa kavuşturulması için davalılar arasındaki sözleşme ve ekleri incelemeye tabi tutularak ve işyerinde uzman bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak, ihalenin hizmet alımına mı, yoksa işçilik teminine mi yönelik olduğu... tespit edilmelidir.” Yarg. 9. HD., E. 2008/6589, K. 2008/2168, 25.02.2008, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025). Aynı yönde: **Caniklioğlu**, Seminer, s. 43.

174 Yarg. 9. HD., E. 2021/8767, K. 2021/13057, 28.09.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

175 Aynı yönde: **Caniklioğlu**, Seminer, s. 46.

176 **Aydın**, s. 314; **Akyiğit**, Şerh C .I, s. 99; **Güzel**, s. 7.

2. Asıl İşverenin İşveren Sıfatının Bulunmaması

Alt işveren-asıl işveren ilişkisinden bahsedebilmek için varlığı gereken unsurlardan bir tanesi işyerinde işçi çalıştıran asıl işveren bulunmasıdır. Alt işverenin yüklendiği işte, iş sahibi herhangi bir işçi çalıştırmıyor ise, alt işveren ilişkisinden bahsedilemez. Nitekim, İK m.2/6'da, "*işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin bulunması*" koşulu açıkça düzenlenmiştir. Bu husus AİY m.4/a'da "*Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır*" şeklinde ifade edilmiştir.

Örneğin, anahtar teslimi bir işin yapılması işi, aynı işyeri sınırlarında olsa dahi, alt işveren ilişkisi doğurmaz¹⁷⁷. Zira o işte iş sahibi kendi işçisini çalıştırmamaktadır. Bu nedenle, anahtar teslimi bir binanın yapımını üstlenen kişi alt işveren değil, işveren niteliği taşır¹⁷⁸. Benzer şekilde bazı işletmelerde, temel çalışma düzeninin sorunsuz bir şekilde işlemesi ve işleri alt işverenlere devreden asıl işverenin kontrolü sağlamak amacıyla birkaç işçisini işyerinde bulundurması, alt işveren-asıl işveren statüsünü değiştirmez¹⁷⁹.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin temel unsuru, her iki tarafın da o işten dolayı işveren sıfatına sahip olmasıdır¹⁸⁰. Eğer taraflardan biri işveren değilse, bu ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilemez¹⁸¹. Bu yüzden, bu tür bir ilişki kurulabilmesi için asıl işverenin, kendisine bağlı çalışanları olması ve onlara iş vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, böyle bir ilişkiden söz edilemez. Ayrıca alt işveren-asıl işveren

177 "...davalılar arasında belirli bir işin yapılıp teslim edilmesine ilişkin anahtar teslim işi konu alan bir eser sözleşmesi bulunduğu, davalılar arasında asıla işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır." Yarg. 22. HD., E. 2017/29980, K. 2020/9612, 16.07.2020, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025). Benzer yönde, Yarg. 9 HD., E. 2023/3241, K. 2023/4141, 21.03.2023; Yarg. 9. HD., E. 2022/6924, K. 2022/12750, 18.10.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

178 Başbuğ/Yücel Bodur, s. 84; Süzek, s. 165; Çelik ve diğerleri, s. 106-107; Boz Eravcı, s. 21; Caniklioğlu, s. 20; Narlı, s. 243.

179 Aydınli, s. 314.

180 "*İş Kanunu'nun 2/6. maddesine göre asıla işveren-alta işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için kurulan bu yeni işyerinde işçi çalıştıran bir asıla işverenin varlığı şarttır. Başka bir anlatımla, asıla işverenin o işyerinde işçi çalıştırarak işveren sıfatını koruması, işin bütünüünün yapılmasını başka bira işverene devretmemiş bulunması gerekir.*" Yarg. 22. HD., E. 2016/30833, K. 2020/9517, 14.07.2020, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025). Aynı yönde, Yarg. 22. HD., E. 2019/7276, K. 2019/20571, 07.11.2019; Yarg. 9. HD., E. 2017/12251, K. 2019/18361, 17.10.2019, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 20.04.2025).

181 Aykaç, s. 57 vd.; Soyer, s. 17; Caniklioğlu, s. 14-15.

ilişkisinden bahsedebilmemiz için, işyerinde hem asıl işverenin hem de İK m.2/6 uyarınca, işi devralan kişinin işçi çalıştırması gerekmektedir. İşyerinin bir bölümünde işi üstlenip bunu kendi başına yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilmez.

Yargıtay'ın incelediği bir dosyada, alt işveren şirket işçi alımı ve çıkışında yetkilendirilmiş görünse de bu işlemlerin nihai onayının asıl işverende olduğu ve taşeronun maaş ödemesi ile sosyal güvenlik primlerini yatırması gibi işlerde işveren vekili gibi hareket ettiği belirlenmiştir. Bordolar ve sosyal güvenlik belgelerinde alt işveren şirketin kâğıt üzerinde işveren olduğu anlaşılmıştır. Ancak, alt işveren olarak gösterilen işçilerin tazminatlarının asıl işveren tarafından ödendiği, işten çıkarılmalarının ise asıl işverenin talimatıyla gerçekleştiği belgelerle kanıtlanmıştır. Alt işverenler değişse de, işler ve çalışanların sabit kaldığı tespit edilmiştir. Bu bulgulara dayanarak Yargıtay, alt işverenlik sözleşmelerinin formaliteden ibaret olduğunu, dolayısıyla muvazaalı olduklarına ve söz konusu çalışanların asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları gerektiğine karar vermiştir¹⁸².

Asıl işverenin alt işverene devrettiği işlerde kendi işçilerini çalıştırmasının muvazaa karinesi oluşturması durumunda, bu karinenin, asıl işverenin hukuki sıfat kazanabilmesi için gerekli olan işçi çalıştırma koşulu ile çelişip çelişmediği hususuna değinmek gerekir. İfade edelim ki, burada herhangi bir muvazaa karinesi durumu söz konusu olmayacaktır. Çünkü muvazaa karinesinin ortaya çıkabilmesi için asıl işveren, alt işverene devredilen asıl işte doğrudan kendi işçilerini çalıştırmalıdır¹⁸³. Buna karşın, alt işverene devredilen kısmın dışındaki asıl iş kapsamında kalan alanlarda işçi çalıştırmak, muvazaa karinesi oluşturmayacaktır¹⁸⁴.

Vurgulanması gereken bir diğer husus, tek bir işçi için kurulan ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Yargıtay “...*Tek bir şoför, sekreter vb. personelin temini için hizmet alımının yapıldığı halde yapılan işin İş Kanunu 2. madde anlamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz.*”¹⁸⁵ hükmünü

182 Yarg. 9. HD., E. 8455, K. 960, 27.05.1993; Yarg. 9. HD., E. 9-861, K. 915, 01.11.1995, kararlar için bkz. **Aydın**, s. 323.

183 **Süzek**, s. 171; **Aykaç**, s. 407; **Süzek**, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 940; **Ekonomi**, s. 34; **Alpagut**, İntes, s. 21; **Soyer**, s. 21; **Arıcı**, s. 506; **Akyiğit**, s. 70.

184 **Aydın**, s. 315.

185 Yarg. 9. HD., E. 2015/24940, K. 2015/36619, 23.12.2015, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025). Aynı yönde, Yarg. 9. HD., E. 2015/25825, K. 2016/4060, 25.02.2016, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

kurmuştur. Dolayısıyla Yargıtay, tek bir işçi için kurulan ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi teşkil etmediği görüşündedir.

3. Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçileri Üzerinde Yönetim Hakkını Doğrudan Kullanması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, doğası gereği alt işverenin kendi çalışanlarının işe alımını, işten çıkarılmasını ve çalışma koşullarını belirlemesini gerektirir. Ancak, böyle bir durum, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı bir şekilde kurulduğu iddiasına yol açabilir¹⁸⁶.

Her ne kadar alt işveren asıl işverenin işyerinde görevini yerine getirir de, hukuki açıdan bağımsız bir işyeri olarak kabul edilir. Alt işveren ile çalışanları arasında, iş sözleşmesi nedeniyle karşılıklı hak ve yükümlülükler bulunur. Bu bağlamda alt işverene ait olan yönetim yetkisi, çalışanların işe giriş-çıkışlarını kontrol etme ve üretim için talimat verme gibi unsurları kapsar. Eğer bu yetkiler, iş sözleşmesinin tarafı olan alt işveren dışında biri tarafından kullanılıyorsa, gerçek işverenin kim olduğu ve görünürdeki asıl işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığı soruları gündeme gelir. Bu nedenle, asıl işverenin alt işverene ait emir ve talimat verme hakkını kullanması uygun değildir. Alt işverenin yönetim hakkını devretmesi ve buna rıza göstermesi, dolaylı olarak sözleşmenin muvazaalı kurulduğuna dair bir kanıt oluşturur.

Asıl işverenin, alt işverene ait yetkileri kullanarak çalışanların işten çıkarılması veya disiplin cezası vermesi, bu ilişkinin geçersiz sayılmasına yol açabilir¹⁸⁷. Çünkü böyle bir durumda, gerçekte alt işveren yerine asıl işveren yetkilerini kullanmakta ve bu da tek bir gerçek işverenin varlığına işaret etmektedir¹⁸⁸.

Yargıtay'ın güncel kararlarına göre, alt işverenin asıl işverene ait işyerinde faaliyet gösterirken belli bir organizasyona sahip olması, uzmanlık ve hukuki bağımsızlık barındırması gereklidir¹⁸⁹. Bu özelliklere sahip olmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bağımsız bir yönetim üstlenmeyeceği için sadece işçi temini anlamına gelir ve bu da muvazaa olarak

186 Aydın, s. 316 vd.; Aykaç, s. 412. Böyle bir durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tartışılmaya gerek olmadığı görüşü için bkz. Öztürk, s. 292.

187 Güzel, s. 40; Soyer, s. 17; Akyiğit, Şerh C. I, s. 110.

188 Güzel, s. 40; Soyer, s. 17; Akyiğit, Şerh C. I, s. 110; Aykaç, s. 414; Aydın, s. 316 vd.; Süzek, s. 182.

189 Yarg. 22. HD., E. 2018/12876, K. 2018/22416, 17.10.2018; Yarg. 22. HD., E. 2018/9334, K. 2018/18189, 17.10.2018; Yarg. 21. HD., E. 2018/59, K. 2018/458, 23.01.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025); Yuvalı, s. 358; Öztürk, s. 288.

değerlendirilir¹⁹⁰. Belirtelim ki, Yargıtay yeni tarihli kararlarında bu konudaki ölçütleri oldukça esnetmiş görünmektedir¹⁹¹. Yargıtay’a göre “...*Asıl işverenin kendi işyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerinden müteselsil sorumlu bulunan ve işin yürütümünün sağlıklı olmasından birinci derecede sorumluluğu bulunan kişi olması sebebiyle hizmet alım sözleşmesinde asıl işverene verilen yetkilerin denetleme yetkisi kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Bu nedenle salt bu kapsamdaki bir kısım işveren yetkilerinin kullanılması muvazaanın varlığını göstermez.*”¹⁹²

Öğretide kabul gördüğü üzere alt işverenin işçileri üzerindeki yönetim hakkı doğal olarak alt işverene aittir¹⁹³. Ancak alt işverenin işçileri, asıl işverenin işyerinde çalıştıkları için, asıl işverenin kendi iş organizasyonu çerçevesinde aldığı genel kararlara bağlı kalmak zorundadırlar. Bu sebeple, asıl işverenin alt işveren işçilerine işin yürütülmesiyle ilgili emir ve talimat vermesi her durum için ayrı değerlendirilmelidir; olayın özelliğine göre muvazaa olup olmadığına karar verilmelidir. Ayrıca, asıl işverenin sınırlı ölçüde de olsa alt işveren işçilerine bazen talimat ve emir verebileceği düşüncesindeyiz. Şüphesiz ki, asıl işverenin alt işveren işçilerine emir verebileceği istisnai alanların başında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin talimatlar yer alır. Asıl işveren, alt işveren işçisinin işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymasını talep edebilir ve uygunsuz davranışlar sergileyen işçileri uyarabilir; bu durumlar alt işveren işçisini yönettiği anlamına gelmez¹⁹⁴. Aynı şekilde, işin yürütülmesi sırasında aksaklık-

190 Yarg.7. HD., E. 2015/1113, K. 2015/12733, 22.06.2015, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

191 “*bazı hususlarda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda yüklenicinin hareket edeceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğunun sonucu olarak kabul edilip, olağan karşılanmalıdır. Bu sebeple sözü edilen düzenleme ve uygulamalar asıl işveren alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez*” Yarg. 9. HD., E.2013/12836, K. 2013/8253, 13.03.2014, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025). **Ekmekçi/Yiğit**, s. 168-169; **Süzek**, s. 183.

192 Yarg. 9. HD., E. 2022/3443, K. 2022/4200, 30.03.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025). Aynı yönde, Yarg. 22. HD., E. 2018/10766, K. 2018/18133, 11.09.2018; Yarg. 22. HD., E. 2019/22515, K. 2019/11477, 23.05.2019, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

193 **Güleşçi**, s. 118.

194 İş sahibinin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki denetim ve gözetimi kendisinde tutması, taraflar arasındaki ilişkiyi asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak tanımlamayarak gerektirmez. Bunun sonucunda, işyerinde diğer işverene anahtar teslim bir işveren iş sahibi, iş sağlığı ve güvenliği denetimini sürdürüp gereklerine uymasa bile, işçiye

lar tespit edilip gerekli talimatların verilmesi de alt işverenin yönetim yetkilerine müdahale olarak algılanmamalıdır. Buna karşın, işin ve işçilerin yönetiminin düzenli ve sürekli olarak asıl işverence yapılması, alt işverenin uygun bir çalışma organizasyonu kurmamış olduğu anlamına gelir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, asıl işverenin, alt işverenin bünyesinde çalışan işçilerden doğrudan işin yapılmasını talep etme hakkı bulunmamakla beraber asıl işverene yalnızca işçi sağlığı ve güvenliği konusunda genel nitelikte talimatlar verme yetkisi tanınmıştır¹⁹⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, burada asıl işverene bilgi verilmesi zorunluluğu ile doğrudan yetkilendirme arasında net bir ayrım yapılmalıdır. Her ne kadar alt işveren, işçilerin işe alınması ve çıkarılmasında tek yetkili olsa da, işin asıl işverene ait işletmede yürütülmesi ve aksama riskleri göz önünde bulundurularak böyle işlemlerin önceden asıl işverene bildirilmesi muvazaa yaratmamalıdır. Yargıtay, bu konuda verdiği bir kararda, asıl işveren ile alt işveren arasındaki anlaşmada hastane komisyonunun uygun gördüğü kişilerin çalıştırılması gerektiğini ve komisyonun uygun bulmadığı hiçbir personelin çalıştırılmaması, hastane idaresinin haberi olmadan hiçbir personelin işine son verilmemesi gibi ifadelerin sadece hizmetlerin kesintiye uğramadan sürdürülmesi için bilgi amaçlı düzenlendiğine ve bu nedenle taraflar arasındaki ilişkinin muvazaa olarak değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁶.

4. İşçilerin Görünürde Alt İşverenlere Bağlanması

Uygulamada çok sık karşılaşılan ve yargı kararlarına konu olan hallerden bir tanesi de, tarafların aralarındaki ilişkiyi asıl işverenin alt işveren ilişkisi olarak göstermiş olmalarıdır. Ancak, tarafların asıl amacı işçi temini sağlamaktır. Bu nedenle iş hukukunda asıl işveren ve alt işveren ilişkisi kapsamında tartışılan konulardan biri de işçi teminidir.

Tarafların bu yola başvurmalarındaki sebepler; ücret ve diğer hakların daha azını verebilmek, sendikal eylemlerin gerçekleşmesini engelleyebilmek¹⁹⁷, toplu iş sözleşmeleri yapılması imkânsız bir

karşı asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulmaz. İlgili görüş için bkz. **Caniklioğlu**, s. 21; **Caniklioğlu**, Seminer, s. 41.

195 Yarg. 9. HD., E. 2015/36390, K. 2016/19706, 14.11.2016, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

196 Yarg. 7. HD., E. 2015/6330, K. 2016/7565, 30.03.2016, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

197 **Aydınlı**, s. 320.

duruma getirmek¹⁹⁸, iş güvencesi¹⁹⁹, özürlü çalıştırma zorunluluğu toplu işten çıkarma gibi işverenlere yüklenmiş olan yükümlülüklerden kurtulabilmek ve özellikle kamu işyerlerinin kadro taleplerinin karşılanmamasından sebep personel eksikliğinin karşılamaktır²⁰⁰.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile aldığı mal veya hizmet üretimi işini yürütürken, belirli bir organizasyon yapısına, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse; yani, söz konusu ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, bu durumda alt işveren ve asıl işveren ilişkisi yerine, asıl işveren için işçi temin hizmeti söz konusu olacaktır²⁰¹. Başka bir deyişle, işçi temininde bir başka bir işverene işyerinde yürütülen işin bir bölümü verilmemekte, işyerinde bizzat kendi yürüttüğü işte, yine kendi emir ve talimatı altında çalıştırmak üzere belirli nitelikte ve sayıda işçi temini söz konusu olmaktadır. Yani alt işveren yalnızca kâğıt üzerinde işveren gözükle işverenin hak ve yetkilerini tamamen asıl işveren üstlenmektedir²⁰². Yargıtay tarafından bu durumun işçi temini olduğu ve alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi sayılacağı belirtilmektedir²⁰³. Yargıtay'ın başka bir kararında, alt işverenin mal ve

198 Yarg. 9. HD., E. 2017/20559, K. 2017/8871, 25.05.2017, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

199 “Her ne kadar İş Kanunu’nda işveren açısından işçi sayısına bağlı olarak düzenlenmiş olan yükümlülükler bulunsun da işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından işçilerin hayat hakkı da göz önüne alınarak bu yükümlülüklerde işçilerin hangi işverenin işçisi olduğu hususu göz önüne alınmaksızın hareket edilmesi gerekme ktedir. Kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi muvazaalı olsun yahut olmasın, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin yükümlülüklerde fiilen çalışmakta olan alt işveren ve asıl işveren işçi sayısı bütün olarak dahil edilmelidir. İlgili görüş için bkz. **Aydınli**, s. 319.

200 **Süzek**, s. 185; **Aykaç**, s. 421; **Aydınli**, s. 319.

201 YHGK, E. 2022/857, K. 2023/634, 14.06.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

202 **Çelik ve diğerleri**, s. 102-103; **Akyiğit**, Alt İşverenlik, s. 68.

203 “..Somut olayda davacı, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğundan bahisle müvekkilinin davalılardan ... Büyükşehir Belediyesi çalışanı olduğunun tespitini dava dilekçesi ile talep etmiş, daha sonra vermiş olduğu ıslah dilekçesi ile fark alacaklarını da talebine eklemiştir. Mahkemece yapılan değerlendirmede, davalı ... A.Ş. ile davalı Belediyenin aynı işi yapan işçilerinin bulunması, yapılan iş, mesai saatleri ve çalışma saatlerinin aynı olması nedeni ile davalılar arasındaki ilişkinin hizmet alım ilişkisi niteliğinde olmadığı, yapılan ihalenin işçi teminine yönelik olduğu anlaşılmakla davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının başlangıçtan itibaren ... Büyükşehir Belediyesinin işçisi sayılması gerektiğinin tespitine....” Yarg. 22. HD., E. 2017/43418 K. 2017/25214, 20.11.2017, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

hizmet üretimiyle ilgili edimini bağımsız olarak yerine getirmemesi, yönetim hakkını kullanmaması, sevk ve idarenin doğrudan asıl işveren tarafından yerine getirilmesi hallerini, geçerli asıl işveren-alt işveren ilişkisi yerine işçi temini olduğu sonucuna ulaşmasına sebep olmuştur²⁰⁴.

Yargıtay kararlarında “işçi temini” ve “muvazaalı alt işveren ilişkisi” kavramları sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır²⁰⁵. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK)²⁰⁶ yılında verdiği bir kararda da, “Yukarıda belirtilen hükümlere göre, tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu hâlde bunu bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur.” diyerek bu ilişkiyi muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında değerlendirmiştir. Başka bir kararda da tarafların asıl amacının işçi temini olduğu kabul edilmese karşın aralarındaki alt işveren ilişkisi muvazaalı ve alt işverenin işçileri başından itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmiştir²⁰⁷.

Uygulamada ve yargı kararlarında, işçilerini başka bir işverenin işyerine gönderen, orada kendi adına herhangi bir iş organizasyonu yapmayan işverenle, bu işçileri kabul eden diğer işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi mi yoksa geçici iş ilişkisi unsurlarını içeren ancak kanuni uygunluk sağlamadığı için geçersiz sayılan bir geçici iş ilişkisi mi olduğu merak konusudur. Kanaatimizce, iş temini sözleşmesinde, muvazaalı asıl işveren-alt işveren aldatma kastı ve görünürde gerçek iradeyi gizleyen bir sözleşme mevcut olmadığından, muvazaalı bir alt işveren ilişkisi dahi söz konusu olmamaktadır. İşçi temininde görünürde bir iş verilmiş gibi bir sözleşme dahi yapılmamakta, sözleşmenin konusunu doğrudan işçi temini oluşturmaktadır. Böyle bir durumda artık taraflar arasındaki ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi değil, geçici iş ilişkisi olmaktadır ki, sıklıkla da bu durum kanuna aykırı bir geçici iş ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle taraflar arasındaki

204 Yarg. 9. HD., E. 2015/27501, K. 2018/23322, 17.12.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

205 Caniklioğlu, Seminer, s. 57.

206 YHGK, E. 2022/777, K. 2023/724, 05.07.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

207 Yarg. 9. HD., E. 2018/8486, K. 2019/434, 09.01.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 25.04.2025).

ilişki ister muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi, ister kanuna aykırı geçici iş ilişkisi kabul edilsin, her iki durumda da geçersiz olacaktır²⁰⁸. Dolayısıyla işçi, baştan itibaren emir ve talimat aldığı ve dahil olduğu iş organizasyonuna göre çalıştığı işverenin işçisi olacaktır. Ancak bu mesele idari para cezası açısından önem taşıdığından, kurulan ilişkinin hangi kanun hükmüne göre cezalandırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, eğer taraflar bazı koşullar altında belirli sayıda çalışan üzerinde anlaşma sağlamışsa, bu her zaman geçici bir iş ilişkisi anlamına gelmez. Buradaki kritik unsur, yalnızca çalışan sağlanmasıdır; başka bir amaç veya bir organizasyon kurma söz konusu olmamalıdır. Özellikle kamu sektörü sözleşmelerinde, çalışanların işe alımı veya çıkarılmasına dair hükümler genellikle kamu işvereni onayı gerektirmektedir. Yargıtay’a göre bu tür düzenlemeler de asıl işveren-alt işveren ilişkisi değil, işçi teminidir²⁰⁹.

Yargıtay, asıl işverenin alt işveren yetkilerini kullanmasından sebep uyumsuzlukların fazla olmasından kaynaklı olarak, aradaki ilişkinin işçi temini mi yoksa muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi mi olduğunun belirlenmesi için bazı kriterler belirlemiştir²¹⁰. Bu kriterler, alt işverenlik ve işçi temini arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ilişkisinde bu özel kriterlerin olmaması durumunda ise, ilişkinin geçersizliği gündeme gelmektedir.

İşçi temini uygulamaları, kamu kurumları için de gündeme gelmekte olup, bu konu birçok yargı kararlarına da yansımıştır. Kamu kurumlarındaki işçi temini uygulamasının temelinde ise, Kamu İhale Kanunu (KİK)²¹¹ m.62/e’de “İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sa-

208 Aynı yönde: Caniklioğlu, Seminer, s. 8.

209 Yarg. 7. HD., E. 2014/22344, K. 2015/2117, 19.02.2015, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

210 “...özellikle de yüklenici şirketin, işyerinde davalı İdareden ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü organizasyon yapısı oluşturup oluşturmadığı, hukuki, fiili ve ekonomik bağımsızlığının bulunup bulunmadığı, davalı İdareden başka ticari faaliyetleri bulunup bulunmadığı, ... tespit edilmelidir.” Yarg. 22. HD., E. 2018/4493, K. 2018/9803, 25.04.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

211 RG 22.01.2002 T., 24648 S.

yıda olmaması halinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir” hükmü yer almaktaydı. Ancak bu düzenleme, 2018 yılında 7079 sayılı Kanun’la değiştirilmiştir. Artık işçi temini şeklinde bir uygulamanın kanuna uygun olduğundan bahsetmek kanaatimizce mümkün olmayacaktır²¹².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda²¹³, KİK’teki değişiklikten önceki düzenlemeleri de dikkate alarak; “Öte yandan, dava dışı şirket işçilerinin davalı Belediyenin faaliyet alanındaki işlerde çalıştırılması, emir ve talimatları davalı ... yetkililerinden almaları, davalı ... işçileri ile benzer işlerde çalıştırılmaları ve dava dışı şirketin davalı Belediyeye ait araç ve gereçleri kullanması hususlarının kanuni düzenlemeler karşısında muvazaa kriteri olarak kabul edilmesine imkan bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Kanaatimize göre, KİK’teki bu düzenlemelerin başka bir işverenin işçisine emir ve talimat vermenin bir gerekçesi olması mümkün değildir.

Bu konuların değerlendirilmesinde göz ardı edilmemesi gereken önemli bir husus, asıl işverenin asıl işveren-alt işveren ilişkisinden doğan müteselsil sorumluluğudur. Çünkü asıl işveren-alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluk yüklenen asıl işverenin denetim yetkisinden tamamen yoksun olması, adalet duygusuyla bağdaşmayacaktır. Böylelikle, asıl işverenin alt işveren işçilerine belirli konularda eğitim talep etmesi, bu ilişkiyi muvazaalı kılmaz²¹⁴. İş kazası ve meslek hastalıkları gibi işçi güvenliğini tehdit eden durumlarda, asıl işverenin alt işverenle birlikte müteselsil sorumluluğa sahip olduğu dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, asıl işverenin alt işveren işçilerine yönelik olarak; iş sağlığı ve güvenliği, işyeri denetimi gibi genel konularda emir ve talimat verebilmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı hale gelmemesi açısından önem taşımaktadır. Nitekim, Yargıtay da kararlarında “Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yönetim veya işin ifasını isteme hakkı olamayacağı ancak

212 Aynı yönde: Caniklioğlu, Seminer, s. 58.

213 YHGK, E. 2023/9-918, K. 2024/202, 24.04.2024, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

214 Gülsevil Alpagut, “Alt İşveren Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine”, İşveren Dergisi, C.XLVII, S. 2, 2008, s. 61; Aydınli, s. 317.

işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak asıl işverenin genel nitelikli talimatlar verebileceği” kanaatindedir²¹⁵.

5. Değişen Alt İşverenlere Rağmen Aynı İşçilerin Çalışmayı Sürdürmeleri

Günümüz iş hayatında sıkça karşılaşılan bir diğer durum, işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin sabit kalıp aynı işi yapmaya devam etmelerine karşın, alt işverenlerin sürekli yeni ihalelerle değişmesidir. Alt işverenler sıklıkla değişse de, bu işçilerin sözleşmeleri feshedilmeyip çalışmaya devam etmeleri, bir muvazaalı durum yaratır. Bu tür değişiklikler gerçek bir işveren değişikliği olarak kabul edilmez ve işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır²¹⁶.

Bazı durumlarda, farklı alt işverenler altında aynı işyerinde çalışmanın muvazaa oluşturmadığına dair örnekler bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, alt işveren değişmesine karşın işçilerin sabit çalışmaya devam etmesi durumunda muvazaayı belirlemek için bir ayırım yapılması gerekir. Eski alt işveren, kendi işçilerinin sözleşmelerini feshedip tüm alacaklarını tasfiye ederek işyerinden ayrıldıktan sonra, ihaleyi yeni alan alt işveren, işçileri işe alarak yeni sözleşmeler yaparsa burada muvazaa söz konusu olmaz. Ancak eski alt işverenin sözleşmeleri feshetmemesi ve yeni alt işverenin mevcut çalışanları kullanmaya devam etmesi durumunda muvazaa gündeme gelebilir. Aynı zamanda eski alt işverenin, işçilerin iş sözleşmesini feshetmemiş ve işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam ediyorken yeni alt işverenin gelmesi durumunda burada işyeri devri hükümleri söz konusu olacaktır²¹⁷. Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre, alt işverenlik sözleşmesi sona erdiğinde alt işverenle çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmediği ve çalışmaya devam ettikleri durumda, yeni gelen alt işverenle kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa yoksa işyeri devri gerçekleşmiş kabul edilir²¹⁸. Üçüncü bir görüş ise, alt işveren değişse bile çalışan işçilerin çalışmaya devam etmeleri durumunda, eski ve yeni alt işverenler arasında hukuki bir işlemle işyeri devrinin gerçekleşmemesi halinde işyeri devrinden bahsedilemeyeceğini ve

215 Yarg. 9. HD., E. 2016/22869, K. 2016/20941, 28.11.2016, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

216 **Süzek**, s. 183; **Süzek**, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, s. 942; **Aykaç**, s. 409.

217 Yarg. 9. HD., E. 2021/5506, K. 2021/9779, 01.06.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025); **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 230.

218 **Aykaç**, s. 356 vd.; Çankaya/Çil, s. 79.

önceki alt işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirildiğini, yeni alt işverenle ise yeni bir iş sözleşmesi yapıldığını öne sürmektedir²¹⁹.

Yargıtay bir kararında, farklı alt işverenlerin ihaleleri kazanmış olmalarına rağmen, işçiler eski alt işverenle ayrılmak yerine yeni alt işveren bünyesinde çalışmalarını sürdürebileceğini, bu durumda da muvazaalı olmayacağını ve işçilere yönelik işyeri devri hükümleri uygulanacağını belirtmiştir²²⁰. Yargıtay benzer yönde başka bir kararında da alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin asıl işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesinin tek başına asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna işaret etmeyeceğine hükmetmiştir²²¹. Kanaatimizce, Yargıtay kararları isabetli olup, alt işverenlerin sürekli değişmesine karşın, alt işveren işçilerinin aynı şekilde çalışmaya devam etmeleri tek başına alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu kanıtlamaz²²².

E. Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Yaptırımı

İş Kanunu m.2/7-c.2’de “*Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler*” ifadesine yer verilerek, muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisine uygulanacak yaptırım açıkça düzenlenmiştir. İK’da geçen “*birlikte sorumluluk*” ifadesinden “*müteselsil sorumluluk*” anlaşılmalıdır²²³. Bu doğrultuda kanuni sınırlamalara uyulmaksızın ve/veya muvazaalı şekilde alt işveren ilişkisi kurulması durumunda, başlangıçtan itibaren alt işveren işçileri asıl işverenin işçileriymiş gibi kabul edilir²²⁴. Yargıtay uygulaması

219 Haluk Hadi **Sümer**, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İş Yerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, 2009, s. 110.

220 Yarg. 9. HD., E. 2012/1536, K. 2014/469, 20.01.2014; Yarg. 9. HD., E. 2021/5506, K. 2021/9779, 01.06.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

221 Yarg. 9. HD., E. 2021/1687, K. 2021/5418, 03.03.2021; (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

222 Aynı yönde: **Süzek**, s. 183.

223 Yarg. 21. HD., E. 2018/5073, K. 2019/4779, 27.06.2019, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025); **Şen/Naneci**, s. 36; **Ekiz**, s. 255. Birlikte sorumluluk, alt işveren işçisinin haklarının ödenip ödenmediğinin denetimini gerektirir. Aksi takdirde, bu durum kendi işçisi gibi işlem yapmanın geçerli bir gerekçesi olamaz. İlgili görüş için bkz. **Caniklioğlu**, Seminer, s. 50.

224 **Süzek**, s. 187; **Akyiğit**, Alt İşverenlik, s. 69; **Çankaya/Çil**, s. 28 vd; **Güzel**, s. 55; **Aykaç**, s. 283; **Ekiz**, s. 255; **Pehlivan**, s. 26; **Eyrenci**, s. 22; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 222; **Boz Eravcı**, s. 26.

da bu yöndedir²²⁵. Dolayısıyla işçinin tüm işçilik hakları da İK m.2/7-c.2'ye göre belirlenmektedir²²⁶.

İş Kanunu hem m.2/6'da hem de m.2/7'de işçilerin korunması amacıyla alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması amacı güdülmektedir²²⁷. Bu nedenle İK m.2/7'de getirilen yaptırım, kıyasen bir yaptırım öngörülmemiş olan İK 2/6'ya kural olarak uygulanabilir²²⁸. Kanaatimize göre, İK m.2/7, c.3'ün konumu duraksama yaratsa da, İK m.2/7'de getirilen “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği*” düzenlemesine aykırı şekilde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde de uygulanacaktır²²⁹. Bu durumda, işçilerin başlangıçtan itibaren gerçek işverenin çalışanı olarak kabul edilmeleri gerekmektedir.

Müteselsil sorumluluk açısından, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuka uygun bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir. Ancak, muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi neticesinde “*alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması*” alt işverenin sorumluktan kurtulacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim, Yargıtay'a göre, “*muvazaalı alt işveren ilişkisinde, muvazaalı işlemin tarafı olan alt işverenin de işçilik alacaklarından müstereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerekir. Zira kişi kendi muvazaasına dayanamaz*”²³⁰. Yargıtay bu kararı ile alt işverenin de sorumluluk taşıyacağını kabul etmiştir²³¹. Bize göre de, asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı olsa da, işçilik alacaklarından hem asıl işveren hem de görünürdeki alt işveren işçiye karşı birlikte sorumlu tutulmalıdır²³². İşçi, işverenler arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığını bilmek veya araştırmak zorunda değildir. İşverenlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıklar işçiyi etkilememeli, işçi muvazaalı bir ilişki

225 Yarg. 9. HD., E. 2014/17306, K. 2014/33551, 11.11.2014; Yarg. 7. HD., E. 2015/37827, K. 2016/3443, 17.02.2016; Yarg. 9. HD., E. 2017/7294, K. 2017/18059, 13.11.2017; Yarg. 9. HD., E. 2016/24731, K. 2017/15641, 12.10.2017; Yarg. 9. HD., E. 2018/7692, K. 2018/16199, 19.09.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

226 Boz Eravcı, s. 28.

227 Süzek, s. 175; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 226.

228 Süzek, s. 175.

229 Süzek, s. 175; Güzel, s. 62; Çelik ve diğerleri, s. 137; Caniklioğlu, s. 28.

230 Yarg. 9. HD., E. 2015/24940, K. 2015/36619, 23.12.2015, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025); Uğur, s. 60-61.

231 Yarg. 22. HD., E. 2016/39, K. 2018/22107, 15.10.2018, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

232 Aynı yönde: Ekiz, s. 268.

kapsamında çalışsa bile alacakları için her iki işverene başvurma hakkına sahip olmalıdır²³³.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken başka bir husus da işçilik alacaklarının yalnızca İK'dan değil, aynı zamanda iş sözleşmesinden de doğabileceğidir. Eğer alt işveren, iş sözleşmesi kapsamında işçisine yol, yemek ödemesi, ikramiye gibi ücret eklerinden haklar da tanıyorsa, asıl işveren de bu haklar konusunda alt işverenle birlikte sorumlu tutulmalıdır²³⁴. Yargıtay bir kararında, somut olayda taraflar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı ve işçi teminine yönelik olduğu tespit etmiş, ücret eklerinden işçinin yararlandırılması gerektiğine vurgu yaparak bu doğrultuda karar vermiştir²³⁵. Kanaatimizce, muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi durumunda, işçi, asıl işverenin işçisi olarak diğer benzer işçilerin haklarından faydalanmalıdır²³⁶. Bununla birlikte, Yargıtay'a göre sadece muvazaalı asıl işveren-alt işveren bir ilişkisi bulunduğu gerekçeyle ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir²³⁷. Ancak, İK m.5'te

233 Yarg. 9. HD., E. 2017/16009, K. 2020/5669, 16.06.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025); **Ekiz**, s. 268.

234 **Çelik ve diğerleri**, s. 133; **Ekiz**, s. 256; **Pehlivan**, s. 33.

235 “Dosya içeriğindeki delillerden davacının davalı j... a.ş.'nin asıl işinde çalıştığından davacının davalı J... A.Ş.'nin işçisi sayılması yerindedir. Yine davacının emsali işçi bulunmadığından fark ücret taleplerinin reddi de doğrudur. Ancak davacı davalı J... A.Ş.'nin işçisi sayıldığına göre bu davalının işçilerine sağladığı ikramiye ve diğer sosyal yardımlardan yararlandırılması gerektiğinden bu hususta işyerindeki uygulamanın araştırılarak sonucuna göre ek hesap raporu da alınarak talepler hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi yerinde değildir” Yarg. 7. HD., E. 2015/3724, K. 2015/9173, 18.05.2015, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

236 “...davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapılması doğru olmaz... Davacı işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığı belirlenmeli, aynı tarihlerde davalı işverenin diğer işçilerine ödediği ücret ve ekleri belirlenerek davacı işçiye aynı haklar sağlanmalıdır. İşverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği bir durumda işçinin ödenen ücrete itiraz etmemiş olması işveren lehine sonuçlar doğurmaz.” Yarg., 9. HD., E. 2009/25544 K. 2009/20096, 07.07.2009, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

237 “Dairemizin yerleşik uygulamasına göre ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen mutlak ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi gerekir. Bir diğer ifade ile, işverenin 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eden her davranışı ayrımcılık tazminatına haz kazandırmaz. Somut olayda davacı tarafça mutlak ayrımcılık nedenlerinden birinin varlığı ileri

yer alan hükümdeki ayırım yapılmama halleri sınırlı olarak sayılmaması ve muvazaanın da bir hukuki işlemde bilerek ve istenerek yaratılan irade uyumsuzluğu olması gerekçeleriyle, muvazaalı işlemle emsal işçilere göre hakları kısıtlanan alt işveren işçileri bakımından ayrımcılık anlamı taşıyacağından, kanaatimizce, işçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi isabetli olacaktır. Nitekim bu kabul, iş hukukunun temel ilkelerinden işçiyi koruma ilkesini de uygun davranış anlamına gelecektir.

İş Kanunu m.2/6'da geçen *"bu kanundan doğan alacaklar"* ifadesinin İK'ya atıfta bulunduğu açıktır. Ancak, İK'da yer almayan maddi ve manevi tazminatlar ile sendikal tazminatın, asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirip değerlendirilmeyeceği de önem taşımaktadır. Maddi ve manevi tazminat hükümleri TBK'da düzenlenirken, sendikal tazminat hükümleri STİSK²³⁸'da düzenlenmiştir. Ancak, bir iş kazası sonucu işçinin yaralanması veya hayatını kaybetmesi durumunda, maddi-manevi tazminat talepleri gündeme geldiğinde, bu tazminatların hükümleri İK yerine TBK'da düzenlenmiş olsa da, işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü ihlal edildiği için işverenler birlikte sorumlu tutulacaktır²³⁹. Anlaşılacağı üzere İK'dan doğan alacakların yanında, farklı kanunlardan doğan işçi alacaklarının da *"iş sözleşmesindeki işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılık"* ya da *"iş sözleşmesindeki işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılık"* gibi farklı gerekçelerle müteselsil sorumluluk kapsamına girmektedir. Dolayısıyla İK m.2/6'da geçen *"bu kanundan doğan alacaklar"* ifadesindeki *"bu"* sözcüğünün kaldırılması isabetli olacaktır²⁴⁰.

Sendikal tazminata ayrı parantez açmak gereklidir. Zira sendikal tazminatın da işçilik alacağı olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisinde müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu da önem arz etmektedir. Sendikal tazminatta sorumluluk iş sözleşmesinden kaynaklanan eşit davranma borcunun ihlalinden kaynaklanmaktadır. Öğretide bir görüşe göre bu durumda da ve işverenler bu durumda

sürülmediği gibi dosya kapsamında bu yönde bir delil de bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır." Yarg. 9 HD., E. 2024/12882, K. 2024/14862, 19.11.2024, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025). Aynı yönde, YHGK, E. 2017/22-3193, K. 2021/1025, 16.09.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025); Caniklioğlu, s. 36; Caniklioğlu, Seminer, s. 65.

238 RG 07.11.2012 T., 28460 S.

239 Çelik ve diğerleri, s. 139; Ekiz, s. 256.

240 Aynı yönde: Ekiz, s. 257.

birlikte sorumludur²⁴¹. YHGK, bir kararında işçilerin diğer işçilerle eşit muamele görmeleri gerektiğinin altını çizerek²⁴² muvazaalı bir ilişkide işçinin asıl işverenin yaptığı toplu iş sözleşmesinden faydalanabileceğini kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay, işçinin bu sözleşmeden yararlanabilmesi için STİSK uyarınca, gerekli koşulları sağlamış olmasını şart koşturmaktadır²⁴³. Bu nedenle işçi ancak toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye ise veya dayanışma aidatı ödemesi durumunda asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanabilecektir²⁴⁴. Ayrıca, Yargıtay’a göre, toplu sözleşmenin imza tarihinden sonra sendika üyeliğinin işverene bildirilmesi gerekmekte²⁴⁵, bu bildirimin alt işverene yapılması yeterli görülmeyip asıl işverene yapılması istenmektedir.

Yargıtay başka bir kararında “...üyeliğinin alt işverene bildirildiği, asıl işverene bildirim yapılmadığı açıklığa kavuşturulmasına rağmen bir kısım alacaklar yönünden önceki rapora atıfla, diğerleri yönünden de da-

241 Çelik ve diğerleri, s. 139; Ekiz, s. 257.

242 “Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur.” YHGK, E. 2022/777, K. 2023/724, 05.07.2023, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

243 “..Davacı işçinin 01.03.2012-28.02.2014 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinin imzalandığı 24.03.2012 tarihinden sonra sendikaya üye olduğu anlaşıldığından, sendika üyeliğinin taraf işçi sendikasıyla işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı açıktır. Buna göre STİSK’nın 39. maddesi uyarınca davacının üyeliğinin hangi tarihte davalı Belediyeye bildirildiği ve 01.03.2012-28.02.2014 yürürlük süreli toplu iş sözleşmelerinden hangi tarih itibarı ile faydalanabileceği belirlendikten sonra oluşacak sonucuna göre toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan fark ücret talepleri değerlendirilmelidir. Davaya konu sonraki dönemlere ait toplu iş sözleşmelerinden yararlanma talepleri bakımından da, STİSK’nın 39. maddesi hükmüne göre davacı işçinin sendikaya üyelik tarihi ve toplu iş sözleşmelerinin imza tarihlerine göre değerlendirme yapılarak sonuca gidilmelidir.” YHGK, E. 2021/310 K. 2022/331, 16.03.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

244 Çelik ve diğerleri, s. 139.

245 “Davacı, toplu İş Sözleşmesinin imza tarihinde sendikaya üye olmadığına göre, bu sözleşmeden yararlanması ancak sendika üyeliğinin sözleşmenin tarafı davalı belediyeye bildirilmesiyle ve bildirim tarihinden geçerli olarak mümkün olabilir. Açıklanan sebeple, davacının 01.01.2012-31.12.2013 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı kabul edilmelidir.” Yarg. 9. HD., E. 2021/7063, K. 2021/11386, 01.07.2021, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

vacının sendika üyeliğinin asıl işverene bildirildiği faraziyesi ile hesaplama yapılan bilirkişi ek raporuna itibar edilerek hüküm kurulması hata- lıdır”²⁴⁶ şeklinde karar vererek üyeliğin alt işverene bildirilmiş olmasına bir sonuç bağlamamıştır. Yargıtay’ın bu görüşü sonucunda işçinin Toplu İş Sözleşmesi (TİS)’nden yararlanamama sebebiyle uğradığı zararın işve- renden TBK m.49 hükümleri uyarınca istenebilecektir²⁴⁷. Bu nedenle işçi- nin uğramış olduğu zararını işverene karşı açacağı dava ile talep edebile- ceği kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna aykırı veya muvazaalı ise işe iade davası asıl işverene karşı açılmalıdır. Bu tür davalar alt işverene karşı açılırsa, dava husumet yokluğu nedeniyle reddedilecektir. Ancak, böyle bir durumda, işçi işe iade davasını kime karşı açacağı konusunda tereddüt ediyorsa, işçiye gerçek işverene karşı dava açması için ek süre verilmesi gerekmektedir²⁴⁸. Kanaatimizce asıl iş- veren ile alt işveren arasındaki ilişki muvazaalı olsa bile, işçilik alacakları konusunda hem asıl işveren hem de görünen alt işveren işçiye karşı müte- selsilen sorumlu tutulmalıdır²⁴⁹.

246 Yarg. 9. HD., E. 2022/10400, K. 2022/10326, 22.09.2022, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

247 **Caniklioğlu**, s. 26; **Caniklioğlu**, Seminer, s. 70; Yarg. 10. HD., E. 2022/3497, K. 2023/4598, 27.04.2023; Yarg. 10. HD., E. 2019/3722, K. 2019/7263, 09.10.2019, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

248 Yarg. 9. HD., E. 2009/26956, K. 2009/24380, 28.09.2009, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. 26.04.2025).

249 “Muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişinin ızzar edilmesi ona karşı bir haksız eylem niteliğindedir. Üçüncü kişiler muvazaa nedeniyle hakları halele uğrattığı takdirde haksız fiil sorumluluğuna dayanarak muvazaalı hukuki işlemi yapan taraflardan zararının tazminini isteyebilir. Muvazaa sebebiyle akdin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılan hallerde muvazaa ileri sürülemez. Başka bir deyişle kişi kendi muvazaasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Somut uyuşmazlıkta Mahkemece, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının başlangıçtan beri asıl işveren Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü’nün işçisi olduğu kabul edilerek hüküm altına alınan işçilik alacaklarının adı geçen davalıdan tahsiline karar verilirken muvazaalı işlemin tarafı olan diğer davalı şirket yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgeler ile Mahkeme kabulüne göre davalı ... Grup Yapı San Tic. Ltd. Şirketi muvazaalı işlemin tarafı olup, adı geçen davalı şirket kendi muvazaasından yararlanamaz. HGK’nun 03.12.2008 T. 2008/9-704 E, 2008/730 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle maddi sorumluluk açısından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, davanın davalı ... Grup Yapı ve San. Tic. Ltd. Şti. yönünden husumet yokluğu gerekçesi ile reddi hatalıdır.” Yarg. 9. HD., E. 2017/16009, K. 2020/5669, 16.06.2020, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T.

SONUÇ

Günümüz iş hayatında işverenler, iş ve işçi maliyetlerini azaltma, iş sağlığı ve güvenliği dair önlem alma yükümlülüğünden kurtulma, işçilerinin toplu iş anlaşmasında yer alan haklarını kullanmalarını önleme vs. gayelerle muvazaalı muamele yapma yoluna sıklıkla başvurumaktadırlar. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa yapılmakla arzulanan görünürdeki muamele olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi meydana getirerek bir yardımcı işin veya işletmenin ve işin gereği olan ve teknolojik nedenler ile uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene bırakılması değil; işçilerin asıl işverene ait işyerinde asıl işverene bağlı olarak çalışmalarını sağlamaktır.

İş Kanunu m.2/7’de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun kabulünün gerektiği haller şu şekilde sıralanmıştır: “*asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması*”, “*daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması*” ve “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölümüne alt işverenlere verilemeyeceği*”.

İK m.2/7’deki “*genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek*” ifadesinden bu muvazaa durumlarının dışında da İK m.2/7’de muvazaa durumlarının olduğu anlaşılmaktadır. Bu muvazaa durumları sadece belirli koşullarla sınırlı değildir; bu durumlar, hukuk öğretisi ve mahkeme kararları aracılığıyla genişletilebilir. AİY m.12’de, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında muvazaa olup olmadığını belirlemek için bazı kriterler sunulmuştur. Ayrıca, kanun ve yönetmelikler dışında öğretide ve yargı kararlarında muvazaa tespiti için kabuller bulunmaktadır.

Borçlar hukukunda muvazaalı yapılan bir hukuki işlemin hüküm ve neticesinin ne olacağı TBK’da düzenlenmemiştir. Fakat öğreti ve Yargıtay tarafından muvazaalı olan hukuki işlemin kesin hükümsüz (batıl) olduğu kabul edilmektedir. Benzer şekilde iş hukuku öğretisinde de asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı olursa yaptırımın kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Ancak burada borçlar hukukundan farklı olarak yaptırım geriye dönük değil ileriye dönük uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda işçinin alacak ve haklarının korunabilmesi için muvazaalı olarak gerçekleştirilen devir için tasarrufun iptali, muvazaa ve istihkak davaları açabileceği kabul edilmiştir.

İş Kanunu m.2/6'da asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanarak, birlikte sorumluluk kuralı düzenlenmiş olsa da kanuna aykırılık asıl işveren-alt işveren ilişkisi halinde, hangi yaptırımın uygulanacağı düzenlenmemiştir. Bu eksiklik İK m.2/7'de, *"Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler."* hükmü getirilerek giderilmiştir. Dolayısıyla İK m.2/7'de hükme bağlanan yaptırım İK m.2/6 bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Bu doğrultuda kanuni sınırlamalara uyulmaksızın ve/veya muvazaalı şekilde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması durumunda, başlangıçtan itibaren alt işverenin işçileri asıl işverenin işçileriymiş gibi kabul edilir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Dolayısıyla işçinin tüm işçilik hakları da İK m.2/7-c.2'ye göre belirlenecektir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/**Ateş**, Derya, Borçlar Hukuku, 30. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

Aktay, Nizamettin, “İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı “Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, 2008, s. 59-64.

Akyiğit, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Akyiğit, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi (C.I), 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Akyiğit, Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.

Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Alpagut, Gülsevil, “Alt İşveren Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine”, İşveren Dergisi, C. XLVII, S. 2, 2008, s. 58-62.

Alpagut, Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 20, 2008, s. 1347-1359.

Alpagut, Gülsevil, “4857 Sayılı İş Yasası ile Alt işveren Yasasındaki Yeni Yapılanma”, Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları (Mayıs 20024), <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, E.T. 03.06.2025.

Arıcı, Kadir, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İÜİFM, C. LV, S.1, 2005, s. 485-509.

Arslanoğlu, Mehmet Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt İşveren, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

Atamulu, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Aydınlı, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Aykaç, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

Başbuğ, Aydın/**Yücel Bodur**, Mehtap, İş Hukuku, 6. Bası, Beta Yayıncılık, Ankara 2021.

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, Borçlar Genel Hükümler, 16. Bası, Dora Yayınları, Bursa 2021.

Boz Eravcı, Deniz, “İşverenin Alt İşverenin İşçileri Üzerindeki Koruma Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, AÜİFD, C. XXI, S. 2, 2020, s. 19-34.

Caniklioğlu, Nurşen, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları-Unsur Yokluğunun ve Geçersizliğin Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 50, 2023, s. 11-42.

Caniklioğlu, Nurşen, “Yargı Kararları Işığında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa”, Yeni Gelişmeler Işığında İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Semineri (Adana, Türkiye, 11-12 Nisan, 2025).

Çelik, Nuri, “İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, 2010, s. 5-16.

Çelik, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

Doğan, Murat/**Şahan**, Gökhan/**Atamulu**, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Ekiz, Seda Özgül, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Müteselsil Sorumluluk”, TAAD, S. 52, 2022, s. 237-272.

Ekmekçi, Ömer, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”, Mess Mercek Dergisi, S. 6, 2003, s. 132-139.

Ekmekçi, Ömer/**Yiğit**, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Ekonomi, Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Editör, Mehmet Uçum, Legal Yayınevi, İstanbul 2008, s. 21-40.

Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Bası, Legem Yayınevi, Ankara 2024.

Esener, Turhan/**Gündoğdu**, Fatih, Borçlar Hukuku 1 Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Eyrenci, Öner, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, s. 15-56.

Güleşçi, Yusuf, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Güzel, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. I, S. 1, 2004, s. 31-65.

Hatemi, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

İnan, Ali Naim/**Yücel**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Koçoğlu, Adil, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulma Koşulları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2024.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş, İş Hukuku, 7. Bası, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2022.

Narlı, Süleyman Mücahit, “Alt İşverenlik İlişkisinde Uzmanlık Koşulu”, İBD, C. XCIV, S. 4, 2020, s. 235-250.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri-I, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

Oğuz, Müge, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinden Kaynaklanan Muris Muvazaası”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. III, S. 2, 2020, s. 301-351.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C.I), 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024.

Özkaya, Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Öztürk, Meltem, “Alt İşveren İşçilerinin Açtığı Davalarda Muvazaa Denetimi Şart mıdır?”, Sosyal ve Beşerî Bilimlerde Uluslararası Teori, Araştırma ve Derlemeler Cilt 1/Editörler, Hakan Altıntaş, Mustafa Mete, Neslihan Bolat Bozaslan, Serüven Yayınevi, Ankara 2023, s. 273-296.

Pehlivan, Metin, Kamu İşyerlerinde Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulama Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Sert Sütçü, Selin, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Soyer, M. Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, 2006, s. 16-28.

Sümer, Haluk Hadi, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İş Yerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, 2009, s. 104-112.

Süzek, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, MÜHFHAD, C. XX S. 1, 2014, s. 123-141.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.

Şen, Murat/**Naneci**, Aslı, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, 2009, s. 24-53.

Taşkent, Savaş, “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 2, 2004, s. 363-366.

Uçum, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.

Uğur, Ömer, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

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

Yuvalı, Ertuğrul, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk”, AkdHFD, C.XI, S. 2, 2021, s. 355-376.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Redesigning The Turkish Civil Litigation System in the
Light of Online Dispute Resolution (ODR)***

**Türk Hukuk Yargılama Sistemini Çevrim İçi Uyuşmazlık Çö-
zümleri Işığında Yeniden Tasarlamak****

  **Arş. Gör. Barış MIDIK*****

 10.60002/ebyuhfd.1563474

Abstract

There are important developments across the world concerning online dispute resolution (ODR) methods. It would not be wrong to consider these ODR developments as a new movement, similar to the alternative dispute resolution (ADR)

* This article is derived from the author's doctoral thesis, which will be in the Private Law doctoral program at the Social Sciences Institute of Kocaeli University. See Barış Mıdık, Online Courts in Civil Litigation, Kocaeli University Institute of Social Sciences, Doctoral Thesis in Preparation.

** Bu makale, yazarın Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk doktora programında hazırlamakta olduğu doktora tezinden üretilmiştir. Bkz. Barış Mıdık, Hukuk Yargılamasında Çevrim İçi Mahkemeler, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hazırlanmakta Olan Doktora Tezi.

*** Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Tez Özeti/Thesis Summary

Geliş/Received: 17.10.2024 | Kabul/Accepted: 05.05.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Barış Mıdık, “Redesigning The Turkish Civil Litigation System in the Light of Online Dispute Resolution (ODR)”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (599-660).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

methods. Therefore, in the long run, the existence of ODR-infused judicial procedures may be deemed essential for adequate access to justice. In this context, we tried to rethink the Turkish civil litigation system in this article in the light of ODR approach. It should be stressed that technology cannot solve all the problems of the judiciary. However, if technology can be applied properly and carefully, eventually it would be possible to find solutions for some of the structural flaws inherent in the current Turkish civil litigation system. As in many legal systems around the world, the length of court proceedings and the difficulty of accessing legal information affect the Turkish legal system. Developments in the area of online dispute resolution can make a significant contribution to solving these problems. For this reason, it is important to rethink judicial procedures in the light of ODR methods.

Keywords: Access to Justice, Turkish Civil Litigation System, National Judiciary Informatics System, Digitization, Transformation.

Özet

Günümüzde çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerine (ODR) ilişkin dünya genelinde önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Bu gelişmeleri, alternatif uyuşmazlık çözüm (ADR) yöntemlerine benzer yeni bir hareket olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla ileride çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden beslenen yargı usullerinin varlığı, adalete erişim için zorunlu görülebilir. Bu nedenle bu makalede, Türk hukuk yargılama sistemini çevrim içi uyuşmazlık çözümleri ışığında yeniden düşünmeye çalıştık. Teknoloji, yargı sisteminin tüm sorunlarını çözemez fakat teknolojik gelişmeler doğru ve dikkatli bir şekilde uygulanabilirse, mevcut Türk medeni yargılama sisteminin yapısal sorunlarından bazılarına çözüm bulmak mümkün olabilir. Dünyadaki birçok hukuk sisteminde olduğu üzere, yargılama sürelerinin uzunluğu ve hukuki bilgiye erişimin zorluğu Türk hukuk yargılamasını da etkilemektedir. Çevrim içi uyuşmazlık çözümleri alanında yaşanan gelişmeler bu sorunların çözümünde önemli katkılar sağlayabilir. Bu nedenle makalemizde, Türk hukuk yargılamasının teknolojik gelişmelerden yararlanılarak nasıl daha etkili ve verimli hale getirilebileceği üzerinde durmaya çalıştık. Bu yönde bir çabanın Türk medeni usul hukukunda adalete erişim açısından önemli sonuçlar doğurabileceği kanaatindeyiz.

Anahtar kelimeler: Adalete Erişim, Türk Hukuk Yargılama Sistemi, UYAP, Dijitalleşme, Dijital Dönüşüm.

INTRODUCTION

Efforts to integrate digitalization into the Turkish justice system began many years ago. One of the most important parts of these efforts is the

National Judiciary Informatics System (UYAP)¹. As a judicial digitization project, UYAP has been used in Turkish courts since the early years of the millennium². Thus, the Turkish judiciary has considerable experience and history in court digitization. However, in order to truly utilize technology in the judicial process, it is important to have a comprehensive, innovative and holistic approach to the implementation of technology in civil courts. In this context, recent developments in the field of Online Dispute Resolution (ODR) provide important ideas and insights into the potential role of digital technologies. Our aim in this article is to formulate concrete proposals for restructuring the Turkish civil justice system in light of the ODR movement³. As a result, we hope that it would be possible to significantly improve access to justice in Turkish civil litigation.

I. ONLINE DISPUTE RESOLUTION

A. The Concept and Brief History Of ODR

As a new approach to dispute resolution, ODR emerged with the advent of the World Wide Web in the 1990s⁴. By connecting the world through a single medium, the internet provided new and important opportunities for cross-border commerce. Large e-commerce companies such as

-
- 1 <https://www.uyap.gov.tr/> , accessed 27 June 2024. In the rest of the article, Turkish abbreviation of the National Judiciary Informatics System (In Turkish *Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi/UYAP*) will be used.
 - 2 <https://www.uyap.gov.tr/>, accessed 27 June 2024. The language of this web page is the Turkish. It can be read in English with the help of Google Translate.
 - 3 For some similar basic proposals in Turkish about UYAP see: Barış **Mıdık**, “Teknolojik Gelişmeler Işığında Hukuk Yargılamasını Yeniden Düşünmek: Otomasyondan Köklü Dönüşüme (Rethinking the Civil Justice System According to Technological Developments: From Automation to Transformation) (*Köklü Dönüşüm*)”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Kocaeli University Law Faculty Journal), Issue 25/26, 2022, pp. 63-104.
 - 4 Colin **Rule**, Online Dispute Resolution for Business, B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts (*ODR For Business*), Jossey-Bass, 2002, pp. 21; Barış **Mıdık**, Sorularla Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (*Sorular*), On İki Levha Yayıncılık, First Edition, 2021, pp. 5; Seda **Özmumcu**, “Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları (Online Arbitration and its Applications in the Context of Online Dispute Resolutions in the World and Our Country)”, (in Turkish), İstanbul Law Journal, Volume 78, Issue 2, 2020, pp. 431; Tolga **Akkaya**, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, in Dijital Çağda Medenî Yargı 2022’den Bakış, (editor: Muhammet Özkes) içinde, Adalet Yayınevi, Ankara, Aralık 2022, pp. 275-326.

eBay and Amazon began to operate globally. To ensure consumer confidence, e-commerce companies needed to resolve disputes quickly and inexpensively⁵. At this point, the traditional court system and alternative dispute resolution (ADR) methods were insufficient due to time and cost barriers⁶. It was therefore necessary to invent new dispute resolution methods suitable for use on the internet. Initially, face-to-face ADR methods were carried out on the internet⁷. This could be considered an early application of a type of ODR⁸. In the following years, the scope and types of ODR methods expanded⁹. In particular, large e-commerce companies have automated their dispute resolution systems as much as possible using the experience gained from early ODR practices¹⁰. In addition, innovative software designed specifically to facilitate dispute resolution processes, such as Cybersettle and Smartsettle, furthered the development of the ODR field¹¹. These developments gave rise to the concept and practice of ODR.

Despite the emergence of ODR methods in the 1990s, the integration of ODR into the public justice system is a relatively new idea¹². For example, the European Union Online Dispute Resolution platform only began operating in 2016¹³. The Civil Resolution Tribunal (CRT) of British Columbia, Canada, established well before the COVID-19 pandemic, is

5 Ethan **Katsh**, Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice, Technology And The Internet Of Disputes*, Oxford University Press, 2017, pp. 10.

6 **Rule**, *ODR For Business*, pp. 4-7; **Midik**, Sorular, pp. 3; **UNCITRAL** Technical Notes On Online Dispute Resolution, 2016, Article 8, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf accessed 5 July 2024.

7 **Akkaya**, pp. 308.

8 Pablo **Cortes**, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union (ODR)*, Routledge, 2011, pp. 53; Ignacio Oltra **Gras**, "Online Courts: Bridging the Gap Between Access and Justice", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Volume 10, Issue 1, 2021, pp. 34.

9 **Gras**, pp. 34.

10 **Katsh/Rabinovich-Einy**, pp. 10-11 and pp. 34-36.

11 **Civil Justice Council**, *Online Dispute Resolution Advisory Group, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims*, February 2015, pp. 15; <https://www.smartsettle.com/>, <https://www.cybersettle.com/>, accessed 5 July 2024.

12 To learn more about some examples of public/judicial ODR in Turkish, see: **Akkaya**, pp. 311-314.

13 For the EU ODR Platform see: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.complaints.screeningphase>, accessed 5 July 2024.

the first example of ODR integration into the public justice sector¹⁴. In the United Kingdom, “Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims” was published by the Civil Justice Council in February 2015¹⁵. However, it is not an exaggeration to say that without the pandemic, ODR would not have reached the current level of impact on the transformation of justice systems. Following the COVID-19 pandemic, public awareness of ODR has grown rapidly¹⁶. Today, the term ODR encompasses a wide range of online dispute resolution methods, including the digitization of adjudication processes¹⁷. Many judicial systems around the world are seeking to alleviate their chronic problems by taking advantage of digital

-
- 14 <https://civilresolutionbc.ca/> accessed 5 July 2024; Shannon **Salter**, “Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia’s Civil Resolution Tribunal”, Windsor Yearbook of Access to Justice, Issue 34, 2017, pp. 114; Dierle **Nunes**, A technological shift in procedural law (from automation to transformation): can legal procedure be adapted through technology?, Civil Procedure Review, Volume 11, No 3, 2020, pp. 27.
 - 15 <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf> accessed 05 July 2024.
 - 16 Michael **Fang**, “Has COVID-19 Turned “ODR” into the “Only Dispute Resolution” Available?”, <https://odr.info/files/china.pdf> accessed 30 July 2024; Designing the Future of Dispute Resolution THE ODR POLICY PLAN FOR INDIA, **The NITI Aayog Expert Committee on ODR**, October 2021, pp. 16; It is stated that after the Covid 19 pandemic, it will be inevitable to think the ODR methods and the traditional dispute resolution system together in Turkey. See: **Özmumcu**, pp. 435; According to **Öztek**, the ODR methods will have an impact on the civil litigation system of Turkey in the future. See: Selçuk **Öztek**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi İle Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler/Some Thoughts on the Amendments Made by Law No. 7251 to Article 28 of the Code of Civil Procedure on the Principle of Publicity and Article 149 on the Conduct of Hearings by means of Audio and Video Transmission or in Another Place”, (in Turkish), Adalet Dergisi, Issue 66, 2021/1, pp. 663.
 - 17 **Cortes**, ODR, pp. 54; **Salter**, pp. 113; Also see: Ayelet **Sela**, “Streamlining Justice: How Online Courts Can Resolve The Challenges Of Pro Se Litigation”, Cornell Journal of Law and Public Policy, Issue 26, 2016, pp. 331-388; “... rather than exporting cases from the courts into the fledgling ODR industry, why not import techniques from ODR and make them part of the court system?.... If ODR held such great promise, why not embrace these technologies, with a view to widening and improving court service and, in turn, increasing confidence in the public courts and the rule of law.”, Richard **Susskind**, Online Courts And The Future Of Justice, Oxford University Press, 2019, pp. 97; Doron **Menashe**, “A Critical Analysis Of The Online Court”, University of Pennsylvania Journal of International Law, Volume 39, No: 4, 2018, pp. 933.

technologies¹⁸.

B. Examples of The Integration Of ODR Into The Public Justice System

In order to effectively use ODR methods in the Turkish civil procedure, it would be helpful to review some important examples of public ODR systems. In the following, we will discuss and summarize the public ODR projects implemented by the Province of British Columbia in Canada, the United Kingdom, the European Union and China. It should be emphasized that public ODR initiatives implemented to improve access to justice are not limited to these projects. However, a review of these examples would be sufficient to understand the main features, advantages and disadvantages of ODR. After the review, it will be possible to analyze the Turkish civil procedure in the light of the existing ODR systems.

1. The Civil Resolution Tribunal

The British Columbia Civil Resolution Tribunal (CRT) is not a formal civil court¹⁹. However, as an administrative tribunal, it deals primarily with civil disputes²⁰. Notably, the CRT is the first national judicial body in the world to integrate ODR into its dispute resolution process²¹. Using

18 For example see: **Civil Justice Council**, ONLINE DISPUTE RESOLUTION FOR LOW VALUE CIVIL CLAIMS Online Dispute Resolution Advisory Group, February 2015, pp. 3-34; Designing the Future of Dispute Resolution THE ODR POLICY PLAN FOR INDIA, **The NITI Aayog Expert Committee on ODR**, October 2021; Hiroki **Habuka**/Colin **Rule**, “The Promise and Potential of Online Dispute Resolution in Japan”, International Journal on Online Dispute Resolution, Volume 4, Issue 2, 2017, pp. 74-90; **American Bar Association Center For Innovation**, Online Dispute Resolution In The United States, September 2020, pp. 1-16; Guidelines of the Committee of Ministers of the **Council of Europe** on online dispute resolution mechanisms in civil and administrative court proceedings (*ODR Mechanisms In Court Proceedings*), 16 June 2021; **European Bank for Reconstruction and Development**, From digitisation to digital transformation: A case for online courts in commercial disputes? (*Online Courts In Commercial Disputes*), Draft Discussion Paper, October 2020; **Inter-American Development Bank**, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, Discussion Paper No: IDB-DP-761, April 2020; **Gras**, pp. 24-51; For a detailed assessment of the proposed online court in England, see: **Menashe**, pp. 921-953.

19 <https://civilresolutionbc.ca/> accessed 6 July 2024; E. Gökçe **Karabel**/Dilek **Aydemir**, “Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından Çevrimiçi Yargılama ve Yapay Zekanın Kullanımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 29, S. 1, 2023, pp. 536.

20 **Karabel/Aydemir**, pp. 536.

21 **Salter**, pp. 114.

a partially automated online platform and new approaches, the CRT seeks to provide affordable and accessible dispute resolution services. In doing so, it aims to improve access to justice for many civil disputes. By encouraging a collaborative approach between the parties, the CRT's primary goal is to resolve disputes amicably and remotely in the early stages of the process²². Within this framework, it divides the dispute resolution process into sequential steps and gives the parties control over the resolution and outcome of the dispute in the early stages.

To resolve disputes arising from the sharing of intimate images, motor vehicle accidents, small claims, strata property, corporations and cooperatives, parties can apply to the CRT through its dedicated webpage²³. As a first step in the dispute resolution process, parties should use the Solution Explorer, which provides free legal information on various types of disputes. It can be used by both the claimant and the respondent without paying a fee. By using the Solution Explorer, potential litigants can develop a legal understanding of their disputes and possible solutions, remedies and options. At the end of the free legal information phase, the parties have the opportunity to negotiate directly online through CRT's confidential and secure platform. If the negotiation phase ends without a resolution, a third party, an independent tribunal member, will enter the stage and attempt to help the parties. Finally, the arbitrator will issue a binding decision on the dispute. During the dispute resolution process, the parties to the dispute and the third party will use the CRT platform and other electronic communication tools, unless there are exceptional situations where face-to-face interaction is necessary. The agreements reached by the parties may be enforced in a manner similar to the binding decisions of the members of the Tribunal²⁴.

The growing number of self-represented parties in Western countries is one of the most important driving forces behind the growing interest in ODR²⁵. With the help of ODR methods and approaches it is expected that parties will be able to resolve many disputes (especially small claims) on their own²⁶. In this context, one of the important objectives of the CRT is to provide parties with a dispute resolution service without the need for a

22 <https://civilresolutionbc.ca/crt-process/> accessed 11 July 2024.

23 <https://civilresolutionbc.ca/crt-process/> accessed 6 July 2024.

24 <https://civilresolutionbc.ca/crt-process/> accessed 6 July 2024.

25 See generally: **Sela**, pp. 331-388.

26 **Sela**, pp. 345-346.

lawyer, thus improving access to justice²⁷. In other words, instead of designing public dispute resolution forums for lawyers and public officials, CRT uses ODR to reach out to ordinary individuals. As Shannon Salter, the CRT's first chair, concisely put it, "*Put the public first.*"²⁸ In this regard, the CRT rules clearly explain that parties must obtain permission if they need a representative²⁹. In addition, the CRT has the right to terminate representation at any time, depending on the circumstances of the case³⁰. Considering these rules, together with the general design and operation of the CRT, it can be concluded that the CRT is an early and evolving example of the idea of helping unrepresented parties through ODR³¹.

2. Online Money Civil Claim Pilot Project

The Online Money Civil Claim (OCMC) project³² was launched in 2017, as part of the UK's wider digitization efforts³³. In the framework of the report "Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims" published by the Civil Justice Council ODR Advisory Group in 2015, the OCMC aimed to implement the recommendations of the report in practice, step by step³⁴. It was inspired by private and public ODR initiatives such as Cybersettle, Smartsettle, the Civil Resolution Tribunal, E-Bay and the Traffic Penalty Tribunal³⁵. Subsequently, Lord Justice Briggs devoted significant attention to the proposed new online court model in his interim and final reports on the structure of the UK civil courts in December 2015

27 Salter, pp. 122-125 and pp. 113.

28 Salter, pp. 113.

29 Civil Resolution Tribunal, Standard Rules, effective February 20, 2024, Rule 1.16 (1).

30 Civil Resolution Tribunal, Standard Rules, effective February 20, 2024, Rule 1.16 (10).

31 Salter, pp. 118-120.

32 <https://www.gov.uk/make-court-claim-for-money/make-claim> accessed 11 July 2024.

33 "*The Government is committed to investing more than £700 million to modernise courts and tribunals ...*", Transforming Our Justice System, By the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, Ministry of Justice, pp. 3, <https://www.gov.uk/government/publications/transforming-our-justice-system-joint-statement> accessed 11 July 2024; Karabel/Aydemir, pp. 540.

34 <https://www.judiciary.uk/related-offices-and-bodies/advisory-bodies/cjc/previous-work/disputeresolution/online-dispute-resolution/odr-advisory-group/>, accessed 11 July 2024.

35 Civil Justice Council, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 11-16.

and July 2016, respectively³⁶. As a pilot project, it was planned to be completed earlier, but during the process, the deadline of the project was delayed³⁷. As of August 7, 2024, the OCMC website is still in operation.

The Civil Justice Council's ODR Report divides the civil dispute resolution process into three stages: Online Evaluation, Online Facilitation, and Online Judges³⁸. The online evaluation stage is intended to inform the parties about their problems, possible solutions, and methods of redress³⁹. By informing the parties early in the dispute resolution process, the goal is to reduce unnecessary claims and facilitate settlement⁴⁰. In the online facilitation phase, automated online negotiation and mediation is conducted with the assistance of an expert third party in an effort to reach a settlement⁴¹. In order to enable the parties to reach a settlement, a very low court fee is provided for the second stage compared to the third stage. There is no legal obligation for the parties to settle the dispute at this stage, but it is envisaged that in many disputes a common solution will be reached as part of the mediation efforts. If the dispute is not resolved amicably, the online adjudication process will begin and the final, binding and enforceable decision will be issued by the judge⁴². Part-time and full-time judges will be assigned to the final stage of the online court and will perform their duties primarily over the Internet. In appropriate cases, the ad-

36 Lord Justice **Briggs** (Judiciary of England and Wales) Civil Courts Structure Review: Interim Report (*Interim Report*), December 2015, pp. 75; Lord Justice **Briggs** (Judiciary of England and Wales), Civil Courts Structure Review: Final Report (*Final Report*), July 2016, pp. 36.

37 “*The pilot is to run from 7th August 2017 to 1 October 2024.*”, Practice Direction 51R – Online Civil Money Claims Pilot, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-51r-online-court-pilot#1> accessed 11 July 2024.

38 **Civil Justice Council**, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 19-20; **Karabel/Aydemir**, pp. 540.

39 **Civil Justice Council**, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 19.

40 **Civil Justice Council**, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 19.

41 **Civil Justice Council**, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 20.

42 **Civil Justice Council**, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 20.

judication process will be conducted entirely online. The adjudication process may be conducted partially online if the nature of the dispute so requires⁴³.

In order to use the OCMC, the unrepresented claimant's claim should be for money only and the amount in dispute should not exceed £10,000. On the home page of the OCMC project, there are general explanations about how to file a claim, court fees, mediation, the enforcement phase, and so on. When claimants click on the "Make a money claim" button, the OCMC eligibility test opens. In this test, the OCMC attempts to assess, through simple questions and answers, whether or not the dispute is suitable for the system⁴⁴. For example, if an unrepresented claimant indicates that their claim is for more than £10,000, the OCMC web page will issue a warning and redirect the claimant to the old MCOL system⁴⁵. The interactive Q/A system follows the logic and example of the CRT Solution Explorer. It is designed to make the system accessible and manageable for non-lawyer users⁴⁶.

3. Developments in the Chinese Legal System

a. Internet Courts

China has been implementing important innovations regarding online

43 **Civil Justice Council**, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, pp. 20; *"Only as a measure of last resort, if the case proves to be complex or an appeal filed, there is a face-to-face trial."*, **Menashe**, pp. 926.

44 <https://www1.moneyclaims.service.gov.uk/eligibility> accessed 13 July 2024.

45 <https://www1.moneyclaims.service.gov.uk/eligibility/not-eligible?reason=claim-value-over-100ni00> accessed 13 July 2024.

46 According to the latest data shared by the OCMC, from the starting point in 2017 to 27 February 2024, the OCMC dealt with 472,000 claims from unrepresented claimants. While 95% of claimants were satisfied with the online services of the OCMC, of the defendants only 66% rated OCMC in a same way. Almost half of the mediation sessions was successful during the year of 2023. Moreover, during the same year an average duration for preparing a directions order was 9.2 weeks instead of 29 weeks in traditional paper cases. Although its main aim is to simplify and accelerate dispute resolution system for un-represented parties, the OCMC has provided a forum for represented parties in certain conditions. It should be pointed out that the extent of the OCMC pilot project will be expanded in the near future by including claims higher than £25,000. See: Fact sheet: Online Civil Money Claims Updated 27 February 2024, <https://www.gov.uk/government/publications/hmcts-reform-civil-fact-sheets/fact-sheet-online-civil-money-claims> accessed 11 July 2024.

resolution of disputes⁴⁷. Since 2017, three internet courts have been established in Hangzhou, Beijing and Guangzhou⁴⁸. The jurisdiction of the internet courts mainly consists of disputes arising from private digital transactions. Disputes arising from contracts concluded through e-commerce platforms or the performance of online purchase contracts, online service contracts where all acts of formation and performance are to be completed online, financial credit contracts and low value contracts where all acts of formation and performance are to be completed online, and the attribution of copyright and related rights to works first presented on the Internet are some of these disputes falling within the jurisdiction of internet courts⁴⁹. In the past, these disputes were resolved by the various first-instance courts in China. With the introduction of internet courts, they began to be resolved by the internet courts. Therefore, the internet courts in Hangzhou, Beijing and Guangzhou can be regarded as an experimental first-instance court in China⁵⁰.

Since the traditional court system is inefficient for most of the e-commerce disputes, the internet courts aim to ensure the quick and cheap resolution of e-commerce disputes through digital means⁵¹. Therefore, a de-

47 Chen **Xi**, “Asynchronous Online Courts: The Future of Courts?”, *Oregon Review of International Law*, Volume 24, 2023, pp. 58; **Susskind**, pp. 170-172; Meirong **Guo**, “Internet court’s challenges and future in China”, *Computer Law & Security Review* 40 (2021), pp. 1-13.

48 **Xi**, pp. 58 and pp. 63; **Guo**, pp. 1-3.

49 For a complete list of the jurisdiction of the Internet courts, see: Article 2 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts, <https://www.chinalawtranslate.com/en/the-supreme-peoples-courts-provisions-on-several-issues-related-to-trial-of-cases-by-the-internet-courts/> accessed 26 March 2025.

50 See: “*Unlike the CRT or the MCOL, which primarily deal with small claims, the Hangzhou Internet Court has jurisdiction over nine types of cases, and all are closely related to the Internet. It has actual jurisdiction over both civil and administrative cases, and the value restriction of a dispute is the same as other primary courts in China.*”, **Xi**, pp. 59; “*Internet courts are by no means online versions of conventional courts; online adjudication represents a completely new type of adjudication mechanism.*”, **Guo**, pp. 4.

51 It was explained that the internet courts are successful in achieving their goals. See: Guodong Du, *Beijing Internet Court’s First Year at a Glance: Inside China’s Internet Courts Series -05*, 19 October 2019, <https://www.chinajusticeobserver.com/a/beijing-internet-courts-first-year-at-a-glance> accessed 31 March 2025; “*As of 30 April 2018, the Hangzhou Internet Court handled a total of 7,771 Internet-related disputes and closed 4,798 cases. The average time of a trial was 25 minutes, and the average trial*

fault option in the internet courts is to carry out all legal proceedings digitally⁵². Filing of a case, exchange of petitions and evidence, mediation meetings, hearings, announcement of verdicts are performed through internet litigation platform⁵³. However, based on the request of parties or a necessity, some judicial proceedings can be conducted face to face in the courtroom⁵⁴. For example, if there is a real need to verify the identity of the parties, the court may hold a physical hearing⁵⁵.

The internet litigation platform plays an important role in the fully online functioning of internet courts. The internet litigation platform is a digital platform created by courts for the purpose of conducting court proceedings digitally⁵⁶. Courts, parties, and other litigants use this platform to perform judicial proceedings during litigation process. The parties concerned will obtain case information and related case materials and perform judicial proceedings through the internet litigation platform⁵⁷. Accordingly, after the lawsuit has been initiated, the internet court shall notify the parties concerned for to realize the identification verification through the internet litigation platform. In this notification, the court may use any available communication method depending on the information provided by the plaintiff such as phone call and fax⁵⁸.

period was 46 days, which saved between a quarter and three-fifths of the time compared with the traditional trial mode. A total of 98.5% of the cases are close in the first instance without an appeal. The amount of disputed loan is not more than 500,000 yuan (El = 8.6 yuan). Thanks to legal technology, all of the cases were litigated under just six judges.”, Fang **Xuhui**, “Recent ODR Developments in China”, International Journal of Online Dispute Resolution, Issue 2, 2017, pp. 34.

52 See: “*In brief, the basic principle of online court is that the whole process is online.*”, **Guo**, pp. 2.

53 Article 1 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts; **Midik**, Sorular, pp. 75.

54 Article 1/2 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts.

55 Typically, technological methods are used to verify identity, such as comparing identity documents. See: Article 6 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts.

56 Article 5 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts.

57 Article 8/2 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts.

58 See: Article 8/1 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts: “After Internet Courts accept a case, they may use **cell phone numbers, faxes, e-mail addresses, instant messenger accounts, and so forth** as provided by the plaintiff, to notify the defendant or third

Another noteworthy regulation concerning the operation of Internet courts is related to the service of documents and evidence materials. Upon the consent of the parties, the internet courts shall use electronic means for the service of documents and evidence materials. “ *China Trial Process Information Disclosure Network, the litigation platform, mobile phone text messages, fax, e-mail, and instant messenger accounts* ” as an example of possible electronic means⁵⁹. On the other hand, where there is no clear consent of the parties, but they “ ... *accept already completed electronic service through confirming receipt or taking corresponding procedural action, and do not clearly express disagreement with electronic service...* ” it has been deemed as a legally valid consent⁶⁰. The judge could also serve the judgment electronically, after obtaining the consent of the parties and informing them of their rights and obligations⁶¹.

b. Online Litigation Rules

As explained above, the internet courts have been regarded as a testing ground for important innovations in China’s litigation system. Therefore, based on the experience of the internet courts, more far-reaching steps have been taken in the Chinese legal system⁶². In this context, the Online Litigation Rules of the People’s Courts (OLR) were promulgated in 2021⁶³. OLR is a general law that regulates online dispute resolution, mainly for the civil and administrative judicial system⁶⁴. According to Article 3 of the OLR, in civil and administrative cases, the courts should consider whether the case is suitable for online litigation. Online litigation is also

parties to conduct identify verification related to the case through the litigation platform.”

59 Article 15/1 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts; The remote communication tools are also used for notification in the Civil Resolution Tribunal. See: **Karabel/Aydemir**, pp. 537.

60 Article 15/2 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts.

61 Article 15/3 of The Supreme People’s Court’s Provisions on Several Issues Related to Trial of Cases by the Internet Courts.

62 **Xi**, pp. 63-64; **Wei Gao/Lu Xu**, *Online Courts in China: A New Hybrid Model for Access to Justice*, ResearchGate Website, pp. 12-13, https://www.researchgate.net/publication/377272212_Online_Courts_in_China_A_New_Hybrid_Model_for_Access_to_Justice accessed 31 March 2025.

63 **Xi**, pp. 63; **Gao/Xu**, pp. 12.

64 See: <https://english.court.gov.cn/pdf/OnlineLitigationRulesofthePeople’sCourts.docx> accessed 31 March 2025.

partially applicable to criminal cases⁶⁵. However, the main purpose of the Law is to regulate the online resolution of civil and administrative disputes⁶⁶.

There are five basic principles governing the conduct of online litigation by the courts: The principle of impartiality and efficiency, the principle of legality and voluntariness, the principle of protecting the rights of the parties, the principle of providing convenience to the people, the principle of security and reliability (Article 2 of OLR). Among these principles, the principle of voluntariness and the principle of providing convenience to the people are particularly noteworthy. As a requirement of the principle of voluntariness, the parties and other relevant participants in a case have the right to choose between the online and offline litigation methods. The court shall not apply online litigation in whole or in part without the consent of the parties or other relevant participants (Article 2/2 of the OLR)⁶⁷. The principle of convenience to the people means that the courts should reduce the cost of litigation and improve the efficiency of dispute resolution by implementing and promoting information technology. In this context, special attention must be paid to members of vulnerable groups (minors, the elderly, the disabled, etc.). In order to facilitate the litigation process for the members of vulnerable groups, the court must provide more support, guidance and convenience for them (Article 2/4 of the OLR).

According to Article 1 of the OLR, the Chinese courts, the parties and other relevant participants may use the electronic litigation platform during the litigation⁶⁸. The electronic litigation platform may be used for the complete online resolution of disputes, or only for partial electronic conduct. In this context, the parties may carry out procedural steps such as “*case filing, mediation, exchange of evidence, inquiry, trial and service*”

65 According to Article 3/2 of the OLR, the online litigation may be applied in the criminal cases “... applicable to expedited procedure, commutation and parole cases, and other criminal cases that are not appropriate to be tried offline because of special reasons”.

66 See: Article 3 of the OLR; Also see: “*Instead of any gradual expansion, online courts now comprehensively encapsulate all civil and administrative litigation in all 3,502 courts of China.*”, **Gao/Xu**, pp. 30.

67 “*The most notable distinction and innovation of the Chinese online courts approach is the simultaneous presentation of online and offline options as a free choice for litigants...*”, **Gao/Xu**, pp. 14.

68 The parties must register on the litigation platform with their real names. The identity of the parties should be verified by using the telephone number, ID card number, passport number, and unified social credit code (Article 7 of the OLR).

completely in digital medium or they may choose online or offline method in each step (Article 1/1 of the OLR)⁶⁹. However, the request of the parties is not a sufficient reason for the application of online litigation. In order to determine the suitability of the case for online litigation, the courts will take into account the conditions of the case, the eagerness of the parties, the technical conditions and other similar factors (Article 3 of the OLR).

As explained previously, online litigation may be applied in whole or in part. Therefore, some parts of the litigation may be conducted electronically, while other parts may be conducted in the courtroom. If the consent of the parties has been obtained for a specific judicial proceeding, the court cannot automatically extend the scope of online litigation for the remainder of the judicial process (Article 4/4 of the OLR). Similarly, if the consent of one party could not be obtained, the online litigation will be applied only to the agreed party. In this case, one party shall conduct the litigation process digitally, while the other party shall conduct it in the classical way (Article 4/4 of the OLR)⁷⁰.

When the plaintiff files a lawsuit on the electronic litigation platform, the court shall evaluate whether the lawsuit meets the requirements for online litigation. If the result of the assessment is positive, the court shall notify the defendant and other related parties of the lawsuit (Article 9-10 of the OLR). Through the notification, the court shall seek consent for online litigation. If the related party has given consent, he/she shall enter the litigation platform and verify his/her identity within three days. If the parties have consented, they shall participate in the judicial proceedings through the litigation platform. The information on the progress of the case, the receipt and submission of the case materials and the performance of other procedural acts shall be realized through the platform (Article 10/1 of the OLR).

In order to facilitate the workflow during the online litigation process, the OLR accepts the digital information submitted by the parties as legally valid, unless the other party objects to the authenticity of the digital information based on reasonable grounds. If an objection is raised, the court must order the parties to present the original documents or objects⁷¹. Therefore, unless an objection is raised, the parties don't have to present the

69 Gao/Xu, pp. 17-18.

70 See: *"To give a simple example, if the claimant of a case prefers to have an online court hearing but the defendant wants to appear in person, the outcome will be a hybrid court hearing..."*, Gao/Xu, pp. 18.

71 See: Article 12/1 of the OLR and Article 13/1 of the OLR.

original documents in the litigation⁷². As this rule reduces the paper-based workflow during litigation, it is significant both in terms of moving case management from the physical world to the digital world and in terms of reducing the cost of litigation. In this regard, in order to submit a petition to the court, the parties may directly use online sections and forms in the litigation platform or convert paper documents into electronic format⁷³. The parties may also transfer the online information from the other digital medium linked to the litigation platform⁷⁴. Litigation documents (*“statement of claim, statement of defense, statement of counterclaim”*, etc.) may be submitted to the court in any of the ways described (Article 11 of the OLR).

In the civil and administrative cases, where the online litigation is applied, the court may also realize the trial through the electronic litigation platform (by audiovisual transmission). The courts will decide on the suitability of the case for online hearing by evaluating all related factors, including the eagerness of the parties, conditions of the litigation, social impact of the case and the technical circumstances (Article 21 of the OLR). However, in some cases, the hearing cannot be held remotely. For example, if all the parties involved object to the online hearing, or one of the parties objects based on legitimate reasons, the offline hearing must be conducted. Similarly, in cases that are so complex in factual and legal dimensions that the online court hearing is not sufficient for the proper resolution of the dispute, the hearings shall be conducted offline⁷⁵. Finally, it should be noted that, except for some limited situations, the online hearings may be observed by the public⁷⁶.

4. European Union Online Dispute Resolution Platform

In order to provide easy, fast and cheap out-of-court dispute resolution service to consumers in the EU, the European Union ODR Platform was

72 See: Article 12/1 of the OLR and Article 13/1 of the OLR.

73 See: Article 11/1 and Article 11/2 of the OLR.

74 See: “If the litigation materials are in the form of electronic data and are preserved in another platform which has been connected to the litigation platform, the parties may submit such data to the litigation platform directly.”, Article 11/2 of the OLR.

75 In any of the circumstances listed in Article 21 of the OLR, the online trial does not apply.

76 See: “For a case involving national security, State secrets or personal privacy, the court trial shall not be publicized on the Internet. For civil cases involving the minor, trade secrets or divorce, if the parties concerned apply for non-public trial, the online trial may not be publicized on the Internet.”, Article 27/2 of the OLR.

established in February 2016⁷⁷. Legally, it was built upon the basis of the *EU Regulation on consumer ODR* which was in effect from 2013⁷⁸. Consumers who have dispute with online traders in the EU can apply to the ODR Platform to resolve their disputes⁷⁹. Despite the fact that the ODR Portal is not a part of the EU judicial system, as it provides an alternative forum for online consumer disputes across the EU, it may be regarded as an important public dispute resolution system⁸⁰. For this reason, it is an example of a significant international development which reflects the awareness level related to the integration of the ODR into the public justice systems⁸¹. As a country having close economic and legal relationships with EU, the ODR Portal provides some useful insights for Turkey in terms of effectively benefiting from ODR in the judicial system.

According to the EU Regulation on consumer ODR, consumers who live in one of the EU countries and make online transactions from his own country or from another EU country can use the ODR Platform in all official languages of the Union⁸². It should be noted that disputes arising from face-to-face transactions are excluded from the scope of the EU ODR Portal⁸³. Furthermore, there is no legal obligation for consumers to apply to

77 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0524> accessed 16 July 2024.

78 Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R0524> accessed 16 July 2024.

79 See: Article 1 and 2 of the EU Regulation on consumer ODR.

80 For more detailed information on the legal basis and the functioning of the EU ODR Portal, see: Emma van **Gelder**, “The EU Approach to Consumer ODR”, *International Journal of Online Dispute Resolution* 2019 (6) 2, pp. 219-226; Amy J. **Schmitz**, “Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives”, *Buffalo Law Review*, Volume 67 Number 1, 1-1-2019, pp. 11-12 and pp. 137-140; Xandra E. **Kramer**, *Access to Justice and Technology: Transforming the Face of Cross-Border Civil litigation and Adjudication in the EU*, (in: *Karim Benyekhlef, Jane Bailey, Jacquelyn Burkell and Fabien Gelinas (Ed), eAccess to Justice (University of Ottawa Press, 2016)*, pp. 361-362.

81 “It is to be hoped that the ODR platform will function well and that potential users will find their way to it in order to have an added value to the existing plethora of national ADR systems and—limited—ODR mechanisms, and to the traditional or partially online court procedures.”, **Kramer**, pp. 362.

82 See: Article 1 and 2 of the EU Regulation on consumer ODR; Para. 11, in Preamble.

83 See: Article 1, 2 and 3 of the EU Regulation on consumer ODR, Para. 15 in Preamble; See: “... the platform should allow users to submit a complaint even when they bought

the EU ODR Platform, thus they can choose to either use the ODR platform or file a lawsuit at court⁸⁴. However, traders have to put their e-mail address and the link of ODR Platform in their web site in order to inform consumers⁸⁵ but at the same time, paradoxically, when consumers initiated a claim in the system, traders don't have to participate in the ODR process⁸⁶.

The EU ODR Portal has an interactive web site comprising necessary information about online sales, services and out-of-court resolution methods⁸⁷. Consumers who have claims against traders can apply to the ODR Portal by completing an electronic complaint form and submitting it to the ODR Portal⁸⁸. Following the submission of the claim electronically, parties have the opportunity for direct negotiation by sending documents to each other related to the dispute via the ODR Portal⁸⁹. Besides that, by choosing an ADR body together they may want to benefit from dispute resolution services of the impartial and independent ADR institutions. Parties and the third party ADR provider can use the electronic case management system of the ODR Portal. Neither parties nor the ADR entity shall pay for the electronic case management system of the ODR Portal; it is a system that is free of charge⁹⁰. However, the third party ADR provider may want a fee in return for their dispute resolution service. As each ADR body may set their own prices, there is no common pre-determined fee for the ADR services⁹¹. As noted earlier, traders are free to choose whether they will participate in the process or not, if their participation doesn't exist then there is no legal or financial sanction in response. If parties have

something offline at least for domestic disputes.”, Serkan **Kaya**, “Access To Justice For Consumers In Turkey: The Need For Enhancing Consumer Dispute Resolution Through Online Dispute Resolution”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 26, Issue 1, 2022, pp. 242.

84 See: Para. 26, in Preamble.

85 See: Para. 30, in Preamble; For example, necessary information on the EU ODR Platform has placed by the Microsoft in their website. See: <https://www.microsoft.com/en-us/legal/arbitration/eu-odr> accessed 07 August 2024.

86 **Kaya**, pp. 237.

87 Article 5 of the EU Regulation on consumer ODR; Para. 15 in Preamble.

88 Para. 15 in Preamble; Article 5 of the EU Regulation on consumer ODR.

89 Para. 15 in Preamble.

90 Article 5 of the EU Regulation on consumer ODR; Para. 15 in Preamble; But during the dispute resolution process, ADR body is free whether to use the electronic case management system or not (See: Para. 15 in Preamble); **Kramer**, pp. 361.

91 **Kaya**, pp. 236; “*The E.U. ADR Directive requires that procedures should “preferably be free of charge” or limited to only a nominal fee for the consumers.*”, **Schmitz**, pp. 138.

agreed on an ADR entity in order to resolve the dispute, the ADR body must end the process by a maximum of 90 days after the referral of the dispute to them.

According to the EU Report dated 17 October 2023, the effect of the EU ODR Portal has been limited across the EU⁹². Since the beginning, the usage level of the Portal has not changed meaningfully. Traders especially do not participate in the dispute resolution process. The Report explains that the main reason for the failure of the Portal is speedy development of the online marketplaces and their effective electronic complaint-handling systems. Most consumers resolve their disputes directly with these complaint-handling systems. Based on this, it was suggested that the EU ODR Portal should not be maintained in the future since it leads to significant cost for Union⁹³. In this context, as of 19 July 2025 the EU ODR portal will be discontinued⁹⁴.

Although not mentioned in the report, the voluntary nature of the EU ODR Platform may be another reason for the parties' lack of interest in the system⁹⁵. In fact, Shannon Salter, the first chair of the CRT, had been made a similar point in relation to the CRT of British Columbia⁹⁶. The CRT was originally intended to be a voluntary tribunal. However, legislation was enacted to make it mandatory to apply to the CRT for cases under its jurisdiction⁹⁷. Similarly, Kaya suggested that in order for ODR to be successfully implemented in Turkey, the use of the system must be compulsory⁹⁸. In the same vein, it can be argued that the use of the EU ODR portal

92 Report on the application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, 17 October 2023, pp. 7-10.

93 EU, Report on alternative dispute resolution for consumer disputes and online dispute resolution for consumer disputes, pp. 7-10.

94 See: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show> accessed 03 April 2025.

95 See: **Kaya**, pp. 251; “*Voluntary, consensual dispute resolution was never very popular, as emerges from the investigation into the use of eKantonrechter.*”, Dory **Reiling**, “Beyond Court Digitalization With Online Dispute Resolution”, *International Journal for Court Administration*, Volume 8, No 2, 2017, pp. 5.

96 **Salter**, pp. 118.

97 **Salter**, pp. 118; “*Research by the Civil Resolution Tribunal in British Columbia and by other proposed and functioning ODR systems has shown that participation in an ODR program suffers when it is not mandatory.*”, Melisse **Stiglich** (Project Staff), *Utah Online Dispute Resolution Pilot Project (Technical Assistance Grant: Final Report)*, December 2017, pp. 10.

98 **Kaya**, pp. 251.

may be limited due to the exclusion of offline consumer disputes⁹⁹. On the other hand, the removal of the EU ODR portal would not diminish its value as an early example of a public ODR system, as ODR can now be used for the offline and high-value disputes.

II. AN OVERVIEW OF THE TURKISH CIVIL LITIGATION SYSTEM IN TERMS OF DIGITALIZATION

A. Overview of the UYAP

UYAP is the electronic filing and case management system of the Turkish judiciary. The first design efforts for the UYAP project started in 1999¹⁰⁰. After finishing local pilot projects and resolving technical problems that arose during the early period, the UYAP began to be used nationwide in 2008¹⁰¹. It connects all judicial institutions in Turkey in the same digital medium. The central and provincial organisation of the Ministry of Justice, administrative courts, civil courts and criminal courts use the UYAP system in their daily and routine work. Today, thanks to the UYAP, it is possible to file a lawsuit, view one's case file, pay court fees, send a petition and evidence to the court electronically. All the proceedings of the parties and the decisions of the courts are stored in the system¹⁰².

Article 445 of CCP defines UYAP as “... *an information system created for the purpose of performing judicial services electronically*”¹⁰³. When judicial proceedings are conducted electronically, data are recorded and stored using the UYAP. According to Art 445/2 of CCP, “*Minutes and documents required to be prepared physically within the scope of this*

99 “... *in reality there is still a considerable number of consumers involved in offline contracts, including cross-border offline contracts. It raises the question whether the scope of the ODR platform can be broadened to include offline sales or services contract.*”, Gelder, pp. 226.

100 **Ministry Of Justice**, UYAP Informatics System, January 2021, Printing House of Ankara Open Penal Execution Institution, Ankara, pp. 23-25.

101 **Ministry Of Justice**, pp. 23-25; Emre **Kıyak**, “Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2020, pp. 82.

102 General information about the UYAP can be found at: <https://uyap.gov.tr/Genel-Bilgi> accessed 03 April 2025.

103 For information regarding the use of UYAP in the different courts, see: Article 38/A of the Criminal Procedure Law No. 5271, Article 8/a of the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004, Article 31 of the Administrative Procedure Law No. 2577; For the view that a separate code should be regulated on UYAP, see: **Karabel/Aydemir**, pp. 563.

law may be prepared and sent electronically with a secure electronic signature. Minutes and documents created with a secure electronic signature shall not be sent physically and a copy of the document shall not be required". Also, "In cases where it is necessary to make a physical copy from the electronic environment, the minutes or documents shall be signed and sealed by the judge or the clerk, stating that the minutes or documents are the same as the original" (Art 445/3). Normally, the time limit for civil proceedings in the courtroom ends at the end of working hours. Contrary to the established rule, "The time limit for transactions carried out via electronic media shall expire at the end of the day" (Art 445/3).

As can be seen from the wording of Art. 445/2 and Art. 445/3, the parties are not obliged to use the UYAP in civil cases. They can file a case in court or through the UYAP, depending on their preferences or the means available to them. In order to file a case or send a petition to the civil courts, it is mandatory to have a secure electronic signature¹⁰⁴. Article 5 of the Electronic Signature Code explains that the secure electronic signature has the same legal effect as a hand-written signature. However, for judges and other court personnel, the use of the UYAP is the default option, with the exception of certain specific situations¹⁰⁵. In this context, judicial documents (minutes, decisions, etc.) are created in the electronic medium provided by the UYAP¹⁰⁶.

The UYAP system has different interfaces for different user groups, such as UYAP Lawyer Portal, UYAP Citizen Portal, UYAP Mediator Portal, UYAP Expert Portal¹⁰⁷. In order to understand the general functioning of the UYAP system, it would be beneficial to have a brief look at some of these interfaces¹⁰⁸.

104 See: Article 445 of Code of Civil Procedure No. 6100, promulgated in 2011, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> accessed 17 July 2024.

105 See: Article 5/1 and Article 5/7 of the Regulation, published in the Official Gazette of August 06, 2015, number 29437, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23615&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> accessed 03 April 2025.

106 See: Article 5/1 and Article 5/7 of the Regulation, published in the Official Gazette of August 06, 2015, number 29437, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23615&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> accessed 03 April 2025.

107 **Kıyak**, pp. 83.

108 It is worth noting that the UYAP project has been awarded many prizes from both national and international institutions. A total of twenty four awards are listed by the Turkish Ministry of Justice on the official web page of UYAP (see: <https://www.uyap.gov.tr/UYAP-Odulleri> accessed 12 July 2024).

1. UYAP Citizen Portal

The UYAP Citizen Portal is an interface of the UYAP project designed for use by ordinary individuals. Individuals can view their case files in the UYAP Citizen Portal, regardless of the type of case or the stage of adjudication. In this way, it is possible to know the status and content of the adjudication process without visiting the court building. Court fees can also be calculated and paid digitally through the UYAP Citizen Portal. Parties can update their communication and address information in the system. As can be easily understood, this kind of work is relatively simple and therefore it is possible to perform these tasks only with the e-government password.

Apart from simple actions such as viewing case files or calculating court fees, filing a case or sending a petition to the court requires a secure electronic signature in the UYAP. Without a secure electronic signature, it is not possible to file a case or send any other type of petition (objection to expert opinion, reply, etc.) to the court electronically. In other words, the e-government password only ensures that the parties can passively access the electronic archives of the courts¹⁰⁹. If a person needs to actively participate in civil court proceedings, he or she must use a secure electronic signature. Otherwise, they have to file a case or submit their petitions to the court in person.

2. UYAP Lawyer Portal

Similar to the UYAP Citizen Portal, the UYAP Lawyer Portal allows lawyers to conduct legal proceedings on behalf of their clients. Viewing their clients' case files, applying for mediation, filing lawsuits, sending petitions to the court, calculating and paying court fees, initiating enforcement proceedings against debtors, sending evidence to the courts, etc. can be done digitally. Recently, thanks to the efforts of the Ministry of Justice during the Covid 19 pandemic, it has even become possible for lawyers to participate in court hearings via videoconferencing technology. In order to access the UYAP Lawyer Portal and conduct legal proceedings on behalf of their clients through the system, lawyers must have a secure electronic signature. In practice, the UYAP Lawyer Portal has been widely used by lawyers due to the convenience it offers to the profession.

109 <https://vatandas.uyap.gov.tr/main/vatandas.jsp> accessed 20 April 2025.

3. UYAP Expert Portal

UYAP Expert Portal is specially designed for the use of experts assigned by the courts¹¹⁰. In Turkish civil procedural law, the court can appoint an expert to solve technical issues of the case that cannot be solved with the general or legal information of the judges (Art. 266 of CCP). If the expert is assigned to the case, he/she prepares a written report based on the judge's instructions and the case file. Today, experts can access case files, prepare reports and submit them to the court electronically through the UYAP Expert Portal.

4. E-Hearing System

Since 2011, parties can theoretically participate in civil court hearings via videoconferencing technology, thanks to a clear provision in Article 149 of the CCP numbered 6100¹¹¹. However, the parties had to agree on the use of e-hearing in accordance with Article 149¹¹². With the Covid-19 pandemic, Article 149 was amended to allow remote participation in civil court hearings at the request of only one party¹¹³. After the amendment, pilot projects were launched and the method of e-hearing was tested in some pre-determined courts¹¹⁴. As of March 2025, the e-hearing option is

110 <https://bilirkisi.uyap.gov.tr/giris> accessed 03 April 2025.

111 For more information on e-hearing see: Aziz Serkan **Arslan**, *Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (E-Duruşma)*, On İki Levha Yayınevi, 1. Edition, September 2023; Seda **Gayretli Aydın**, “Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, pp. 2101-2126; Serdar **Kale**, “Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, S. 25, 2013, pp. 141-155; Banu **Uluslan**, “Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma İle Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *TBB Dergisi*, 2022 (163), pp. 163-170; With regard to the relationship between open justice and the electronic hearing, see: Nedim **Meriç**/Tuğçe Arslanpınar **Tat**, *Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası*, in *Dijital Çağda Medenî Yargı 2022’den Bakış* (editor: Muhammet Özekes), Adalet Yayınevi, Ankara, Aralık 2022, pp. 211-214.

112 **Gayretli Aydın**, pp. 2114; **Kale**, pp. 146.

113 See: Article 17 of the Amending Code of Civil Procedure and Other Laws No. 7251; Also see: **Karabel/Aydemir**, pp. 563.

114 <https://bigm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-durusma-sistemi17062020040538> accessed 25 March 2025. During the implementation of e-hearing in the civil litigation system, the Ministry of Justice has launched a new website called “E-Hearing Information”. See: <https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/> accessed 25 March 2025.

available in 5185 civil courts in Turkey¹¹⁵.

The attorneys may participate in the e-hearing from their offices, from the section designated for this purpose by the bar association, and from the place designated for this purpose in the courthouse. If the lawyers will participate to the e-hearing from other places, this place must be “... *free from any kind of influence and direction, and must be of a quality that allows to observe the facial expressions, body movements, attitudes and behaviors of the person concerned, to understand his/her feelings and to listen clearly to what he/she says*”¹¹⁶. Parties may participate in e-hearings with their attorneys in the law office or other locations from which the attorney participates. If the parties (self-represented or not) participate in the hearing remotely, they must use “... *the place designated for that purpose in the courthouse or penal enforcement institutions where they are located*”¹¹⁷. For example, parties may not attend hearings remotely from their homes, while attorneys may attend if the conditions of the home meet the above criteria.

B. Consumer Information System

The UYAP is not the only digital platform in the Turkish public dispute resolution system. Another important digital tool is the Consumer Information System, which provides electronic access to consumer arbitration boards. In Turkey, consumer arbitration boards deal with consumer disputes below certain monetary limits¹¹⁸. In 2025, the monetary limit of the consumer arbitration boards is set at 149,000 Turkish Liras¹¹⁹. It should also be noted that consumer arbitration boards are not technically courts and they operate under the Ministry of Customs and Trade, not the Ministry of Justice¹²⁰. However, their decisions are binding and enforceable¹²¹.

115 <https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/e-durusma-81-ilde-5185-hukuk-mahkemesinde-uygulaniyor> accessed 25 March 2025.

116 See: Article 11/5 of the Regulation on the Conduct of Hearings By Means of Audio and Video Transmission In Civil Trials.

117 See: Article 11/2 of the Regulation on the Conduct of Hearings By Means of Audio and Video Transmission In Civil Trials.

118 Consumer arbitration boards are regulated primarily in the articles 66-72 of the Code On Protection Of Consumer (See: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6502&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> accessed 17 July 2024).

119 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/12/20241220-2.htm> accessed 03 April 2025.

120 See: Article 3 and Article 85 of the Code On Protection Of Consumer.

121 See: Article 70 of the Code On Protection Of Consumer.

Turkish consumers can file a claim with the consumer arbitration boards physically or electronically¹²². For electronic filing, the Consumer Information System must be used¹²³. The structure of the Consumer Information System is different from that of the UYAP. It provides legal information and technical explanations for consumers. For example, if consumers fill in the claim box with the amount above the jurisdictional limit of the consumer arbitration boards, the system gives a warning. Thus, due to the design of the system, it is not allowed to apply to the consumer arbitration boards for consumer disputes above the predetermined monetary limit. More interestingly, when complainants click on the “Claim Type” box, a pop-up menu opens and the claim types lines. This menu includes some specific types of claims related to consumer law. In addition, the “Frequently Asked Questions” section provides many short explanations about the dispute resolution process of the consumer arbitration boards.

Compared to the UYAP system, the Consumer Information System provides a relatively user-friendly dispute resolution process. Thanks to the technical arrangements and legal explanations, most of the complaint process can be completed by consumers without legal assistance. In this respect, the Consumer Information System is not only a digital tool providing online access to consumer arbitration boards. Rather, it offers additional benefits to consumers who wish to represent themselves before the consumer arbitration board.

Contrary to the UYAP system, a secure electronic signature is not required to apply to the consumer arbitration boards. By entering the Consumer Information System through the only e-government gateway, consumers can start and complete their application¹²⁴. When the consumer arbitration boards started to operate in 2010, consumers had to obtain a secure electronic signature or mobile signature in order to complete their application in the system. Otherwise, they had to print the application form prepared in the Consumer Information System and sign it by hand. Afterwards, the signed complaint form had to be physically submitted to the

122 See: Articles 11/1 and 11/4 of the Regulation On Consumer Arbitration Boards.

123 See: Articles 11/1 and 11/4 of the Regulation On Consumer Arbitration Boards.

124 Although at first glance this may seem like a small difference, it is an important advantage for consumers, given the difficulty for ordinary Turkish citizens to obtain and use a secure electronic signature.

consumer arbitration board¹²⁵. Since 2024, as part of the efforts to facilitate access to justice for consumers, the secure electronic signature shall no longer be a requirement for consumer complaints¹²⁶.

C. The digitalization in the field of ADR

Since the middle of the twentieth century, alternative dispute resolution (ADR) methods have been influencing judicial systems around the world. Many legal systems systematically promote the wider use of ADR¹²⁷. In contrast to most justice systems in the world, ADR methods have started to be implemented widely in our country for the last ten years¹²⁸. In order to reduce the heavy workload of the courts and to strengthen the settlement culture, the Turkish government has made it mandatory to apply mediation before filing a lawsuit in many disputes since 2018¹²⁹. Currently, it is mandatory to apply mediation in labour disputes, landlord-tenant disputes, consumer disputes, commercial disputes and disputes arising from condominium ownership¹³⁰. The Turkish government aimed to raise awareness about the availability of mediation in the society, thanks to these mandatory regulations.

At present, many mediators and parties are using electronic means of communication in compulsory or voluntary mediation schemes, depending on the circumstances of the dispute¹³¹. Due to the distance between

125 The requirement to use a secure electronic signature had been regulated in Article 11 of the Regulation on Consumer Arbitration Boards (Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği). The current text of Article 11 doesn't contain this requirement.

126 See: <https://adana.ticaret.gov.tr/uygulamalar/tubis> accessed 11 April 2025.

127 See: For detailed information on the mandatory mediation schemes in Turkey, see: Burçin **Yazıcı**, "Mandatory Mediation Practices in Turkey and Current Developments", Necmettin Erbakan University Law Faculty Journal, Volume 7, No 2, 2024, pp. 392.

128 Since arbitration has a limited application in Turkey, we don't evaluate arbitration here. In Turkey, arbitration is used mainly by companies. See: Mustafa **Göksu**, Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016, pp. 33.

129 The first type of dispute to be subject to compulsory mediation was labour disputes. This regulation was severely criticized by some Turkish scholars. For example see: Ömer **Ekmekçi**/Muhammet **Özekes**/Murat **Atalı**, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2018, pp. 109-117.

130 See: Article 18/A of The Law on Mediation in Civil Disputes, Article 3 Of The Law Of Labour Courts No. 7036, Article 5/A of The Turkish Commercial Law. For detailed information on the mandatory mediation schemes in Turkey, see: **Yazıcı**, pp. 395-408.

131 See: **Çetin**, pp. 109-130.

the parties and the mediator, remote communication tools such as teleconferencing and videoconferencing are widely used. Even in some cases, the parties have chosen not to meet physically by mutual agreement, even though they live and work in the same city. When the meetings are held online, if all parties have a lawyer, the online mediation process can be easily completed from start to finish, as lawyers almost always have a secure electronic signature. If the parties represent themselves, it is more difficult to complete the process remotely. In this case, the documents (the final minute and the settlement agreement) are usually sent to the parties by post. Nevertheless, other parts of the mediation process can be conducted remotely. As a result, thanks to the recent promotion of the mediation method, online dispute resolution has already been implemented to a certain extent in Turkey.

The documents that are produced during the mediation process (first meeting minutes, final minutes, self-employment receipt, etc. except settlement agreement) are uploaded to the UYAP Mediator Portal by the mediators. However, the UYAP Mediator Portal doesn't provide the communication channel between the parties and the mediators. It only provides a technical mean for uploading of the relevant mediation documents into the digital medium. Unlike public ODR schemes in some countries, UYAP's design doesn't allow the preparation of a legally valid agreement through direct use of the UYAP Mediator Portal.

D. Assessment In The Light Of The ODR Methods

As an electronic case management system, the UYAP project has almost a quarter of a century of history. Since the beginning of the 2000s, it has been used by judicial authorities, courts and lawyers in the digital management of case files. One of the important remarks on the integration of ODR into the public justice system is the difficulty of implementing judicial technology projects in terms of technical and financial capacity. According to **Sorabji**¹³²: *"The first question is not whether the resource capability exists to design and implement an OC, but whether it is likely to be implemented effectively in England. It is unfortunately a truism that significant public sector IT procurement projects do not have a track record of overall success in England."* Similarly, **Hodges** expressed concern about the sustainability of public funding for maintaining the online court

132 John **Sorabji**, "The Online Solutions Court - A Multi-Door CourtHouse For The 21st Century", Civil Justice Quarterly, Volume 36, Issue 1, 2017, pp. 10.

system in England¹³³. In this regard, the establishment and operation of the UYAP system for almost a quarter of a century can be viewed as an indication of the technical capacity of the Turkish judiciary. Thus, the UYAP represents a robust technological infrastructure upon which further innovative adaptations can be built¹³⁴.

The first criticism that can be raised against the UYAP is that despite its' long history in Turkey, the Ministry of Justice hasn't started any comprehensive efforts to establish the use of the UYAP by the public as a default option. Actually, as it provides important convenience for the lawyers, most of them use the UYAP on a daily basis, but the lawyers can still use the online and offline routes at the same time. They can file a case on the UYAP, but still perform other proceedings in the same case by physically visiting the courtroom. They can use the UYAP in one case and the paper-based route in another case without any explanation. Such an approach leads to limited benefits in terms of the efficiency of the civil litigation system. In order to effectively benefit from digitization, the UYAP system must be used by the public in a uniform and consistent manner. As the Ministry of Justice strongly promotes the use of UYAP by court officials through legislative and administrative means, the use of UYAP by the public must also be promoted¹³⁵. As will be discussed in the next section, there are different promotion strategies in different legal systems regarding the widespread and uniform implementation of electronic case management systems¹³⁶.

Unlike public ODR initiatives, the UYAP was designed primarily to meet the needs of government agencies, courts and lawyers, not the needs of non-lawyers in Turkey. For example, the use of secure electronic signature or other related document drafting programmes is difficult for the ordinary non-lawyer litigant. Even in the public announcements of the Ministry of Justice regarding the recent updates of the UYAP, the benefits

133 Christopher **Hodges**, "Proposed Modernisation of Courts in England & Wales: IT and the Online Court", *International Journal of Procedural Law*, Volume 6, Issue 1, pp. 9.

134 "An advanced example is Turkish UYAP system, which was developed to ensure ...", **European Bank for Reconstruction and Development**, *Online Courts In Commercial Disputes*, pp. 18.

135 See: Article 5/1 and Article 5/7 of the Regulation, published in the Official Gazette of August 06, 2015, number 29437, <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=23615&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> accessed 03 April 2025.

136 **Inter-American Development Bank**, *Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action*, Discussion Paper No: IDB-DP-761, April 2020, pp. 33.

for lawyers were usually explained¹³⁷. However, this was a reasonable goal for the UYAP, considering that when the design efforts began, there was no widespread awareness of ODR methods throughout the world. Today, one of the significant contributions of ODR methods in terms of digitization is that the digital platforms of the judicial system can be designed directly for the use of ordinary people¹³⁸. Thanks to the developments in human-centered design, legal design, artificial intelligence and other related fields, the direct conduct of judicial proceedings by the parties without the assistance of lawyers is increasingly becoming a more realistic option every day¹³⁹. Solution Explorer in Canada, Stage 1 of the online court proposal in the United Kingdom, and the general design of these initiatives (in a navigable format for the self-represented parties) illustrate this fact. At this point, in order to provide meaningful access to justice, it is necessary to redesign the UYAP in a user-friendly way in light of the recent developments.

According to a notable distinction in the ODR literature, digitization in the judiciary can be realized in two different ways¹⁴⁰. In the first, the existing judicial system is transferred to the digital space. In this way, digitization facilitates access to the courts for the public. Therefore, the role of technology in this approach is mainly instrumental. In the second approach, digitization should be employed to innovatively redesign the procedural structure and rules by moving beyond copying the existing procedures to the electronic space¹⁴¹. Until recently, technology has been used mostly to copy existing judicial procedures rather than to innovate new ones. Such an approach leads to the transmission of old problems into the new online systems, whereas an innovative approach to digitization can

137 For example see: <https://bigm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-durusma-sistemi17062020040538> accessed 11 April 2025.

138 Susskind, pp. 128; Briggs, Final Report, pp. 45, para. 6.43.

139 Susskind, pp. 123-128 and pp. 153-158; “AI that is able to advise, can be useful for people and potential parties to a court case, who are looking for a solution to their problem...”, Dory Reiling, “Courts and Artificial Intelligence”, International Journal for Court Administration, 2020, Volume 11, Issue 2, Article 8, pp. 4.

140 Susskind, pp. 33-36; European Bank for Reconstruction and Development, Online Courts In Commercial Disputes, pp. 4; Nunes, pp. 15-21.

141 Susskind, pp. 123-128; “This is a concept which entails not only the integration of technical innovations in the workings of the judiciary but the rethinking of court processes in their entirety to ultimately increase access to courts and court user satisfaction.”, European Bank for Reconstruction and Development, Online Courts In Commercial Disputes, pp. 4.

address some important problems inherent in the existing judicial systems¹⁴². In other words, since digitization offers new opportunities for re-designing the inefficient judicial processes and addressing structural deficiencies, technology should not be employed as a mere technical tool that only facilitates access to courts¹⁴³.

According to the second approach, most of the rules that apply in court systems are not indispensable preconditions for a fair trial, but the product of the resources available at a certain point in time¹⁴⁴. When those rules are transferred to online platforms without further consideration, the result may be missed opportunities in terms of exploiting the advantages of online technologies¹⁴⁵. For example, whereas improving the quality of cars through technical adjustments may lead to limited gains, the production of driverless cars will lead to radical changes in the industry and social life¹⁴⁶. As a result of the transition from the technically improved car to the driverless car, the experience of “driving” a car will change fundamentally. Similar comparisons can be made for various areas, including the legal system. It is therefore important to use digital technologies in innovative ways to truly improve access to justice¹⁴⁷.

When transferring the existing judicial procedures to the digital platforms under the first approach, the goal of digitization is usually to improve the efficiency of the judiciary. However, **Rabinovich-Einy** observes that considering digitization efforts only in terms of efficiency is a narrow

142 See: The Rt. Hon. Sir Ernest **Ryder** (*Senior President of Tribunals*), “The Modernisation of Access to Justice in Times of Austerity”, 5th Annual Ryder Lecture: the University of Bolton, 3 March 2016, pp. 11, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/20160303-ryder-lecture2.pdf> accessed 13 July 2024.

143 **Ryder**, pp. 11; Also see: “Digitizing existing procedures, however, is only the beginning. Information and communication technologies not only make access to justice easier, they also open the door to other ways of resolving disputes.”, **Reiling**, *Beyond Court Digitalization With Online Dispute Resolution*, pp. 4.

144 **Susskind**, pp. 55-56.

145 See: “Conceived in the dark ages and reformed radically in the nineteenth century, our court system seems otherworldly...”, **Susskind**, pp. 29; See: “Much has changed since, although many of today’s court processes and sometimes even the buildings themselves have not altered greatly since the nineteenth century.”, **Susskind**, pp. 55.

146 **Susskind**, pp. 34-35.

147 **Susskind**, pp. 34-35; Also see: “It is neither feasible nor necessary for the online court to use the familiar tools of real-life court; instead, new tools must be developed to account for technological development. The lessons to be learned throughout this process might be able to improve the legal system in its entirety ...”, **Menashe**, pp. 953.

perspective¹⁴⁸. Viewing technology as a purely technical factor that provides efficiency gains leads to limited results in terms of other judicial values, such as fairness, party satisfaction, predictability, legitimacy, access to justice, accountability, and equality¹⁴⁹. In response to the problem of the efficiency paradigm, **Rabinovich-Einy** proposed a multidimensional learning paradigm, which envisions analyzing digital court data from a broader perspective and using such data to improve other procedural values as well¹⁵⁰. Based on **Rabinovich-Einy**'s observation, it can be said that using digitization only to copy face-to-face court proceedings into the online medium not only transfers the old problems to the new system, but also misses an opportunity to enhance other values and principles of adjudication.

As in many other legal systems, the purpose of digitization efforts in the Turkish civil litigation system is mainly to ensure electronic access to existing court procedures¹⁵¹. Thanks to the UYAP, most court proceedings can be conducted remotely by the parties. Beyond providing electronic access to justice, the UYAP project has no objective to bring about fundamental changes in the structure of civil litigation. As explained previously, until recently there has been no such perception regarding the use of technology. At this point, the combination of innovative thinking regarding technology in the field of ODR with the long experience of the UYAP project can yield serious improvements in Turkish civil litigation. For example, instead of maintaining the existing hearing system through videoconferencing technology, a substantial change in the hearing system through digitalization can meaningfully reduce the duration and cost of civil

148 Orna **Rabinovich-Einy**, "Beyond Efficiency: The Transformation Of Courts Through Technology", UCLA Journal Of Law & Technology, Volume 12, Issue 1, Spring 2008, pp. 1-45; Also see: "*The key is to understand what can or cannot be achieved thanks to algorithms... Significant attention shall be paid not only to the acceleration of the civil proceedings but also to increase the quality of the civil justice.*", Maria **Dymitruk**, "The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings", Masaryk University Journal of Law and Technology, Volume 3, No 1, 2019, pp. 41.

149 **Rabinovich-Einy**, pp. 15.

150 **Rabinovich-Einy**, pp. 32-43.

151 "*In most foreign countries, "e-justice" means the use of information and communications technologies in the implementation of certain procedural actions by the courts and to improve citizens' access to justice.*", Olga **Zhurkina**/Elena **Filippova**/Tatiana **Bochkareva**, Digitalization of Legal Proceedings: Global Trends, Proceedings of the 1st International Scientific Conference "Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations: Problems and Prospects of Development" (LARDER 2020), Advances in Economics, Business and Management Research, Volume 171, pp. 121.

litigation. Similar to ODR initiatives around the world, the provision of legal information to the parties through the UYAP can be another example. In the following section, these proposals are explained in more detail.

Compared to the UYAP, the Consumer Information System offers a relatively user-friendly dispute resolution experience. Consumers can apply to the consumer arbitration boards without the use of secure electronic signatures by simply entering the e-government website. The legal and technical explanations regarding the consumer rights and dispute resolution process facilitate the consumers' access to justice. The relatively user-friendly design of the Consumer Information System could be an expression of the global consumer protection policy. The protection and empowerment of weaker consumers against more powerful traders requires not only the granting of consumer rights through legislation, but also the user-friendly design of dispute resolution systems. Indeed, at this point it is useful to note an important similarity between the consumer protection movement and the ODR field in terms of understanding the objectives of ODR. Since access to justice is difficult for ordinary people in many legal systems, due to problems such as access to legal information or lengthy court procedures, not only consumers but also the general public need to be empowered through information technologies within the framework of ODR. In this respect, while initially the electronic signature was required for the completion of electronic consumer complaints, the later abolition of this requirement is illuminating in terms of showing the similar mindset that dominates consumer protection policy and the ODR movement.

Another dissimilarity between the judicial/public ODR initiatives and the digitalization of judiciary in Turkey is gradual placement of online ADR methods before the litigation in the world. Both in the private ODR schemes and public ODR schemes, online ADR methods have an important place and judicial resolution of disputes is seen as a last resort. In Civil Resolution Tribunal of Canada, online court system proposed in the UK and in internet courts of China, online ADR methods and litigation placed gradually as a part of digital system design. In Turkey, the entry of the classical ADR methods into the scope of the public dispute resolution system is a new phenomenon¹⁵². Therefore, the UYAP has no separate digital

152 In Turkish law, the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325 entered into force in 2013. The first compulsory mediation scheme (in labour disputes) started in 2018.

portals for the conduct of online negotiation, online mediation and similar dispute resolution methods. The UYAP Mediator Portal is primarily used for the assignment of mediation applications among the mediators in the mandatory mediation schemes and to archive documents related to mediation processes. It doesn't provide any communication channel for the mediator and parties as in the ODR initiatives in the world.

In practice, depending on the will of the parties, mediation sessions may be conducted remotely¹⁵³. In this case, the mediator and the parties hold mediation meetings using their own means¹⁵⁴. This practice closely resembles the early stages of development of ODR methods in the world. In the early period of ODR, the performance of ADR methods using technological means was the dominant approach in the field. Performing negotiation, mediation, and arbitration sessions using video conferencing, e-mail, or teleconferencing technology was the early form of ODR¹⁵⁵. As technology and dispute resolution methods have evolved over time, new ODR methods have emerged¹⁵⁶. Structured digital dispute resolution forums embedded in public ODR schemes are the result of such an evolution over time. Therefore, the same path can be pursued for Turkey and online ADR methods can be integrated into the UYAP portal. Such a development can contribute to the amicable and early resolution of disputes through easy-to-use online means.

III. REDESIGNING THE TURKISH CIVIL LITIGATION SYSTEM IN THE LIGHT OF ODR METHODS

A. General Perspective

In the light of developments in ODR methods around the world, a number of recommendations can be formulated for the transformation of

By 2024, other disputes (commercial disputes, landlord-tenant disputes, inheritance disputes, etc.) were included in the scope of mandatory mediation. Accordingly, it is mandatory to use mediation before filing a lawsuit in certain disputes prescribed by the law. For the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325, see: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6325&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> accessed 22 July 2024.

153 Orhan Çetin, "Telekonferans Yöntemiyle Yapılan Arabuluculuk Görüşmelerinde Yaşanan Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri (Problems Experienced in Mediation Meetings Conducted by Teleconference Method and Suggestions for Solutions to These Problems)", Ankara Bar Association Journal, 2021/4, pp. 109-130.

154 Çetin, pp. 113.

155 Mıdık, Sorular, pp. 2.

156 Mıdık, Sorular, pp. 2.

the Turkish civil litigation system. These recommendations can be summarised as follows: By making e-filing mandatory in civil litigation, transforming our inefficient hearing system, redesigning the UYAP in a user-friendly way, integrating the ODR methods (negotiation and mediation) as separate portals in the UYAP system prior to the litigation stage, presenting the online guidance service to the parties during the dispute resolution process. In my opinion, the realization of these recommendations, if properly implemented, can truly improve access to justice in Turkish civil procedure. It should be noted that the proper implementation of the above recommendations is highly interdependent. For example, without conducting all court proceedings through the UYAP, it would not be possible to change our hearing system, or without user-friendly design, the effective online guidance service can't be provided. Therefore, they are intertwined, and from time to time the explanations may seem repetitive. However, our intention is to highlight a different aspect of the subject under each heading.

B. Making The Use Of UYAP Mandatory

One of the most important benefits of digitization is the removal of physical barriers, such as time and place constraints, by moving face-to-face proceedings to online platforms. Thus, the cost and time spent for the dispute resolution process can be significantly reduced. Reducing the time and cost of the dispute resolution process benefits both the government and the parties. The government can allocate sufficient resources for more disputes thanks to this reduction. Since the cost and time dimensions are closely linked to the right to fair trial, the positive effect of digitization on the time and cost spent for the litigation is also very important for the parties¹⁵⁷. In other words, digitization is a very effective tool for the realization of the principle of procedural economy in the adjudication process¹⁵⁸.

On the other hand, the innovative rethinking of the adjudication process requires the completion of the transition from the physical space to the online medium. The judicial values and preferences embedded in the existing procedural rules can take more efficient, convenient and simpler forms thanks to the technological developments in the online medium. As digital technologies offer many new tools and opportunities that can't be

157 Sezin **Aktepe Artık**, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, pp. 253.

158 Muhammet **Özekes**, Dijital Çağda Yargılama, Adalete Erişim Ve Yargılama İlkelerine Genel Bakış (*Dijital Çağ*) (in *Dijital Çağda Medeni Yargı 2022'den Bakış*, editor: Muhammet Özekes), Adalet Yayınevi, Ankara 2022, pp. 46.

provided in the physical courtroom, the civil litigation system cannot be innovatively redesigned without the formation of a new and necessary electronic infrastructure for the adjudication process.

As a result, in order to efficiently harness the benefits of digitization, it is important to implement digitization in a comprehensive and uniform manner throughout the litigation system. If courts apply different rules, methods, and approaches to digitization in similar cases, the benefits of digitization will be limited due to inconsistent and conflicting applications. For example, if the judge accepts electronic filing or e-hearing in one case but rejects it in another without sufficient reason, the desired results of digitization can't be fully achieved. Equally, if the plaintiff conduct court proceedings digitally but the defendant continue to use paper forms, or if the parties can use digital and paper methods in each proceeding during litigation according to their preferences, the positive results of digitization will be very limited.

Parallel to the above explanation, the general approach adopted in the judicial/public ODR initiatives is the compulsory application of the ODR system. In British Columbia, it is mandatory to apply to the Civil Resolution Tribunal for the disputes under its jurisdiction. In China, internet courts have been designated as the mandatory venue for the internet-related disputes. For the UK, it is stated that the voluntary application can be implemented only in the beginning for the experimental and transitional purpose¹⁵⁹. In the EU, the parties don't have to apply to the ODR platform, but the portal will be removed soon because of the low level of public interest and the voluntary nature of the system may be one of the reasons for the failure of the system. Exceptionally, the general rules of online litigation in the administrative and civil adjudication system of China envisage the voluntary application. However, it can be attributed to the sui generis conditions of China, where the population is very extreme, the geography is vast and the socio-economic disparities between the different regions of the country are higher¹⁶⁰.

Lord Justice **Briggs**, who embraced the idea of online courts for civil claims in the UK and defended it in his interim and final reports, pointed out that the simultaneous application of electronic and physical filing is

159 **Briggs**, Final Report, pp. 40.

160 See: "*Such a hybrid model is arguably necessary in view of the scale and pace of the implementation of the online courts reform and the significant variety in both the court system of different parts of China and the population. Although over one billion people in China uses the Internet regularly, that still leaves hundreds of millions without such access.*", **Gao/Xu**, pp. 19.

more costly than either physical or electronic practice only¹⁶¹. According to him, if completely paperless digital communication can be the default approach, then it would be possible to innovate the working conditions of the UK civil courts¹⁶². As explained by him: “*Online issue and filing in the Rolls Building will eventually become compulsory. Nor can a paper-based alternative provide the advantages of stage 1 interactivity or file access to be offered by the Online Court*”¹⁶³. **Rabinovich-Einy** underlined similar point regarding the use of the Israeli electronic case management system by attorneys. According to **Rabinovich-Einy**, “... *an attorney using the system will have to be consistent across cases - she will not be able to submit documents electronically in one case while insisting on the submission of paper documents in another.*”¹⁶⁴”

The Inter-American Development Bank’s report, “Digital Technologies for Better Justice,” states that judicial electronic filing and storage systems cannot have a positive impact on core judicial values if lawyers continue to use physical methods rather than virtual electronic systems¹⁶⁵. In this regard, various governments have implemented strategies to expand the scope of electronic filing in courts. For example, Austria reduced court fees for electronically filed cases¹⁶⁶. Italy reduced the daily service period of the courts to encourage e-filing¹⁶⁷. In the Turkish civil procedure, **Özekes** stated that in order to promote digitalization, the court fee can be lowered for digitally filed cases¹⁶⁸.

A common underlying theme of these ideas and practices is the more efficient use of digitalization through a unified, far-reaching, and consistent practice in the civil courts. This approach should be taken as an

161 **Briggs**, Final Report, pp. 39-40.

162 In the interim report, Lord Justice Briggs pointed out that it is possible to end the paper-based communication system in the civil courts of England by way of the digitalization. According to him, digital communication can open the way for a new working conditions in the civil courts, by removing physical restrictions. See: **Briggs**, Interim Report, pp. 14 and pp. 62.

163 **Briggs**, Final Report, pp. 39.

164 **Rabinovich-Einy**, pp. 25.

165 **Inter-American Development Bank**, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, pp. 33.

166 **Inter-American Development Bank**, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, pp. 33.

167 **Inter-American Development Bank**, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, pp. 33.

168 **Özekes**, Dijital Çağ, pp. 28.

example of Turkish civil procedure, in order to reveal the true potential of the UYAP system.

The UYAP system has been used for years in Turkey as a voluntary electronic case management system for the parties. At present, while the use of UYAP is already mandatory for judges and other court officials, lawyers are free to use UYAP in certain civil cases or certain civil proceedings in a non-uniform manner. However, since the UYAP facilitates the working conditions of lawyers, the use of the UYAP is common among lawyers¹⁶⁹. Therefore, UYAP has ensured the digital transformation of courts in Turkey to a certain extent. At this point, in order to truly benefit from the advantages of digitalization, making the use of UYAP mandatory must be one of the main goals of the government. If all parties (civil courts, judges and parties) consistently use the UYAP system in civil cases, the time and cost elements of the litigation process can be significantly reduced.

According to the Inter-American Development Bank report: “... *making the use of e-filing mandatory ... is a valuable choice only when most users already use the platform regularly, and the systematic use has tested the reliability of the system.*”¹⁷⁰ From this perspective, it can be said that almost two decades of the history of the UYAP in our country prove that it is time to move to a new level in terms of using technology more widely, efficiently and innovatively. In this way, it would be possible to minimize physical procedures, redirect the saved time, personnel, and other resources to the more needy areas, and build innovative judicial processes and methods on the basis of the existing digital structure.

The CCP divides the Turkish civil litigation system into five main stages, namely filing a lawsuit (*davanın açılması*), exchange of pleadings (*dilekçeler teatisi*), pre-trial examination (*ön inceleme*), trial (*tahkikat*), oral argument and judgment (*sözlü yargılama ve hüküm*). During these stages, the judge and the parties can perform many judicial acts. If the use of the UYAP system becomes mandatory for the parties, then as a rule, all litigation acts such as filing a lawsuit, submitting an answer, pre-trial hearing, paying court fees, objecting to the expert's report, amending the claim or defences shall be performed through the UYAP system. The parties shall not be able to perform the civil proceedings through the court, except in

169 Nevertheless, depending on the digital divide/technological illiteracy or personal preferences, lawyers use online and offline methods in a mixed way.

170 **Inter-American Development Bank**, *Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action*, pp. 33.

necessary situations. However, mandatory use of the UYAP in civil litigation may have unintended negative consequences for parties. Individuals who do not have access to digital tools or skills may have difficulty accessing the justice system. In this case, the digital technologies intended to enhance the right to a fair trial will have the opposite effect. In order to prevent such a negative impact, some measures should be taken for people such as the elderly, the poor or those living in rural areas¹⁷¹. In this regard, maintaining the paper-based route in exceptional situations could be the first alternative¹⁷². Providing free computers in public libraries or court buildings could be one of the other additional measures¹⁷³. For example, in order to ensure seamless transition to fully digital adjudication, in the initial period of the new system, the people who are above a certain age limit could still continue to perform judicial proceedings in the courtroom without giving any additional reason.

1. Eliminating Unnecessary Hearings Through the Mandatory Use Of UYAP

In Turkey, despite the existence of the UYAP system, the courts still hold hearings in civil cases for the really minor matters. Simple case management issues, such as whether the expert report is ready, whether the petitions have been served, whether the document related to the case has been submitted by the third party, could be the subject of in-person hearings¹⁷⁴. For example, during the hearing, the judge may notice that the expert report is ready, the parties may ask the judge for time to prepare their objections to the expert report, and the judge may postpone the hearing for this reason only. Similarly, in most pre-trial hearings, the judge renders simple decisions on the management of the litigation process. Even in the later stages of the judicial process, most hearings are used for the repetition of previous claims and defences in the written pleading. In practice, many hearings have no real influence on the outcome of the case,

171 David Freeman **Engstrom**, “Digital Civil Procedure” (September 15, 2021). University of Pennsylvania Law Review, Vol. 169, No. 7, 2021, pp. 2274; Julia **Hörnle**, Technical Study On Online Dispute Resolution Mechanisms, EU Report, Strasbourg, 1 August 2018, Document prepared by the Secretariat Directorate General of Human Rights and Rule of Law, pp. 63. Also see: **Özekes**, *Dijital Çağ*, pp. 42.

172 Lord Justice Briggs stated that the idea of maintaining offline routes permanently is not a realistic option. See: **Briggs**, Final Report, pp. 39-40.

173 See similarly: Sabreen **Ahmed**, “Online Courts and Private and Public Aspects of Open Justice: Enhancing Access to Court or Violating The Right To Privacy”, The Age of Human Rights Journal, 20, June 2023, pp. 12.

174 **Budak** and **Karaaslan**, pp. 242.

except for the situations when witnesses are heard, the parties are questioned or the judge conducts an inspection. Thus, unnecessary hearings are one of the main causes of the long duration of civil cases in Turkey¹⁷⁵.

Such a hearing system violates Art. 6 of the ECHR, Art. 141 of the Turkish Constitution and Art. 30 of the CCP. Art. 6 of the ECHR guarantees the requirement of a reasonable time for both criminal and civil justice¹⁷⁶. Art. 141/4 of the Turkish Constitution states that it is the duty of the judiciary to conclude cases with the minimum cost and as soon as possible. Similarly, Art. 30 of the CCP states that it is the duty of the judge to conduct the adjudication within a reasonable time, in an organized manner, and to avoid unnecessary costs¹⁷⁷. On the other hand, due to the high number of hearings, judges are unable to give the parties a reasonable time to express themselves duly¹⁷⁸. In general, hearings last for a short period of time, except in some exceptional circumstances. Thus, the right to be heard may be easily breached¹⁷⁹. Since it is not possible to truly examine substantial legal and factual issues in such a hearing system, the right to a fair trial is compromised. Therefore, in order to comply with the principle of procedural economy, the right to be heard and the right to trial within a reasonable time, the hearing system of the Turkish civil courts must be revised.

At this point, mandatory use of the UYAP system in civil cases can significantly reduce the number of unnecessary hearings. As a result of the mandatory use of the UYAP, the parties will have to carry out all judicial acts in civil cases digitally. In this case, unless there are exceptional circumstances, judicial acts such as filing a lawsuit, submitting an answer,

175 See: Güray **Erdönmez**, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usul Hukuku*, 15. Edition, İstanbul 2017, pp. 887-888; **Midik**, *Köklü Dönüşüm*, pp. 69; For a similar statement for the Turkish criminal justice system see: Ayşe **Özkan Duvar**, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı (Right to Trial Within A Reasonable Time in the Individual Application Decisions)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 68, Issue 1, 2019, pp. 295.

176 **European Court of Human Rights**, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), Updated to 31 August 2022, pp. 90; **European Court of Human Rights**, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb), Updated to 31 August 2022, pp. 63.

177 For more information on this subject, see: Cumhur **Rüzgaresen**, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

178 Muhammet **Özekes**, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, pp. 147; **Midik**, *Köklü Dönüşüm*, pp. 77.

179 For a discussion of the role of oral statements by parties in the framework of the right to be heard in civil procedure, see: **Özekes**, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, pp. 142-148.

pre-trial hearings, paying court fees, objecting to expert reports, and amending claims and defences will not be realized in court. In addition, the face-to-face or online hearing will not be held for procedural matters such as the preparation of an expert report, notification procedures, obtaining relevant documents from third parties. The completion of these and similar actions will be tracked and necessary steps will be taken by the court and the parties remotely through the UYAP. In the digital age, there is no need for costly (for the court and the parties) physical hearings for such matters. Once all the necessary steps have been taken digitally, the judge will determine the dispute after the face-to-face hearing in the courtroom. In this way, the conduct and tracking of case management procedures can be moved to the digital medium, while in-person hearings can be reserved for essential proceedings¹⁸⁰. By reducing the overall physical workload, judges and other court personnel can focus on their core responsibilities. As a result, the legal and factual issues of the case can actually be considered, and sufficient time can be allowed for the parties to fully present their cases. In such a system, if properly implemented, judges would have the opportunity to decide disputes in one main hearing or after a limited number of successive hearings¹⁸¹. Thus, unlike the existing system of hearings, oral proceedings can be conducted in real terms. As a result, it may be possible to conclude cases in accordance with the right to a fair trial¹⁸².

180 In this case, the parties will track the adjudication process directly through the UYAP system. Further explanation is provided in the section on the user-friendly redesign of the UYAP.

181 Similarly, **Kıyak** argues that the scope of electronic hearings should be narrowed, as it is not possible to distinguish between substantive and procedural hearings in the existing Turkish civil procedure. In this context, a new hearing system should be created by combining an effective case management system with a concentrated hearing approach. The civil courts will then be able to hold electronic hearings more frequently. See: Emre **Kıyak**, “Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usulî Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 205, 2021, pp. 1494-1495.

182 For a similar proposal with respect to hearings in civil litigation, see: Varol **Karaaslan**, (in *Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 7. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023*), pp. 242; For an opinion addressing this issue in the context of the different hearing systems adopted in the common law (concentrated hearing system) and continental Europe (discontinuous hearing system) and proposing a similar change, see: **Mıdık**, *Köklü Dönüşüm*, pp. 70-74; **Gökçe/Karabel** supports the idea of conducting judicial proceedings in civil litigation through the UYAP until the hearing stage. See: **Gökçe/Karabel**, pp. 564; For more information about different hearing systems, see: Arthur Taylor **Von Mehren**, “Some Comparative Reflections

B. User Friendly Redesign of the UYAP System

In order to conduct most of the civil litigation process seamlessly in the digital space, the UYAP should be redesigned in a user-friendly way. The existing features of the UYAP system are not suitable for ordinary people in Turkey. The underlying mindset of the design of UYAP mainly considers the convenience of the courts and lawyers rather than the ordinary people. However, the development of technology and ODR methods in various jurisdictions is aimed at serving the needs of ordinary individuals. For instance, the Solution Explorer of CRT is aimed at facilitating the access to legal information for the self-represented parties. According to the online court design proposed by Susskind, one of the most important features of the new court system is that it should be directly navigable by non-lawyer parties thanks to digital technologies. User-friendly design can contribute significantly to achieving this goal¹⁸³.

The first tangible modification that can be proposed in terms of user-friendly design is the elimination of the requirement for a secure electronic signature in the UYAP. Today, without a secure electronic signature, the parties can't file a claim or send documents (petitions, evidence, etc.) to the civil courts. In order to obtain a secure electronic signature, one must first complete a preliminary application through the internet, and after the preliminary application, the secure electronic signature can be obtained in person at the PTT branches¹⁸⁴. However, the use of secure electronic signature requires the installation of specially designed software, namely UYAP Editor program and additional Java programs¹⁸⁵. Based on my personal experience, I can state that it is not very easy to install and set up the necessary programmes even for an educated person. Even if a person completes all the necessary steps, he/she may still experience serious difficulties in preparing the documents in the UYAP Editor Program and uploading them to the UYAP. In practice, sometimes even lawyers face technical problems with the UYAP programmes and secure electronic signature. As a matter of fact, in practice the digital technologies of the judicial

on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", *Notre Dame Law Review*, Volume 63 Issue 5 Article 2, 1988, pp. 612-622.

183 Susskind, pp. 123.

184 See: <https://eimzaonbasvuru.ptt.gov.tr/> accessed 11 April 2025.

185 See: <https://uyap.gov.tr/UYap-Editor-Yardim>, <https://uyap.gov.tr/uyap-eimza> accessed 11 April 2025.

system are mainly used by lawyers. It seems that the low interest of ordinary people in the system may be closely related to the design features of the UYAP.

In contrast to the UYAP, Turkish citizens can use the e-government website without a secure electronic signature. Turkish citizens can log into the system with an eight-digit password that can be obtained from PTT branches¹⁸⁶. Thus, many official transactions can be carried out without visiting local government offices. However, the e-government website requires individuals to use a two-step identification method for some official transactions that require a higher degree of security. In this method, the password and subsequent SMS identification are used together¹⁸⁷. Recently, even the conclusion of rental contracts has been introduced into the system. Under this service, the landlord can create a draft contract by entering the tenant's information and the rental price on the e-government website. Once the landlord completes the online document, it is presented to the tenant for approval. If the tenant approves the online document within three days, it becomes a legally valid rental agreement. Online rental agreements are one of the transactions that require the use of a two-step identity verification method. As can be seen from this example, legal transactions have already commenced without the use of secure electronic signatures in our country.

Consumers have also been able to contact the consumer arbitration boards through the e-government gateway in Turkey. The online complaint system of the Consumer Arbitration Boards, namely the Consumer Information System, was introduced in 2010¹⁸⁸. Since 2010, Turkish consumers can start their complaint process via the Consumer Information System. The Consumer Information System doesn't require two-step verification by the parties. Parties can access and participate in the dispute resolution process using only the eight-digit e-government password¹⁸⁹. As of 2025, the decisions of the Consumer Arbitration Boards are binding and enforceable like the regular first-instance court decisions in consumer disputes under the monetary limit of 149,000 Turkish Liras. Considering the

186 See: <https://www.ptt.gov.tr/diger-ticari-islemler-abonelik-ve-basvuru-islemleri> accessed 11 April 2025.

187 See: <https://www.turkiye.gov.tr/2fa-tanitim> accessed 11 April 2025.

188 See: <https://karabuk.ticaret.gov.tr/haberler/tuketici-haftasi-kapsaminda-sayin-valimiz-mustafa-yavuzu-ziyaret> accessed 11 April 2025.

189 See: <https://www.turkiye.gov.tr/tuketici-sikayeti-uygulamasi> accessed 11 April 2025; See: Article 11 of the Regulation on Consumer Arbitration Boards (Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği),

total number and value of disputes resolved through relatively easy-to-use digital means between 2010 and 2025, one can spontaneously think about whether the scope of similar identification methods can be expanded in the future.

As long as the electronic signature requirement continues to exist in the Turkish legal system, the benefits of UYAP will be limited except for lawyers. As a result, the benefits of digitalization for the general public will be largely limited. The implementation of new and more efficient legal procedures through digitalization requires the widespread use of digital judicial platforms by individuals. In order for the technology to be used not only by lawyers but also by the general public, access to UYAP must be facilitated. Available technical-legal means and similar initiatives around the world show that the security of justice systems can also be protected by alternative and easy-to-use means¹⁹⁰. It should also be remembered that for a long time, electronic signature were required to file a consumer complaint digitally in Turkey. However, as of 2024, the e-government password is sufficient to file a consumer complaint through the Consumer Information System. In order to spread the benefits of the digitalization to the general public, a similar amendment can also be implemented for the UYAP.

A second user-friendly modification could be the redesign of UYAP to allow civil proceedings to be conducted directly through the system. At present, the judge and the parties prepare the necessary court documents (petitions, minutes, decisions) in the UYAP Editor programme and upload them to UYAP. As explained above, such procedures are complicated for ordinary non-lawyers to use. Moreover, as it requires two separate transactions (preparing the document and uploading it), it leads to inefficient

190 See: *"The electronic signature (e-signature) of documents is common, but not always required. However, if the e-signature standard and system has to be developed from scratch, it will add complexity to the deployment of the already complex e-filing system."*, **Inter-American Development Bank**, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, pp. 32; According to another report, the e-Identity system adopted in Estonia may be useful in verifying the identity of parties. In Estonia, every citizen must obtain an e-ID. Every person who has a physical ID card can obtain an e-ID. Through the e-ID, individuals can access all digital public services provided by the Estonian state, including digital signature. According to the report, e-ID system is more secure than using logins and passwords. In this context, *"... jurisdictions that consider introducing online courts should first assess whether they have the opportunity to introduce eIDs ..."*. See: **European Bank for Reconstruction and Development**, Online Courts In Commercial Disputes, pp. 21; Also see: <https://estonia.com/solutions/estonian-e-identity/id-card/> accessed 16 April 2025.

use of digitisation. Instead of preparing a petition in the UYAP editor and uploading it to the UYAP, filling in the draft petition directly in the system will reduce the time and cost of the process.

More importantly, the innovative use of technology is not possible in such a system. For example, even in mediation processes where all parties have secure electronic signatures, the parties still need to send the relevant document to each other to complete the signing process. Sometimes the process can take days due to delays by one of the parties. The main reason for this type of practice is to copy the classical/physical style of document generation to a digital medium. However, if it were possible to create and sign a common document directly in the UYAP portal, all parties could have signed it simultaneously from their computers or phones.

With changes such as those mentioned above, even the main proceedings in civil litigation could be significantly improved. For example, when the plaintiff and defendant exchange petitions directly in the UYAP, the system can be designed to alert and prevent further action if the necessary parts of the petitions remain blank. As a result, the parties will not be able to submit petitions that do not contain the necessary parts in accordance with the CCP¹⁹¹. Thus, the inclusion of some procedural rules in the UYAP, thanks to the technical adaptations, may contribute to the creation of a partially unbreakable procedural system.

More importantly, even the concept of petition may lose its meaning in the future due to the innovative ideas. In this respect, a remarkable idea proposed in the German law can be reviewed¹⁹². According to this idea, the parties will present their claims and defences in opposite columns of the same document that existed in the common judicial platform. The court will consider only the common digital document during the decision-making process¹⁹³. It can be compared to the editing of a common Excel document in g-mail by several people at the simultaneously. As can be seen at first glance, within the framework of this idea, the stage of petition exchange in the digital age can take a completely different form. In this way, the concepts of “petition”, “exchange” and even “notification” may evolve or disappear.

191 The content of the first pleadings of the plaintiff and the defendant is governed by Art. 119 and Art. 129 of the CCP respectively.

192 **Arbeitsgruppe** im Auftrag de Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier, 2020, pp. 38-43.

193 **Arbeitsgruppe**, pp. 38-43.

In the ODR initiatives examined in this article, the parties typically conduct the proceedings directly in the digital justice system¹⁹⁴. Generating a document externally and uploading it to the digital litigation platform is not a common practice. However, maintaining two methods at the same time may be a better alternative than allowing only one method to prevent the violation of the right of access to justice. In this way, parties who are not technically competent will be able to choose the most appropriate method for themselves¹⁹⁵. In fact, China's Online Litigation Rules implement this method. According to Article 11 of OLR, the parties may use the internet litigation platform or upload the previously prepared document to the internet litigation platform by scanning, transcribing, duplicating or other means. In addition, giving the parties the right to choose may facilitate the transition from the existing system to the new system, given the familiarity of individuals with the existing form of UYAP.

A third topic that could be reviewed in the context of user-friendly design is the notification of judicial documents in civil litigation. As in many legal systems, the notification of judicial documents to the parties is one of the main reasons for delays in the civil litigation of Turkey¹⁹⁶. In

194 See explanation under the heading: “B. Examples of The Integration Of ODR Into The Public Justice System”.

195 **Kıyak** explained that in order to benefit from big data and artificial intelligence technologies in Turkish civil procedure, the optical character recognition method must be used in the UYAP. Thanks to the optical character recognition technology, the information in the physical documents can be converted into the machine-readable format. Thus, when the documents prepared in the physical environment are uploaded to the UYAP system, the UYAP can automatically transform the information embedded in these documents into structured data. Based on the structured data in the UYAP, intelligent decision support systems can be created. However, if the conduct of judicial proceedings directly in the digital litigation portal becomes the dominant approach in the future, the amount of unstructured data can be reduced in advance. As a result, the implementation of artificial intelligence technologies in Turkish civil litigation would be easier. See: **Kıyak**, pp. 88 and pp. 96; Also see: “*In order for AI to be able to process legal information effectively, the legal information must first be made machine processable.*”, **Reiling**, Courts and Artificial Intelligence, pp. 7.

196 See similarly: **Karaaslan/Budak**, pp. 141; “*Since incorrect or delayed summons are common reasons for the postponement of hearing in many jurisdictions, e-summons can increase the timeliness and integrity of judicial action.*”, **Inter-American Development Bank**, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, pp. 32; For example, in an one decision, 35th Civil Chamber of İstanbul Regional Court Of Appeal removed a decision of the local court because of an incomplete investigation of the PTT officer in relation to the reason of absence of addressee in his/her given address. See: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam35-hd-e-2019-1990-k-2019-1544-t-10-9-2019> accessed 05 August 2024.

order to mitigate the problems related to the notification process, the Turkish government launched the implementation of an electronic notification system a few years ago¹⁹⁷. Similar to the general design of the UYAP, the PTT e-notification project can be criticized for being primarily designed for professional users and therefore not user-friendly. It transfers core elements of physical notification to the electronic space. Apart from the basic digitalization, the system doesn't offer essential changes in the form of notification procedures.

The Turkish e-notification system is designed and operated by the Turkish Postal Service, as is the physical notification system. The PTT charges a certain fee for the e-notification service¹⁹⁸. The internal design of the e-notification application is similar to the physical one. The judicial authorities upload the notification documents into the system in a similar way to the physical notifications. There is not a great difference between the e-notification documents and the physical notification documents. It is difficult for ordinary non-lawyer citizens to have and use the electronic notification address due to the technical features of the system. Similar to the secure electronic signature, the electronic notification address is used by lawyers in practice. All lawyers, public institutions, notaries, banks and most companies must have an electronic notification address¹⁹⁹. A natural person may use the electronic notification address if he/she wishes, but there is no legal obligation to use the system. However, as already mentioned, due to the digital divide, it is difficult to make the adoption of e-notification widespread in Turkish society, except for the current user base, i.e. lawyers. The slow pace of adoption of the e-notification system by natural persons since 2011 can be viewed as a sign of this difficulty.

In the digital age, it is possible to consider the law of notification from a different perspective. In my opinion, as a legal institution, the concept of notification belongs to the print-based era. One of the major advantages of digitalization is that it removes the constraints of time and space. On the other hand, one of the main reasons for the necessity of the notification

197 Electronic notification is regulated in the Article 7/a of the CON. It was included into the Code in 2011. In 2018, the Turkish Government amended this article and brought the requirement of having a electronic notification address for many entities and professions (private law legal entities, notaries, lawyers, mediators etc). For more information see: Nesibe **Kurt Konca**, *Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Açısından Elektronik Tebligat*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2024.

198 <https://www.ptt.gov.tr/e-tebligat-ucretler> accessed 15 April 2025.

199 See: Article 7/a of the CON. For the National Electronic Notification System see: <https://ptt.etebligat.gov.tr/login> accessed 2 August 2024.

procedure (physical or electronic) is the distance between the physical locations of the judicial authorities and the parties. If the parties are present in the courtroom during the judicial process, there is no requirement for notification, as the same place is shared by all relevant actors in the process. Based on this reasoning, both the physical and electronic notification approaches could be considered irrelevant in the digital justice platforms where all parties have uninterrupted communication. If all actors in civil litigation share the same place as a result of the digital transformation of the world's judiciaries, why do courts still need to send the electronic documents to the parties?

Instead of copying the physical notification approach to the electronic medium by using an additional complex web platform, it would be more beneficial to gradually eliminate the requirement to notify court documents. In this case, the parties can be informed about the relevant proceedings only through the updated UYAP system²⁰⁰. Similar to the existing e-notification system, after a certain period of time has elapsed since the judicial authorities uploaded the documents to the UYAP, the notification can be considered served²⁰¹. In order to ensure additional protection of the right to be heard, the messages and e-mails must also be sent to the parties

200 Although there is no legal basis in the CON for the service of proceedings via the UYAP, in practice, the UYAP system can be used for that purpose. There are some important higher court decisions on that topic reflect this reality. However those decisions and Turkish doctrin generally don't perceive it as a legally valid notification. See: Mine **Akkan**, "Tebliğat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebliğat (Electronic Notification within the Framework of the Notification Law)", *Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* (Journal of Civil Procedure and Enforcement & Bankruptcy Law), Volume 14, Issue 39, 2018/1, pp. 79; Taner Emre **Yardımcı**, "Yeni Elektronik Tebliğat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebliğat (Electronic Notification within the Framework of the New Electronic Notification Regulation)", *Ankara Barosu Dergisi* (Journal of the Ankara Bar Association), Issue 3, 2019, pp. 12; For the Turkish information on the higher court decisions in the similar vein see: Midık, *Köklü Dönüşüm*, pp. 90-92; For more information on the subject, see: **Kurt Konca**, pp. 89-93 and pp. 340.

201 Article 7/a of the CON states that the electronic notification is deemed to have been realized at the end of the fifth day following the reaching of the notification to the electronic address of an addressee.; For some decisions of the Turkish Constitutional Court that accepting the opening moment of judicial document in the UYAP as a starting point of the individual application time. See: AYM, B. No: 2019/13338, 8.3.2023, (RG., 16/5/2023 S. 32192).; AYM, B. No: 2019/21781, 23.11.2021, (RG., 23.12.2021, S. 31698).

through the UYAP SMS Information System²⁰². Furthermore, during the transitional period, the first notifications of cases must also be sent by physical means in order to ensure gradual application. These first notifications of cases must be accompanied by the necessary explanation of the new system to the parties. In this way, it may be possible to reduce potential violations of the right to a fair trial.

In my opinion, the widespread application of the UYAP-based “notification” system would be easier compared to the existing e-notification system. On the other hand, the elimination of the classical notification approach will complement the idea of conducting the civil litigation process directly through the UYAP. If the notification procedure is limited only to the beginning of the case, the reorganization of the civil litigation process can be realized more easily. More importantly, it is hoped that most of the legal discussions on the validity of notifications will be terminated. As a result, the Turkish civil procedure can be transformed into a simpler, cheaper and faster system.

D. Integrating Online Negotiation and Online Mediation Into The UYAP System As A Separate Portals

Thanks to the efforts of the government, Turkey has familiarized with the ADR methods in recent years. Since the ADR methods are more flexible compared to the judicial system, the remote communication tools are already used by the parties in the ADR processes. In particular, during the Covid 19 pandemic, mediation sessions began to be held remotely²⁰³. As a result, the ODR methods have been partially implemented in Turkey for several years. At this point, as already understood from the explanations in the previous section, the UYAP doesn’t provide a separate and user-friendly medium for conducting negotiation and mediation processes remotely. However, in the judicial/public ODR initiatives in the world, the online negotiation and mediation stages are part of the new dispute resolution system approach. In these initiatives, the parties are to be able to conduct ADR processes in the user-friendly dispute resolution portals by exchanging texts and documents, and can reach a settlement in the online

202 The right to be heard is explained in the Article 27 of the CCP explicitly. The right to be informed is regulated as a first element of the Art. 27. In practice, a relevant information about the dispute have been shared with the parties by way of the services which are performed according to the CON No. 7201.

203 Çetin, pp. 112.

medium²⁰⁴. In this context, the integration of the online negotiation and online mediation stages into the design of the new UYAP will facilitate the parties to settle a dispute in a simple and flexible way²⁰⁵.

It should be emphasized that since the face-to-face ADR practice has a very short history in Turkey, it is really important not to introduce online negotiation and online mediation as mandatory stages before litigation²⁰⁶. Otherwise, it will have a negative impact on the development of classical ADR methods and the settlement culture in Turkey. Instead, it would be more beneficial in terms of access to justice to set up the UYAP online negotiation and the online mediation portals when mediators and parties need to access a user-friendly online platform during the mediation processes. If Turkey had a long history of ADR practice similar to developed countries, it might have been reasonable to make ODR methods mandatory. In my opinion, since there is a significant difference between countries where ODR has been developed, such as Canada, the UK and the EU, and Turkey in terms of ADR culture, this should be taken into account when transplanting ODR methods from Western legal systems to Turkey.

F. Integration of Online Guidance Services Into the Redesigned UYAP Portal

Access to legal information is one of the key elements of equality of arms in legal systems²⁰⁷. Equality of arms requires that there should be a fair balance between the parties in terms of the means available to them during the litigation process²⁰⁸. Accordingly, if one party to civil litigation has a manifestly weaker access to legal information than the opposing

204 “Parties can also share evidence with each other or the mediator by uploading documents in a files section on the ODR platform.”, Devin Cooper, Utah, ODR, and the New “Millennial”um, Brigham Young University Journal of Public Law, Volume 35, Issue 2, Article 5, pp. 276.

205 Based on my personal observations as a mediator, I can say that many disputes resolved through mandatory mediation with the involvement of a third party could have been resolved through direct online negotiation through the UYAP. In fact, in some disputes, the parties enter mandatory mediation in order to formalize their prior agreement. If they could have formalized their agreement through an online negotiation tool enabled by the UYAP portal, they would likely choose to do so instead of paying the third party.

206 “Institutional ADR is unfortunately not a popular way of resolving disputes in Turkey.”, Göksu, pp. 33.

207 Emel Hanağası, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, pp. 320.

208 European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, pp. 90.

party, equality of arms and thus the right to a fair trial is violated²⁰⁹. In other words, the information asymmetry between the parties is directly linked with the right to fair trial²¹⁰. In practice, access to legal information usually means access to a lawyer, and access to a lawyer may not be a viable option in most routine everyday disputes due to the low value of the dispute or the high cost of representation²¹¹. In order to overcome this problem, many legal systems have adopted a system of mandatory representation by a lawyer in civil cases²¹². In the draft version of CCP No. 6100, there was a provision on mandatory representation by a lawyer in civil cases²¹³. However, this provision was not enacted. As a result, it is difficult to establish a fair balance between the parties in terms of access to legal information in many types of disputes around the world, including Turkey. Therefore, legal systems adopt various measures such as legal aid or pro bono legal services²¹⁴. However, given the limited increase in judicial resources compared to the ever-increasing backlog in the courts, such measures are far from solving the problem²¹⁵. At this point, the development of technology offers new and more effective methods to solve the problem of access to legal information²¹⁶.

Today, access to information has become easier compared to the past, thanks to widespread digitalization throughout the world²¹⁷. As a result of

209 For example, if one party is much wealthier than the other, the refusal of an application for legal aid may constitute a violation of the principle of equality of arms. See: **European Court of Human Rights**, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, pp. 91.

210 **Hanağası**, pp. 315-317, 263.

211 Unlike our criminal justice system, Turkish civil procedure law does not provide for free legal assistance for self-represented parties. There is also no mandatory legal representation in civil courts. It should be emphasized that there was a provision for mandatory legal representation in the draft version of the CCP, but it was not enacted. See: **Hanağası**, pp. 328, 320.

212 Nazlı **Gören Ülkü**, “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu/Obligation of Representation by a Lawyer in Civil Procedure Law (in Turkish)”, Marmara University Law Faculty Legal Research Journal, Volume 16, Issue 3-4, 2010, pp. 310-316.

213 **Hanağası**, pp. 328, 320; **Gören Ülkü**, pp. 321; It should be emphasized that for some joint-stock companies and cooperatives it is obligatory to have a contracted attorney as an exception according to Article 35/3 of the Law on Attorneyship No. 1136.

214 **Hörnle**, pp. 52

215 **Dymitruk**, pp. 38.

216 **Dymitruk**, pp. 38.

217 Buket **Abanoz**, “Hukuki Bilgiye Dijital Erişim”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, 2020, pp. 191.

the general ease of access to information, the scope of the courts' duties has been evolving²¹⁸. As the study of ODR examples across the world shows, the new type of judicial legal platforms benefit more extensively and innovatively from digitalization²¹⁹. For example, the Civil Resolution Tribunal provides parties with a general legal explanation of the dispute resolution process in a manner that is convenient for non-lawyers to understand²²⁰. It even aims to provide parties with tailored legal information on their dispute through the Solution Explorer²²¹. The first phase of the UK's Online Civil Money Claim Project aims to follow the same method. EU ODR Portal, attempts to explain the dispute resolution process of the Portal through interactive information on its website. In Singapore, a program similar to Solution Explorer is used to support parties in traffic accident cases²²². Recent developments in the field of artificial intelligence, in particular generative AI, also have great potential for rethinking the functions and boundaries of the litigation system in the digital age²²³. As a result, the availability of information about the law and the dispute resolution process as part of digital justice platforms has been increasingly recognized as within the duty of the judicial institutions²²⁴.

The developments summarized so far indicate that digitalization offers a more comprehensive, uniform and inexpensive alternative to establish a fair balance in terms of access to legal information among individuals, compared to the traditional measures such as legal aid programs²²⁵. In this context, the UYAP system is an appropriate medium for providing online guidance services to parties during the civil litigation process. Starting

218 See: **Abanoz**, pp. 196-197.

219 “... a major development in terms of courts and access to justice has been the spread of ODR in civil proceedings.”, **Gras**, pp. 33.

220 See explanation under the heading: “B. Examples of The Integration Of ODR Into The Public Justice System”.

221 See explanation under the heading: “B. Examples of The Integration Of ODR Into The Public Justice System”.

222 See: <https://motoraccidents.lawnet.sg/> accessed 15 April 2025; **Akkaya**, pp. 310.

223 On the potential role of artificial intelligence in the courts, see: **Reiling**, Courts and Artificial Intelligence, pp. 4; **Dymitruk**, pp. 31-33; As a reflection of the above reality, in the online court concept proposed by Susskind, in contrast to the classical approach to digitalization, online guidance services hold a central place. The online guidance service is one of the key elements of the online court concept according to Susskind. See: **Susskind**, pp. 121-133.

224 For example see: **Stiglich**, pp. 7.

225 However, an over-reliance on technology can have negative consequences in the context of access to legal information. For an explanation of this issue, see: **Dymitruk**, pp. 33.

from the relatively simple civil cases that individuals commonly experience, the online guidance service can be delivered to the parties as part of the new UYAP system in Turkey. For example, many labour disputes, rental disputes and consumer disputes are relatively easy to resolve in terms of factual and legal circumstances. Embedding basic legal explanations regarding those disputes in the UYAP platform in a format that lay people can understand, through a simple text, video or program similar to Solution Explorer, could be a good starting point to solve the problem of access to legal information in the Turkish civil litigation system. In my opinion, such a step would be consistent with the principle of protecting the weaker party in these disputes, i.e. consumers, employees and tenants. As the Turkish Consumer Information System already offers certain online content on consumer rights and the dispute resolution process of consumer arbitration boards, it would not be particularly difficult to gradually introduce the same approach in the general civil litigation thanks to the new and user-friendly UYAP system.

In my opinion, among the modifications that can be introduced in the Turkish civil procedure by adopting the online court/ODR concept, the online guidance services can bring the most rewarding results in terms of access to justice. The fact is that in order to obtain the results recognized by the laws, the access to legal information is of vital importance in practice. No matter how far the law empowers individuals, if parties cannot effectively understand and benefit from the law, the law itself is of no value²²⁶. Therefore, through the updated UYAP system, making the conduct of civil litigation directly available to the parties as far as possible can really contribute to the right to fair trial and the rule of law in Turkey. In this way, a real practical change can be realized in the lives of many individuals²²⁷. As UYAP's long experience makes our judicial system particularly ready to implement such a vision, Turkey should not overlook this opportunity.

IV. THE NEED FOR EXPERIMENT

With the help of ODR methods, the transformation of established judicial procedures closely concerns fundamental judicial rights and principles of civil procedure. In particular, an over-reliance on digital tools or impetuous initiatives may be detrimental to the rights of the parties. As a

226 **Susskind**, pp. 69-70.

227 For a similar example concerning the implementation of the online guidance service in the Consumer Information System, see: **Mıdık**, *Köklü Dönüşüm*, pp. 97-98.

result, access to justice and the right to a fair trial may be compromised. To avoid that, many jurisdictions are introducing initial pilot projects. By starting with certain types of simple disputes or generally small claims, jurisdictions are testing innovations inspired by ODR methods. For the same reason, a gradual approach would also be reasonable in Turkish civil procedure. In this context, the development of a fully digital civil procedure for small claims in Turkish law would be an appropriate starting point.

In the Turkish civil procedure law, there is no special judicial track or court for small claims²²⁸. In the existing civil litigation system, the same procedures are applied regardless of the amount in dispute. This leads to inefficient use of public/private resources and violates the principle of procedural economy. Therefore, the lack of a special procedure or court for small claims has been criticized by various Turkish scholars and many have expressed the desire to create a new procedure for small claims²²⁹. Therefore, the creation of a fully online small claims procedure in Turkish civil procedure law would provide an important basis for the experimental implementation of the general proposals for the redesign of the UYAP

228 On the concept of small claim procedure, see: John **Baldwin**, “Is There a Limit to the Expansion of Small Claims?, Current Legal Problems”, Volume 56, Issue 1, 2003, pp. 313-343; A simple trial procedure (*basit yargılama usulü*) is regulated in the CCP by starting from Article 316 to Article 322 for simple disputes. However, in practice, there are no significant differences between the simple procedure and the general procedure in terms of speed and cost. See: M. Kamil **Yıldırım**/Mehmet Akif **Gül**, “Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims)” Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler (Considerations for the Resolution of “Small Claims” in a Sui Generis Procedure)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Marmara University Law Faculty Journal Of Legal Research) Volume 27, Issue 2, 2021, pp. 1341.

229 **Yıldırım/Gül**, pp. 1349-1350; İbrahim **Ercan**, “Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusundaki Öneriler (Suggestions on Collection of Small Claims within the Framework of Comparative Law)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Selçuk University Law Faculty Journal), Volume 20, Issue 1, 2012, pp. 231; İbrahim Barış **Sayar**, “Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü (European Small Claims Procedure): Kapsamı ve Uygulanması Üzerine Bir İnceleme (European Small Claims Procedure: An Examination On Its Scope and Implementation)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review), Volume 22, Issue 1, 2018, pp. 88-89; Mustafa Serdar **Özbek**, “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (Measures Prescribed by Council of Europe to Increase the Efficiency of Justice)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ankara University Law Faculty Journal), Volume 55, Issue 1, 2006, pp. 271 and pp. 290.

described above. The nature and relatively low value of small claims justify the proposed changes. A specific digital procedure can also fill the access to justice gap that exists in Turkey with regard to small claims. As explained above, the electronic complaint system used by Turkish consumers (Consumer Information System) already successfully employs some of these changes.

CONCLUSION

At present, there are important developments with regard to public ODR mechanisms around the world. Similar to the institutionalization of ADR in judicial systems, it would not be wrong to portray the idea of re-designing judicial procedures in the light of ODR methods as a new and effective movement²³⁰. In the long run, ODR will probably affect all judicial systems. In the future, the existence of ODR-infused judicial procedures may be considered as a requirement for access to justice. For this reason, in this article we have attempted to rethink the Turkish civil litigation system in the light of ODR methods. The following conclusions have been drawn from this examination:

1) In order to truly benefit from technology in Turkish civil procedural law, the UYAP portal must gradually be established at the centre of the civil litigation system. The ultimate objective must be to mandate online litigation, with the exception of necessary physical proceedings. In this case, the number of hearings in the civil process can be significantly reduced as a result of conducting most of the civil process digitally.

2) The UYAP must be redesigned according to the ODR paradigm. It should be a user-friendly and intelligent electronic medium for both judges and parties. For the non-lawyer it is a challenging to use the UYAP with its existing features. In particular, in order to make the use of the UYAP widespread in Turkish society, the need for a secure electronic signature in digital proceedings must be eliminated. To facilitate access to legal information, the online guidance services should be provided to the parties through the UYAP, starting with simple and routine disputes in society.

3) Online negotiation and online mediation should be included in the new system design of the UYAP as separate portals. In this context, the parties should be able to form a legally valid settlement agreement through the UYAP without the use of a secure electronic signature.

230 “... the institutionalisation of ADR processes and the expansion of ODR within public courts – appear to be motivated by similar driving forces...”, Gras, pp. 50.

4) As all parties share the same medium (UYAP) thanks to widespread digitalization, the notification process should be gradually removed from the civil procedure. Except for the initial notification of civil cases, the parties should follow the civil proceedings directly in the UYAP.

5) Similar to other ODR initiatives in the world, these ideas must first be tested in the context of small claims in Turkish law. In order to eliminate unpredictable adverse outcomes and to ensure gradual application, the adoption of such an approach is inevitable.

BIBLIOGRAPHY

Abanoz, Buket, “Hukuki Bilgiye Dijital Erişim (Digital Access of Legal Information)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, 2020, pp. 190-203.

Arbeitsgruppe im Auftrag de Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier, 2020.

Akkan, Mine, “Tebliğat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebliğat (Electronic Notification within the Framework of the Notification Law)”, Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (Journal of Civil Procedure and Enforcement & Bankruptcy Law), Volume 14, Issue 39, 2018/1, s. 23-89.

Aktepe Artık, Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

American Bar Association, Center For İnnovation, Online Dispute Resolution In The United States, September 2020.

Akkaya, Tolga, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, in Dijital Çağda Medenî Yargı 2022'den Bakış (editor: Muhammet Özekes) içinde, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, pp. 275-326.

Ahmed, Sabreen, “Online Courts and Private and Public Aspects of Open Justice: Enhancing Access to Court or Violating The Right To Privacy”, The Age of Human Rights Journal, 20, June 2023, pp. 1-21.

Baldwin, John, “Is There a Limit to the Expansion of Small Claims?”, Current Legal Problems, Volume 56, Issue 1, 2003, pp. 313-343.

Cortes, Pablo, Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union, Routledge 2011.

Civil Justice Council, Online Dispute Resolution Advisory Group, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, February 2015.

Designing the Future of Dispute Resolution THE ODR POLICY PLAN FOR INDIA, **The NITI Aayog Expert Committee on ODR**, October 2021.

Dymitruk, Maria, “The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings”, Masaryk University Journal of Law and Technology, Volume 3, No 1, 2019, pp. 27-44.

Özkan Duvan, Ayşe, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı (Right to Trial Within A Reasonable Time in the Individual Application Decisions)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 68, Issue 2019, . 287-336.

European Bank for Reconstruction and Development, From digitisation to digital transformation: A case for online courts in commercial disputes? (Online Courts In Commercial Disputes), Draft Discussion Paper, October 2020.

Erdönmez, Güray, Pekcanıtez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Edition, İstanbul 2017.

Ercan, İbrahim, “Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusundaki Öneriler (Suggestions on Collection of Small Claims within the Framework of Comparative Law)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Selçuk University Law Faculty Journal), Volume 20, Issue 1, 2012, pp. 231-241.

Engstrom, David Freeman, “Digital Civil Procedure”, (September 15, 2021), University of Pennsylvania Law Review, Vol. 169, No. 7, 2021, pp. 2243-2289.

Hanağası, Emel, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Hörnle, Julia, Technical Study On Online Dispute Resolution Mechanisms, EU Report, Strasbourg, 1 August 2018, Document prepared by the Secretariat Directorate General of Human Rights and Rule of Law.

Fang, Michael, “Has COVID-19 Turned “ODR” into the “Only Dispute Resolution” Available?”, <https://odr.info/files/china.pdf> accessed 30 July 2024.

Gayretli Aydın, Seda, “Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, pp. 2101-2126.

Göksu, Mustafa, Civil Litigation and Dispute Resolution In Turkey, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016.

Gras, Ignacio Oltra, “Online Courts: Bridging the Gap Between Access and Justice”, UCL Journal of Law and Jurisprudence, Volume 10, Issue 1, 2021, pp. 24-51.

Gelder, Emma van, The EU Approach to Consumer ODR, International Journal of Online Dispute Resolution 2019 (6) 2, pp. 219-226.

Guo, Meirong, “Internet court’s challenges and future in China”, Computer Law & Security Review 40, 2021, pp. 1-13.

Gao, Wei/**Xu**, Lu, Online Courts in China: A New Hybrid Model for Access to Justice, ResearchGate Website, pp. 1-13, accessed 18 April 2025.

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on online dispute resolution mechanisms in civil and administrative court proceedings (ODR Mechanisms In Court Proceedings), 16 June 2021.

Habuka, Hiroki/**Rule**, Colin, “The Promise and Potential of Online Dispute Resolution in Japan”, *International Journal on Online Dispute Resolution*, 2017 (4) 2, pp. 74-90.

Hodges, Christopher, “Proposed Modernisation of Courts in England & Wales: IT and the Online Court”, *International Journal of Procedural Law*, Volume 6, Issue 1.

Inter-American Development Bank, Digital Technologies for Better Justice A Toolkit for Action, Discussion Paper No: IDB-DP-761, April 2020.

Salter, Shannon, “Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia’s Civil Resolution Tribuna”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2017, Issue 34, pp. 112-129.

Sayar, İbrahim Barış, “Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü (European Small Claims Procedure): Kapsamı ve Uygulanması Üzerine Bir İnceleme (European Small Claims Procedure: An Examination On Its Scope and Implementation)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review), Volume 22, Issue 1, 2018, pp. 49-94.

Sela, Ayelet, “Streamlining Justice: How Online Courts Can Resolve The Challenges Of Pro Se Litigation”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2016, Issue 26, pp. 331-388.

The Rt. Hon. Sir Ernest **Ryder** (*Senior President of Tribunals*), “The Modernisation of Access to Justice in Times of Austerity”, 5th Annual Ryder Lecture: the University of Bolton, 3 March 2016.

Susskind, Richard, *Online Courts And The Future Of Justice*, Oxford University Press, 2019.

Sorabji, John, “The Online Solutions Court - A Multi-Door CourtHouse For The 21st Century”, *Civil Justice Quarterly*, Volume 36, Issue 1, 2017.

Stiglich, Melisse, (Project Staff), *Utah Online Dispute Resolution Pilot Project (Technical Assistance Grant: Final Report)*, December 2017, pp. 1-16.

Schmitz, Amy J., “Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives”, *Buffalo Law Review*, Volume 67 Number 1, 1-1-2019, pp. 89-163.

Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003

Özmumcu, Seda, “Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları (Online Arbitration and its Applications in the Context of Online Dispute Resolutions in the World and Our Country)”, (in Turkish), *İstanbul Law Journal*, Volume 78, Issue 2, 2020, pp. 431-454.

Öztek, Selçuk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi İle Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler/Some Thoughts on the Amendments Made by Law No. 7251 to Article 28 of the Code of Civil Procedure on the Principle of Publicity and Article 149 on the Conduct of Hearings by means of Audio and Video Transmission or in Another Place, (in Turkish)”, *Adalet Dergisi*, 2021/1, Issue 66, pp. 641-665.

Özbek, M. Serdar, “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (Measures Prescribed by Council of Europe to Increase the Efficiency of Justice)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Ankara University Law Faculty Journal), Volume 55, Issue 1, 2006, pp. 207-292.

Kaya, Serkan, “Access To Justice For Consumers In Turkey: The Need For Enhancing Consumer Dispute Resolution Through Online Dispute Resolution”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 26, Issue 1, 2022, pp. 225-260.

Karaaslan, Varol, (in *Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku*, 7. Edition Filiz Kitabevi, İstanbul,), İstanbul, 2023.

Kale, Serdar, “Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2013, Sayı 25, pp. 141-155.

Karabel, E. Gökçe/**Aydemir**, Dilek, “Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması ve Adalete Erişim Hakkı Bakımından Çevrimiçi Yargılama ve Yapay Zekanın Kullanımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 29, S. 1, 2023, pp. 530-573.

Katsh, Ethan/**Einy**, Orna Rabinovich, *Digital Justice, Technology And The Internet Of Disputes*, Oxford University Press, 2017.

Kıyak, Emre, “Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.1, 2020, pp. 79-121.

Kıyak, Emre, “Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usulî Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 205, 2021, pp. 1453-1502.

Kurt Konca, Nesibe, *Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas Hukuku Açısından Elektronik Tebligat*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2024.

Kramer, Xandra E., Access to Justice and Technology: Transforming the Face of Cross-Border Civil litigation and Adjudication in the EU, (*in: Karim Benyekhlef, Jane Bailey, Jacquelyn Burkell and Fabien Gelinas (Ed), eAccess to Justice (University of Ottawa Press 2016)*), pp. 351-377.

Lord Justice **Briggs** (Judiciary of England and Wales) Civil Courts Structure Review: Interim Report, December 2015.

Lord Justice **Briggs** (Judiciary of England and Wales), Civil Courts Structure Review: Final Report, July 2016.

Meriç, Nedim/**Tat**, Tuğçe Arslanpınar, Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası, in *Dijital Çağda Medenî Yargı 2022'den Bakış* (editor: Muhammet Özokes), Adalet Yayınevi, Ankara, Aralık 2022, pp. 189-235.

Menashe, Doron, "A Critical Analysis Of The Online Court", University of Pennsylvania Journal of International Law, Volume 39, No: 4, 2018, pp. 921-953.

Mıdık, Barış, "Teknolojik Gelişmeler Işığında Hukuk Yargılamasını Yeniden Düşünmek: Otomasyondan Köklü Dönüşüme (Rethinking the Civil Justice System According to Technological Developments: From Automation to Transformation)", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Kocaeli University Law Faculty Journal), Issue 25/26, 2022, pp. 63-104.

Mıdık, Barış, Sorularla Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (Online Dispute Resolution Methods with Questions), First Edition, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Nunes, Dierle, "A technological shift in procedural law (from automation to transformation): can legal procedure be adapted through technology?", Civil Procedure Review, Volume 11, No 3, 2020, pp. 11-32.

Rabinovich-Einy, Orna, "Beyond Efficiency: The Transformation Of Courts Through Technology", UCLA Journal Of Law & Technology, Spring 2008, Volume 12, Issue 1.

Reiling, Dory, "Beyond Court Digitalization With Online Dispute Resolution", International Journal for Court Administration, Volume 8, No 2, 2017, pp. 2-6.

Reiling, Dory, "Courts and Artificial Intelligence", International Journal for Court Administration, 2020, Volume 11, Issue 2, Article 8, pp. 1-10.

Rule, Colin, Online Dispute Resolution for Business, B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts (*ODR For Business*), Jossey-Bass, 2002.

EU, Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR).

EU, Report on the application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, 17 October 2023

UNCITRAL Technical Notes On Online Dispute Resolution, 2016.

Ulusan, Banu, “Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma İle Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, S. 163, 2022, pp. 155-189.

Gören Ülkü, Nazlı, “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu/Obligation of Representation by a Lawyer in Civil Procedure Law (in Turkish)”, Marmara University Law Faculty Legal Research Journal, Volume 16, Issue 3-4, 2010, pp. 309-325.

Transforming Our Justice System, By the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, Ministry of Justice, <https://www.gov.uk/government/publications/transforming-our-justice-system-joint-statement>.

Xi, Chen, “Asynchronous Online Courts: The Future of Courts?”, Oregon Review of International Law, Volume 24, 2023, pp. 39-94.

Yardımcı, T. Emre, “Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat (Electronic Notification within the Framework of the New Electronic Notification Regulation)”, Ankara Barosu Dergisi (Journal of the Ankara Bar Association), Issue 3, 2019, pp. 1-38.

Yıldırım, M. Kamil /Gül, M. Akif, ““Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims)” Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler (Considerations for the Resolution of “Small Claims” in a Sui Generis Procedure)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Marmara University Law Faculty Journal Of Legal Research), Volume 27, Issue 2, 2021, pp. 1334-1351.

Zhurkina, Olga/Filippova, Elena/Bochkareva, Tatiana, Digitalization of Legal Proceedings: Global Trends, Proceedings of the 1st International Scientific Conference “Legal Regulation of the Digital Economy and Digital Relations: Problems and Prospects of Development” (LARDER 2020), Advances in Economics, Business and Management Research, Volume 171, pp. 119-124.

Internet Resources

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/13338>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/21781>
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm>
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219.pdf>
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm>
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-3.htm>
https://www.ntv.com.tr/ntvpara/kira-sozlesmelerinde-yeni-donem-e-devlet-uzerinden-yapilacak,_bvi-q1hBUyM3oUgIbFy7A
<https://giris.turkiye.gov.tr/Giris/e-Devlet-Sifresi>
<https://bireysel.ziraatbank.com.tr/Transactions/Login/TRIDCardLogin.aspx>
<https://www.turkiye.gov.tr/2fa-tanitim>
<https://edurasmabilgi.adalet.gov.tr/>
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6325&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6100&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5070&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
<https://www.ptt.gov.tr/kep-hizmetleri-e-imza>



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Ebeveyn Yabancılaşması: Velayet Uyuşmazlıklarında
Baba Mağduriyetleri ve Psikososyal Etkileri**

**Parental Alienation: Paternal Grievances and
Psychosocial Effects In Custody Disputes**

  Hilal ATEŞ*

  Dr. Öğr. Üyesi Burak ACAR**

  Prof. Dr. Ömer Miraç YAMAN***

 10.60002/ebyuhfd.1632534

ÖZ

Bu çalışma, velayet uyuşmazlıklarında babaların yaşadığı mağduriyetleri ve ebeveyn yabancılaşmasının psikososyal etkilerini incelemektedir. Boşanma davalarının artışıyla birlikte, velayet hakkı genellikle annelere verilmekte ve bu du-

-
- * Yüksek Lisans Öğrencisi, Sakarya Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı.
** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.
*** İstanbul Üniversitesi- Cerrahpaşa, Sağlık Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 03.02.2025 | **Kabul/Accepted:** 30.04.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Hilal Ateş/Burak Acar/Ömer Miraç Yaman, “Ebeveyn Yabancılaşması: Velayet Uyuşmazlıklarında Baba Mağduriyetleri ve Psikososyal Etkileri”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (661-717).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

rum, babaların çocuklarıyla sağlıklı bir ilişki kurmalarını zorlaştırmaktadır. Araştırma, hukuki düzenlemelerin ve uygulamaların babalar üzerindeki olumsuz etkilerini anlamayı amaçlamaktadır. Velayet veya kişisel ilişki kurma hakkı olduğu halde çocuklarıyla görüşemeyen ya da sağlıklı bir bağ kuramayan babaların durumu, ebeveyn yabancılaştırması kavramı çerçevesinde tartışılmıştır. Nitel araştırma yöntemi kullanılan çalışmada, 12 baba ve 5 adli uzman (hâkim, avukat, sosyal hizmet uzmanı) ile yarı yapılandırılmış görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Veriler, betimsel analiz yoluyla incelenmiş ve ebeveyn yabancılaştırmasının dışsal ve içsel faktörleri belirlenmiştir. Bulgular, velayet sürecinin bazı durumlarda babalar aleyhine işlediğini, kişisel ilişki kurma sürelerinin yetersiz olduğunu ve ebeveyn yabancılaştırmanın çocukların psikolojik gelişimini olumsuz etkilediğini göstermektedir. Çalışma, velayet ve kişisel ilişki süreçlerinde daha adil uygulamalar geliştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Babaların çocuklarıyla düzenli ve nitelikli zaman geçirebilmeleri için hukuki süreçlerin iyileştirilmesi, ebeveyn yabancılaştırmasını önleyici tedbirlerin alınması önerilmektedir. Bu doğrultuda, hem çocukların üstün yararının korunması hem de ebeveyn-çocuk ilişkilerinin sürdürülebilirliği açısından politika değişikliklerine ihtiyaç duyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: velayet, boşanma, baba, çocuk, ebeveyn yabancılaştırması.

ABSTRACT

This study examines the grievances of fathers in custody disputes and the psychosocial effects of parental alienation. With the increasing number of divorce cases, custody rights are predominantly granted to mothers, making it difficult for fathers to establish and maintain a healthy relationship with their children. The research aims to understand the negative impact of legal regulations and practices on fathers. The experiences of fathers who, despite having custody or visitation rights, are unable to see their children or form a meaningful bond with them are discussed within the framework of parental alienation. A qualitative research method was employed, involving semi-structured interviews with 12 fathers and 5 legal professionals (judges, lawyers, and social workers). The data were analyzed using descriptive analysis, identifying both external and internal factors contributing to parental alienation. The findings indicate that custody processes sometimes work against fathers, visitation periods are insufficient, and parental alienation negatively affects children's psychological development. The study emphasizes the need for fairer practices in custody and visitation arrangements. To enable fathers to spend regular and meaningful time with their children, legal procedures should be improved, and measures should be taken to prevent parental alienation. Accordingly, policy changes are required to ensure both the best interests of the child and the sustainability of parent-child relationships.

Keywords: custody, divorce, father, child, parental alienation

GİRİŞ

Velayet hakkı, ana babanın, kural olarak küçüklerin bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların kişilik ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütünüdür.¹ Velayete ilişkin düzenlemelerin temel dayanak noktası çocuğun üstün menfaati ilkesidir. Kural olarak evlilik devam ettiği sürece velayet ana ve baba tarafından birlikte kullanılır. Ne var ki ayrılık veya boşanma halinde, ortak velayet teoride mümkün olsa da, uygulamada yaygın olarak velayet hakkı mahkeme tarafından anaya veya babaya verilmektedir.

Boşanma veya ayrılık sürecinde velayet hakkını kazanamayan ana veya baba için Türk Medeni Kanunu² 323-324 hükümleri uyarınca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı, mahkeme yoluyla tahsis edilir. Mahkemece kişisel ilişki kurma hakkı kapsamında *uygun nitelik* şartı aranmakla birlikte her halükârda *çocuğun üstün yararı* öncelikli şarttır. Uygun nitelik ve üstün yarar kapsamında her somut olay için hususi olarak araştırma yapılır. Buna göre çocuğun kişisel ihtiyaçları, kişiliği, sağlık durumu, eğitim hayatı, sosyal konumu vb. hususlar göz önünde bulundurulur.³ Benzer araştırmaların hem velayet hakkı sahibi ebeveyn hem de kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyn hakkında da yapılması gerekir.

Gerek velayet hakkı gerekse kişisel ilişki kurma hakkı kapsamındaki hukuk uygulamaları, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda şekillenmiş olmakla birlikte bu noktada ebeveynlerin göz ardı edilebildiği ve dolayısıyla örtülü biçimde de olsa birtakım mağduriyetlere sebep olduğu gözlemlenebilmektedir. Özellikle velayet kendisine bırakılmayan ebeveyn açısından; aile sıcaklığından yoksun kalma, annelik-babalık haklarını nispeten veya tamamen yitirme ve çocuğunun hayatına dahil olamama,⁴ çocuğu ile sağlıklı bir ebeveyn-çocuk ilişkisi kuramama, annelik-babalık duygusunu tatmin edememe,⁵ bir ebeveynin diğeri tarafından kötülenmesi

1 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2016, s. 344.

2 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

3 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 336-337.

4 Gülden Elçim **Üner Altuntaş**/Neylan **Ziyalar**, “Ebeveyne Yabancılaşma Olgusu-Reddedilen Ebeveyn Olarak Baba”, Adli Tıp Bülteni, C. 23, S. 1, 2018, s. 26

5 Özlem Ezgi **Solak**, Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2015, s. 115.

ile ebeveyn yabancılaştırılmasına maruz kalma⁶ gibi mağduriyetlere sebebiyet verebilmektedir. Bunların sonucunda ise mağdur ebeveynler açısından çocuğunu kaybettiğini düşünme, hayata karşı olumlu ve üretken bir tutum sergileyememe, yalnız ve depresif bir yaşamı tercih etme gibi sonuçlar söz konusu olabilmektedir.

Özellikle kişisel ilişki kurma hakkı bağlamında görüşme sürelerinin Türk hukukunda belirli ve oldukça sınırlı sürelerle gerçekleştirilmesi önemli bir sorun arz etmektedir. Uygulamada kural olarak görüşme süreleri her ayın birinci ve üçüncü veya ikinci ve dördüncü hafta sonu birer gün, dini bayramlarda birer gün, okul yarıyıl tatillerinin bir haftası ve çocuğun yaşına göre yaz aylarında 15 veya 30 gün olarak belirlenmektedir. Bu sürelerin tespitinde sosyal araştırmacıların raporları doğrultusunda hakimnin takdiri etkili olsa da söz konusu sürelerin sağlıklı bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması için yeterli olmadığı açıktır. Nitekim çocuğun her iki ebeveyni ile de paylaşımlarda bulunmasına imkan sağlayacak şekilde yeterli bir sürenin belirlenmesi gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir.⁷ Ayrıca Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda, sınırlı görüşme hakkı tanınmasının ve kişisel ilişki konusundaki kısıtlamaların başvuruçunun *aile hayatına saygı hakkına bir müdahale* oluşturduğuna ve *aile hayatına saygı hakkının* (Anayasa m.20) ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁸ Zaten çocukla kişisel ilişki kurulmasında asıl amaç, çocuk ile ana ve baba arasında evlilik birliği süresince mevcut olan ilişkinin korunması ve sürdürülmesinin sağlanmasıdır.⁹ Ancak süreler itibariyle kişisel ilişki kurma hakkı uygulamalarının bu işlevi yerine getirdiği söylenemeyecektir.

Literatürde bahsi geçen tek ebeveynli ailelere ilişkin mağduriyetler¹⁰ çoğunlukla dezavantajlı grup sayılan anne ve çocuk bakımından ele alınmakla birlikte babaların çocukları ile ilişkilerine ve kendi psikolojileri bakımından yaşadıkları mağduriyetlere nispeten seyrek biçimde değinilmektedir. Çocukların babalarını ailede disiplini sağlayan kişi, otorite¹¹ olarak

6 İrem **Özata**, Evliliğin Sona Ermesinde Çocuk ile Ana Baba Arasında Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kullanımında Yaşanan Sorunların Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021, s. 76.

7 **Üner Altuntaş**, s. 27.

8 Fulya **Erlüle**, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, s. 259.

9 **Erlüle**, s. 261

10 Ayfer Aydıner **Boylu/Hülya Öztop**, “Tek Ebeveynli Aileler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Sosyoekonomi Dergisi, C. 19, S. 19, 2013, s. 211.

11 Zerrin **Mercan**/Fatma Tezel **Şahin**, “Babalık Rolü ve Babalık Rolü Algısı”, Uluslararası Erken Çocukluk Eğitimi Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 2, 2017, s. 2.

görmesinin yanı sıra babalarının kabul ve onayını da dış dünyada beğenilmeleri ve kabul edilmeleriyle eşleştirdikleri söylenebilir.¹² Çocuk ile baba arasında yapılan paylaşımın çoğalması hem çocuğun gelişimini hem de baba açısından benlik algısını ve özgüveni olumlu yönde etkilemektedir.¹³

¹⁴ Dolayısıyla hem baba hem çocuk hem de büyük resimde toplum açısından baba-çocuk ilişkisinin sağlıklı bir biçimde kurulması ve sürdürülebilmesi önem arz etmektedir. Boşanmaların her geçen gün arttığı günümüz koşullarında ebeveyn-çocuk ilişkisinin korunması; aynı evde yaşayamayan ebeveyn ve çocukların ilişkilerini sürdürebilmeleri için hem hukuk hem sosyal hizmet alanlarında bu konuya dair yapılan çalışmalarda azami gayret ve dikkat gerekmektedir.

TÜİK verilerine göre 2022 yılında annenin velayetine verilen çocuk oranı %75.7 iken babaya verilme oranı %24.3 olmuştur. Dolayısıyla babalar açısından velayeti kendisine verilmeyen çocukları ile görüşme sağlamaları, sağlıklı bir baba çocuk ilişkisi kurmaları görüşme sürelerinin kısıtlı oluşu dikkate alındığında oldukça zorlaşmaktadır. Medeni Kanun m.326'da düzenlendiği üzere babaların çocukları ile görüşme talepleri, kişisel ilişki kararı kapsamı dışında, annelerin inisiyatifine bırakılmıştır. Özellikle çekişmeli boşanmaların yoğunluğu ve yıpratıcılığı göz önünde bulundurulduğunda bırakın görüş süreleri dışında görüşmelerini, kişisel ilişki kurma hakkı kapsamında sınırlı da olsa tanınan görüşmelerin dahi gerçekleştirilemediği vakayı adiyedendir.

Üstelik babaların bu durumu bertaraf etmek için başvurabilecekleri yol icra yoluyla çocuk teslimidir. Bu yöntemde velayet sahibi ebeveyn icra emri gönderilir ve son tahlilde icra memurları ve kolluk görevlileriyle birlikte çocuğun cebren anneden alınıp babaya verilmesi söz konusu olur. Ki bu durumun hem çocuk hem ebeveynler için ciddi travmalar oluşturacağı aşikardır. Son dönemde yeni bir uygulama olarak Çocuk Merkezleri uygulamaya konulmuş olsa da her bölgede aktif ve yeterli düzeyde işlevsel olduğu henüz söylenememektedir. Dolayısıyla bahsi geçen mağdur babaların, anne müsaade etmedikçe çocukları ile görüşmeleri, babalık duygusunu tatmin etmeleri ve sağlıklı bir baba-çocuk ilişkisi kurmaları bu durumda oldukça güçtür.

12 Zeynep Nur **Aydın Kılıç**, Ankara-Trabzon-Erzurum Örnekleminde Babanın Çocuğun Hayatına Katılımı ve Baba Çocuk İlişkisinin İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2016, s. 10.

13 **Aydın Kılıç**, s. 10.

14 Oya **Güngörmüş**, Baba Yoksunluğunun Benlik Kavramı Üzerine Etkisi ve Babasız Öğrencilerin Problemlerinin Hangi Alanlarda Yoğunlaştığının Saptanması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Çocuk Sağlığı Enstitüsü, 1986.

24.11.2021 tarihli 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 39.maddesi uyarınca 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa 41 inci maddesinden sonra gelmek üzere başlığı ile birlikte, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması başlığı altında Dördüncü Kısım eklenmiş ve bu suretle Çocuk Koruma Kanunu'na 41/A ilâ 41/İ maddeleri ve geçici madde 2 olmak üzere toplam on yedi yeni madde eklenmiştir. Bu maddelerin ihdası ile birlikte çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasının düzenlendiği İcra ve iflas Kanunu'nun 25, 25/a, 25/b ve 341. maddeleri mülga edilmiştir. Böylece çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kapsamında uygulanan, ilamlı icra niteliğindeki çocuğun cebri icrası uygulamasından uzaklaşarak daha ayrıntılı ve nispeten sağlıklı olduğu söylenebilecek düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında aralarında kişisel ilişki tesis edilen ebeveyn ile çocuk arasındaki görüşmeler önemli bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik öncesinde, bir borcun ödenmemesi halinde uygulanan cebri icra gibi ilamlı icra niteliğindeki bir başvuru ile çocuk teslimine başvurmak mümkündü. Çocuk tesliminde icra memurları, çocuğu teslim yükümlüsü velayet sahibinden alarak kişisel ilişki tesisini talep eden ebevyne teslim etmekteydi. İcra daireleri gerekli gördüğü taktirde kolluk kuvvetlerinin eşlik etmesiyle bu teslim alma sürecini yürütmekteydi.

Çocuğun bir borç konusu gibi değerlendirilerek, üstelik psikolojik açıdan ciddi olumsuz etkisi olacak bir usulde teslimini içeren, çocuğun üstün menfaatine ve insan haklarına aykırılık sonucunu doğurabilecek nitelikte olduğunu değęrlendirdiğimiz bu uygulama birçok açıdan eleştirilmekteydi.

Ayrıca icra yoluyla çocuk teslimi, tıpkı ilamlı icra niteliğini taşıdığından, bu yola başvuran kişi icra masrafları ve avukatlık masraflarına muhatap olmaktaydı ki bu durum lehine kişisel ilişki tesis edilen için maddi külfet oluşturmaktaydı. Ancak çocuk teslimine ilişkin yapılan düzenlemeler ile birlikte çocuk teslimi, 5395 sayılı ÇKK Giderlerin Karşılanması başlıklı m.41/H uyarınca tüm kanuni harçlardan muaf tutulmuş ve bu işlemlerin yürütülmesi sırasında yapılan, avukatlık ücreti hariç tüm masrafların, Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacaktır.

Çocuk teslimine ilişkin yapılan değişiklikler kapsamımda her ilde bir Çocuk Görüşme Merkezinin kurulması ve devamında kişisel ilişki kurulmasına etkin bir hizmet ve destek sağlanması neticesinde, ebeveyn-çocuk görüşmelerinin çok daha sağlıklı bir zemine kavuştuğu söylenebilmektedir. Mevcut düzenleme kapsamında Çocuk Görüşme Merkezleri, çocuğun üstün yararı gözetilerek duygusal ve psikolojik gelişiminin korunması

kapsamında faaliyet göstermektedir. Çocuk Görüşme Merkezleri aracılığıyla görüşmelerin sağlanmasında, mekân ve ortam düzenlemelerinden gerektiğinde uzman eşliğinde görüşme yapılmasına kadar sürecin ve görüşmenin sağlıklı biçimde yapılması öncelenmektedir. Bu kapsamda uygulamada anaokulu benzeri ortamlar oluşturularak çocuğun rahat ve huzurlu hissetmesinin hedeflendiği, başvuru sonrasında ebeveynlerle iletişime geçilerek süreç hakkında bilgilendirme yapıldığı görülmektedir. Ayrıca gerektiğinde, 5395 sayılı ÇKK m.41/A 2. ve 5. fıkralar kapsamında yetkili kılınan ve Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmenler gibi uzmanların; uzmanın bulunmadığı yerlerde ise öğretmen desteği ile görüşme esnasında psikolojik destek sağlandığı ve kişisel ilişki tesisi ile hedeflenen yararın sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Adalet Bakanlığınca kurulan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Birimleri aracılığıyla ücret talebi olmaksızın ebeveynin, çocuğu ile görüşmek maksadıyla başvuru yapması mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda 5395 sayılı ÇKK M.41/9A f.1 uyarınca Adalet Bakanlığınca kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince başvuru ve devamındaki işlemler yürütülmekte ve ebeveynler süreç hakkında bilgilendirilerek yönlendirilmektedir. Bu süreçte kendisine ulaşamayan yahut ulaşılsa dahi çocuğu görüşme merkezine getirmekten imtina eden ebeveyn hakkında şikayet üzerine mahkemece yargılama yapılacağı ve disiplin hapsi yaptırımının uygulanacağı, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu “Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet” başlıklı m.41/F uyarınca hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda kişisel ilişki kurulmasının mahkemece belirlenen günlerde engellenmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar ve tedbir kararları kapsamındaki bu yenilikler, çocukla görüşmenin sağlanması yönünden ümit verici gelişmeler olsa da esasen ebeveyne yabancılaşma ve yabancılaştırmayı bütünüyle bertaraf etmeye muktedir değildir. Nitekim kişisel ilişki tesisi sınırlı günlerde sağlanmakta ve öncesinden ve sonrasında çocuğun maruz kaldığı yabancılaştırmayı engelleyici bir tedbir sayılmamaktadır. Yabancılaştıran ebeveynin çocuğa karşı gerçekleştirdiği, diğer ebeveyn hakkında karalama, kötöleme, itibar zedeleme eylemleri çocukta ciddi tahribat oluşturacağından dolayı zaten yabancılaşmaya uğramış bir çocuk için sadece kişisel ilişki kapsamında görüşme sağlanması bu olumsuz etkileri bertaraf edemeyecektir. Ayrıca yabancılaştıran ebeveynin, yabancılaştırma maksadıyla, koruma tedbirleri kapsamında herhangi bir gerekçeyle ihtiyaç duymaksızın uzaklaştırma koruma tedbiri

alabileceği ve ebeveyn-çocuk görüşmelerini engelleyebileceği açıktır. Nitekim ilgili değişiklik 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.41/C f.11'e göre, 6284 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen bir tedbir bulunması halinde teslim işlemlerinin bu karar dikkate alınarak yapılacağı düzenlenmiştir. Bunun dışında velayet kendisine bırakılan ebeveynin, diğer ebeveyne yönelik cinsel istismar vb. suç isnadı ile hakkında soruşturma açılmasını sağlaması ve bu yolla ebeveyn-çocuk görüşmelerini engellemesi de mümkündür. Tüm bu sebeplerle, her ne kadar çocuk teslimi sisteminde ciddi bir iyileştirme sağlanmış olsa da, bu iyileştirmeler görüşmelerin sağlanmasına yönelik mecburi düzenlemeler olarak nitelendirilmenin ötesine geçememektedir. Kişisel ilişki için tesis edilen günlerin süresi ve sınırlılığı; yabancılaştırılan ebeveyne yönelik gerçeğe aykırı suç isnadı yahut karalama ve kötüleme gibi eylemler sebebiyle, ebeveyne yabancılaşma ve yabancılaştırmayı önleme noktasında etkin bir iyileştirmenin yürürlüğe girdiğini söylemek mümkün değildir. Bu sebeple ebeveyne yabancılaştırma olgusunun, velayetin tek tarafa tevdi edilmesiyle ortaya çıkan sonuçları bakımından irdelenmesi ve sorunların tespit edilerek çok yönlü iyileştirmelerin yapılması elzemdir.

Aile çocuk ilişkilerinin bütüncül bakışla incelenmesi ve sorunların ailenin her bireyi açısından değerlendirilmesi oldukça önemlidir. Önceden aile ve çocuk ilişkilerini inceleyen çalışmalarda daha çok annenin önemi öne çıkarken son zamanlarda baba ile çocuk ilişkisinin önemi ve rolleri üzerine araştırmaların da arttığı görülmektedir.¹⁵ Yapılan araştırmalarda babaların çocukların hayatlarında daha aktif bir katılımının olmasının çocukların eğitim başta olmak üzere gelişim alanlarına olumlu katkı sağladığı anlaşılmaktadır. Özellikle çocuklarıyla daha fazla zaman geçiren ve eğitim vb. sorumluluk alanlarıyla daha çok ilgilenen babaların çocuklarıyla iletişiminin daha olumlu olduğu belirtilmektedir.¹⁶ Babaların çocuğun eğitimi, bakımı ve hayatı hakkında nüfuzunun ve etkinliğinin geçmişe nazaran daha fazla olduğu günümüz koşulları, çocuğun hayatında daha fazla var olan baba iyi babadır şeklinde bir ilişkilendirmeyi beraberinde

15 Fatma Tezel **Şahin**/Fatma Nilgün **Cevher**, “Türk Toplumunda Aile-Çocuk İlişkilerine Genel Bir Bakış”, (ayk.gov.tr, 2007) < <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/TEZEL-%C5%9EAH%C4%B0N-Fatma-CEVHER-Fatma-Nilg%C3%BCn-T%C3%9CRK-TOPLUMUNDA-A%C4%B0LE-%C3%87OCUK-%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0LER%C4%B0NE-GENEL-B%C4%B0R-BAKI%C5%9E.pdf>, E.T. 5.12.2013.

16 **Aydın Kılıç**.

getirmiştir.¹⁷ Dolayısıyla hem çocukların sağlıklı gelişimi hem de baba çocuk ilişkisinin olumlu anlamda sürdürülebilmesi için babaların çocukları ile nitelikli vakit geçirmeleri ve çocuklarının hayatlarında daha fazla var olmaları önem arz etmektedir. Babaları ile sağlıklı ilişki kuramayan çocuklarda psikolojik sorunlar; saldırganlık, agresiflik vb. davranış bozuklukları, suça eğilim, eğitim hayatında başarısızlık gibi bireysel ve sosyal hayatında birçok olumsuz neticenin gözlemlendiği söylenebilmektedir.^{18,19} Ayrıca boşanma ve ayrılık sebebiyle çocuğun yaşadığı baba yoksunluğunun ölüm nedeniyle yaşanan baba yoksunluğuna nispetle daha fazla olumsuz etkiye sebebiyet verdiği ifade edilmektedir.²⁰

Bu anlamda baba yoksunluğunun en önemli etkenlerinden biri de çoğunlukla boşanma ve ayrılık süreci ile gündeme gelen ebeveyne yabancılaşma ve yabancılaştırma sendromudur.²¹ Boşanma sonrası ağırlıklı olarak velayetin bir ebeveyne bırakılması ile diğer ebeveyn ile ilişkilerde sürekliliğin ve nitelikli bir etkileşimin çoğunlukla sağlanamadığı görülmektedir. Ayrı yaşama sürecinin doğal bir sonucu olarak ebeveyne yabancılaşmanın bu sürece önemli bir etkisi olmakla birlikte velayet sahibi ebeveyn veya yakınların bilinçli veya bilinçsiz bir tutumla çocuğu diğer ebeveyn-den uzaklaştırmasının yani ebeveyne yabancılaştırmanın ciddi bir etkisi bulunmaktadır. Hollanda’da boşanma ve sonrasına ilişkin ebeveyne yabancılaşma olgusunu inceleyen bir çalışmada da velayet sahibi ebeveynin çocuğu diğer ebeveyn-den uzaklaştırmaya yönelik kötöleme, karalama, uzaklaştırma vb. faaliyetleri ele alınmış ve ebeveyn ile görüştürmeme biçimindeki davranışlarıyla ebeveyne yabancılaşma sendromuna sebebiyet verdiği ifade edilmiştir.²² Ebeveyne yabancılaşma, çocuğun ebeveynine karşı yabancılaşmasını ifade ederken yabancılaştırma ise çocuğun, bir

17 Mercan/Şahin, s. 3

18 Aydın Kılıç, s. 27.

19 Sefa Bulut, “Boşanmış Babaların Çocuklarıyla İlişkileri ve Buna Etki Eden Faktörler”, Turkish Studies, C. 13, S. 3, 2018, s. 186.

20 Oya Güngörmüş, “Baba Yoksunluğunun Çocuk Gelişimine Etkisi”, Yaşadıkça Eğitim Dergisi, C. 8, S. 13, 1989, s. 13.

21 Fuat Torun, “Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C. 3, S. 3, 2011, s. 472.

22 Ed Spruijt/Bianca Eikelenboom/Janneke Harmeling/Robin Stokker/Helga Kormos, “Parental Alienation Syndrome (PAS) in the Netherlands”, The American Journal of Family Therapy, C. 33, S. 4, 2005, s. 303, s. 314.

ebeveyni vasıtasıyla diğer ebeveynine karşı gösterdiği ısrarcı, rasyonel olmayan ve olumsuz duygu ve tutumlarını ifade etmektedir.²³ Her iki olgu da çocuğun ebeveynine karşı olumsuz tavır ve tutumlar içerisinde olmasını, ebeveyninden soğumasını ve uzaklaşmasını ifade eder. Çocuğun diğer ebeveyn hakkında kötülleme ve karalama ile yabancılaştırılması esasen uzun vadede çocuk için de ciddi psikolojik sorunlar oluşturacağından bunun çocuğun duygusal istismarı olduğu ifade edilmektedir.²⁴ Yabancılaştırmaya maruz kalan çocuk hedefteki ebeveynine karşı nefret, aşağılama ve güvensizlik duyguları gibi olumsuz birtakım duygular hissetmenin yanı sıra onunla temastan da kaçınmaktadır.²⁵

Her ne kadar öğretilerde bu olgunun tartışılması gitgide yaygınlaşsa da *babalık* açısından tartışılmasının pek yaygınlık kazanmadığı görülmektedir. Boşanmaların zaten oldukça çekişmeli hale geldiği günümüzde çocukların bu süreçte yanında kaldığı ebeveyninin tarafını tutmaya zorlanması, diğer ebeveynine karşı koz olarak kullanılıp her ikisinin de duygusal anlamda istismar edilmeleri,²⁶ babalar açısından sıcak bir aile ortamının ve çocuklarıyla birlikte aile duygusunu yaşamaktan mahrum olması gibi hususlar sebebiyle ebeveyn yabancılaştırması ve yabancılaştırması bağlamında yukarıda bahsi geçen olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da boşanma-velayet kararlarında çocuğun yararını gözetirken annelik ve babalık tatminini dikkate alan gerekçeler hazırlamaktadır.²⁷ Dolayısıyla babaların babalık duygusunu tatmin etmeleri, ebeveyn olarak sağlıklı bir birey ve aile hayatı sürdürebilmeleri önemli bir nokta olup aile bireylerinin zarar görmelerinin önlenmesi için gerekli iyileştirmeler yapılmalıdır.

Günümüzde boşanma davaları ve velayet anlaşmazlıklarının artmasıyla birlikte parçalanmış ailelerin fertleri açısından çeşitli mağduriyetler doğmaktadır. Bu çalışma ise boşanma veya velayet davası ile çocukların

23 Görkem **Yurdakul**, Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu: Çocuklar, Ebeveynler ve Sosyal Hizmet Uzmanları Üzerinden Değerlendirme, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2022, s. 38.

24 Richard A. **Gardner**, “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?”, *The American Journal of Family Therapy*, C. 30, S. 2, 2002, s. 93-99.

25 Amy J. L. **Baker**, “The Long-Term Effects of Parental Alienation on Adult Children: A Qualitative Research Study”, *The American Journal of Family Therapy*, S. 33, 2005, s. 289-290.

26 **Gardner**, s. 95.

27 **Erlüle**, s. 268.

velayetinin anneye hasredilmesinin ardından yaşanan bazı mağduriyetlerin babalar açısından ele alınmasını amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, öğretilerde yoğunluklu olarak anne-çocuk mağduriyetlerine dikkat çekilmesine karşılık esasen babaların da bu süreçte mağduriyetler yaşadığına ve hukuk uygulamalarının bu noktada nasıl etki ettiğine dair dikkat çekici bir çalışma ortaya koyulması hedeflenmektedir. Araştırma kapsamında velayetin anneye verilmesinin baba mağduriyetlerine sebebiyet vermesi yönünden hem ilgili hukuki düzenleme ve sürece değinilecek hem de bunun sonucunda babaların yaşadığı psikolojik, sosyokültürel, ekonomik vb. alanlardaki mağduriyetler ele alınacaktır. Bu kapsamda, kişisel ilişki kurma hakkı ve çocuğun üstün menfaati kavramları üzerinden hukuki sürecin ebeveynin yabancılaşması olgusu ile ilişkisi ve bunun bir sonucu olarak baba mağduriyetlerine etkisinin anlaşılması hedeflenmektedir. İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Etik Kurulu Başkanlığı tarafından 08.11.2022 tarihli, 2022/331 no’lu etik kurulu onay kararı ile yürütülmüş görüşmeler sonucu elde edilen verilerin analizi yoluyla yürürlükteki velayet uygulamaları ile ortaya çıkan baba mağduriyet hikayelerinin tespiti ve hukuk uygulamalarının mağduriyetlere etkisi anlaşılmaya çalışılacaktır. Böylece hukuki süreçte ebeveyn ve çocuk bağının, sürecin getirisi olan olumsuz etkilerden korunması için gerekli düzenlemelere ilişkin bu araştırmanın yol gösterici olması hedeflenmektedir. Sonuç olarak babalık kavramının gitgide silikleştiği günümüz aile yapısında sağlıklı bireylerin yetişemeyeceği ve dolayısıyla sağlıklı bir toplumun oluşamayacağı da izahtan varestedir. Dolayısıyla yaşanan sorunların ele alınması ve gerekli hukuki ve sosyal düzenlemelere ışık tutulması oldukça önemlidir. Bu çalışmanın amacı da bu sorunları ortaya koymak ve ilgili iyileştirmelere öncü olabilmektir.

I. YÖNTEM

A. Araştırma Modeli ve Soruları

Bu çalışmada, boşanma ve velayet davaları sonucu çocuklarının velayetini kaybeden babaların yaşadığı deneyimler ve karşılaştıkları sorunlar, ebeveyn yabancılaşması bağlamında derinlemesine anlaşılmaya çalışılmıştır. Katılımcıların anlatılarını ve deneyimlerini öne çıkarmayı hedeflemesi sebebiyle çalışma **nitel araştırma yöntemi** çerçevesinde tasarlan-

mıştır. Bu bağlamda çalışma, nitel araştırma desenlerinden biri olan fenomenolojik desen ile yapılandırılmıştır.²⁸ Fenomenolojik desen, bireylerin belirli bir olguyu (bu çalışmada baba mağduriyetleri ve ebeveyn yabancılaştırması) nasıl deneyimlediklerini, nasıl anlamlandırdıklarını ve bu deneyimlerin onların dünyasında nasıl bir yer tuttuğunu araştırmayı amaçlar. Baba mağduriyetlerinin bireysel düzeydeki yansımalarını ortaya koymak, bu olguyu bireylerin kendi anlatıları üzerinden incelemek ve ortak temaları belirlemek bu desenin tercih edilme nedenidir. Ayrıca, fenomenoloji bireysel anlatıların öznelliğine odaklandığı için, gerek mağdur babaların gerekse alanda görev yapan profesyonellerin bu olguya ilişkin duygu, düşünce ve deneyimleri anlamak açısından en uygun yaklaşım olarak değerlendirilmiştir.

Araştırmanın amacı ve yöntemine uygun olarak tasarlanmış şu sorulara cevap aranmaktadır:

i. *Boşanma ve velayet sürecini deneyimleyen babalar, bu olguyu nasıl yaşamaktadır?*

ii. *Hukuki süreçte ve sonrasında ne tür mağduriyetlerle karşı karşıya kalmaktadırlar?*

iii. *Hukuki süreçte alınan kişisel ilişki kararları, babaların çocuklarıyla ilişkilerini ebeveyn yabancılaştırması bağlamında nasıl etkilemektedir?*

iv. *Çocuğun üstün yararı ilkesine dayalı uygulamalar, babaların çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkını nasıl biçimlendirmektedir?*

v. *Bu süreçte babalar ebeveyn yabancılaştırmasına maruz kalmaktadır ve hukuk sistemi bu konuda nasıl bir rol oynamaktadır?*

B. Araştırmanın Çalışma Grubu

Mağdur babalar ve profesyonellere ulaşabilmek için olgu ve olayların keşfedilmesi ve açıklanmasında yararlı olduğu ifade edilen amaçlı örneklem yöntemlerinden kartopu örnekleme tercih edilmiştir.²⁹ Bu yöntemin kullanılarak iki farklı örneklem grubunun oluşturulduğu bu çalışmada katılımcıların 12'si velayete ilişkin uyuşmazlık doğrultusunda çeşitli mağduriyetler yaşadığını ifade eden babalardan, 5'i ise velayete ilişkin hukuki süreçte görevli olan avukat, hakim ve sosyal çalışma görevlilerinden (sosyal hizmet uzmanı, psikolog, pedagog) oluşmaktadır. İkinci kısımda yer

28 John W. **Creswell**, Nitel Araştırma Yöntemleri- Beş Yaklaşım Göre Nitel Araştırma ve Araştırma Deseni, Siyasal Kitabevi, Ankara 2016, s. 77-78.

29 Ali **Yıldırım**/Hasan **Şimşek**, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 136.

alan profesyonel katılımcılar, velayet hususunda görevli mahkeme olan aile mahkemelerinde velayete ilişkin davalarda görev alan kişilerdir (Tablo 1).

Katılımcı	Yaş	Statü	Katılımcı	Yaş	Statü
K1	41	Baba	K10	45	Baba
K2	45	Baba	K11	41	Baba
K3	51	Baba	K12	47	Baba
K4	36	Baba	K13	46	Dernek Başkanı
K5	37	Baba	K14	34	Avukat
K6	42	Baba	K15	50	Hakim
K7	43	Baba	K16	31	Sosyal Çalışmacı
K8	34	Baba	K17	32	Avukat
K9	29	Baba			

C. Veri Toplama ve Analizi

Yarı yapılandırılmış görüşme formunun hazırlama sürecinde ebeveyn yabancılaşması, kişisel ilişki hakkı, çocuğun üstün yararı gibi temel kavramlar temel alınmış; soruların açık uçlu ve derinlemesine yanıt alınabilecek nitelikte olmasına özen gösterilmiştir. Araştırmacıların çocuk refahı, aile hukuku ve nitel araştırma yöntemleri konularında uzmanlık ve akademik birikimlerinin bulunması, görüşme formunun hazırlanma sürecinde disiplinlerarası bir işbirliği zemini oluşturmuştur. Araştırma ekibi, hem teorik literatüre hem de uygulama pratiğine hâkimiyetleri sayesinde, çalışmanın hedeflediği derinlikte ve açıklıkta soruların oluşturulmasına katkı sağlamıştır. Soruların ön test niteliğinde değerlendirilmesi amacıyla ilgili alanlarda görev yapan iki farklı akademisyenin görüşüne de başvurulmuş, gelen geri bildirimler doğrultusunda soruların içeriksel ve kavramsal netliği güçlendirilmiştir. Bu süreç, veri toplama aracının geçerliliğini ve güvenilirliğini artırmaya yönelik olarak titizlikle yürütülmüştür.

Verilerin güvenilir ve doğru şekilde elde edilebilmesi için iki farklı örneklem grubuna sondaj soruları hariç olmak üzere 10 soruluk iki farklı yarı yapılandırılmış görüşme formu oluşturulmuştur. Katılımcı babalarla yapılan mülakatlar online gerçekleştirilirken, profesyonellerle yapılan mülakatlar yüz yüze gerçekleştirilmiştir. Görüşmelerde elde edilen veriler ses kayıt cihazıyla kayıt altına alınmıştır. 17 kişiyle yapılan görüşmeler toplam 660 dakika sürmüş olup ortalama 38.8 dakikalık mülakatlar gerçekleştirilmiştir. Görüşme verisinin yazıya geçirilmesi, düzenlenmesi ve anlamlı verilerin saptanarak kodlanması sonucunda taslak temaların oluşturulması birbirinden bağımsız 2 araştırmacı tarafından eş zamanlı olarak

yürütülmüştür. Araştırmanın bu aşamasında verilerin betimlenmesi yoluyla analizler yapılmıştır. Betimsel analiz yaklaşımının kavramsal çerçeveye göre verilerin tematik olarak düzenlemesine, verilerin seçilmesi ve anlamlı bir biçimde bir araya getirilmesine ve bulguların tanımlanması ve yorumlamasına kolaylık sağlaması bu yaklaşımın tercih edilmesinde önemli rol oynamıştır (Yıldırım ve Şimşek, 2013, s. 256). Dolayısıyla bu araştırmada elde edilen veriler 3 ana tema altında 9 alt tema ve 21 açımlayıcı tema olmak üzere toplam 33 başlık altında analiz edilerek bir araya getirilmiştir.

D. Güvenilirlik ve Geçerlik

Bu araştırmada elde edilen bulguların inandırıcılığını ve iç geçerliğini artırmak amacıyla çeşitli stratejiler benimsenmiştir. Öncelikle, veri toplama sürecinde kullanılan yarı yapılandırılmış görüşme formunun geliştirilmesinde araştırmacıların alan uzmanlıkları ve deneyimleri belirleyici olmuştur. Araştırmacılardan ikisi, sosyal hizmet alanında akademisyen olup teorik bilgi birikimlerinin yanı sıra uygulamalı aile çalışmaları alanında çeşitli saha projelerinde görev almıştır. Diğer araştırmacı ise hukukçu kimliğinin yanında aile hukuku alanında lisansüstü eğitimine devam etmektedir. Bu disiplinlerarası uzmanlık birikimiyle hazırlanan görüşme formu, ardından alan uzmanlarının görüşüne sunularak ön değerlendirmeye tabi tutulmuş, olası yönlendirici ve önyargılı ifadelerden arındırılması sağlanmıştır. Böylece formun hem içerik geçerliliği hem de sahadaki uygulanabilirliği güvence altına alınmıştır.

Araştırmacı önyargılarını ve yönelimlerini en aza indirmek amacıyla, veri analiz sürecinde refleksivite ilkesi gözetilmiştir. Araştırmacılar, kendi değer ve varsayımlarının analiz sürecine yansımaması için kodlama sürecinde birbirinden bağımsız ön analizler gerçekleştirmiş ve elde edilen temalar karşılaştırmalı biçimde tartışılarak uzlaşıya varılmıştır. Bu yaklaşım, araştırmacı yanlılığını azaltmış ve yorumların çoğul bir bakış açısıyla şekillenmesini sağlamıştır. Ayrıca araştırmada, veri kaynaklarının çeşitliliği (babalar ve profesyoneller) ile doğrudan alıntılarla bulguların desteklenmesi, elde edilen bilgilerin güvenilirliğini artıran diğer unsurlar olmuştur. Bu yöntem, hem bulguların veriye dayalı olduğunu göstermekte hem de farklı araştırmacıların kendi değerlendirmesini yapmasına imkân tanımaktadır.

E. Etik Uygunluk

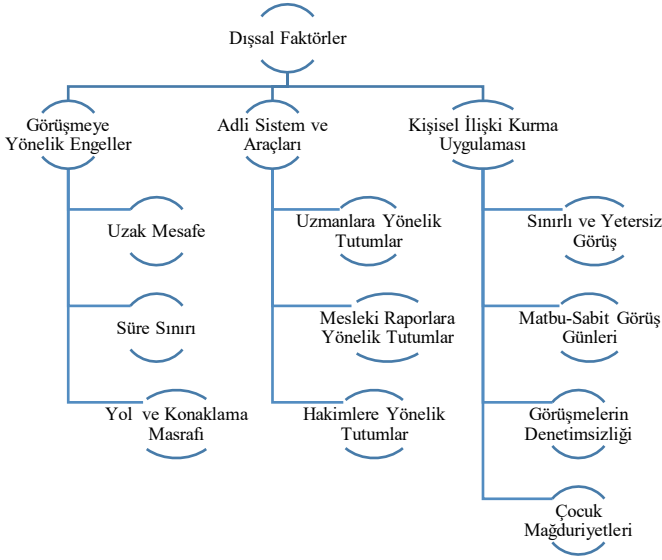
“Velayete ilişkin uyuşmazlıkların baba mağduriyetleriyle ilişkisi” başlıklı araştırma İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Etik Kurulu Başkanlığı tarafından 08.11.2022 tarihli, 2022/331 no’lu etik kurulu onay kararı ile yürütülmüştür.

II. BULGULAR

A. Babaya Yabancılaştırmanın Dışsal Faktörleri

Ebeveyne yabancılaşma hem yabancılaşma hem de yabancılaştırma olarak iki türde de cereyan edebilir. Bunların etki ve neticeleri de birbirinden farklılık arz edebilmektedir. Yabancılaştırmada, bir ebeveynin başvurduğu bilinçli veya bilinçsiz çeşitli yöntemlerle çocuğu diğer ebeveyne karşı yabancılaştırması söz konusudur. Yabancılaşmada ise birtakım dış faktörlerin çocuğun ebeveynine karşı yabancılaşmasına sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu kavramlar birbirinden tamamen bağımsız olmamakla birlikte etkenler bağlamında farklılık arz etmektedir.

Yabancılaşma bağlamında, bilhassa hukuki süreç ve sonrasında, velayetin bir tarafa tevdi edilmesiyle birlikte bu etkenlerin ortaya çıktığı söylenebilir. Baba ile çocuğun görüşmesi noktasında yoğunlaşan bu etkenlerin hem mahkemeler aracılığıyla karar sürecindeki bazı işlemlerin hem de karar sonucunda baba ile çocuk arasında tesis edilen görüşmelerin barındırdığı sorunlarla ilgili olduğu tespit edilmiştir. Buna göre velayet hususunda mahkemelerin uygulama ve tavırlarının etkisinin yanı sıra kişisel görüşmelerin süresel sınırlılık, uzak mesafe ve masraf gibi hususiyetlerinin ebeveyne yabancılaşma noktasında dış etkenler olarak değerlendirilebileceği tespit edilmiştir.



1. Görüşmeye Yönelik Engeller

Velayetin bir tarafa bırakılması ile mahkemece diğer ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmesi gündeme gelir. Bu ilişkinin tesisi ile kişisel görüş günleri tayin edilir ve ardından o gün ve saatte ebeveyn ile çocuk görüşme imkânı elde eder. Hukuk bu hakkı tanımakla birlikte bu hakkın yerine getirilmesinde aktif rol almamaktadır. Uygulamada ebeveyn, velayet kendisine bırakılan diğer ebeveyn ile iletişime geçip çocuğunu almaya gitmektedir. Bu noktada yabancılaşmanın dışsal faktörlerinden biri olarak görüşmeye gelen ebeveynin, çocuğunu görmek için hem kısıtlı bir süreye sahip olması hem de uzak mesafede bulunması ve görüşmek için belli masraflara katlanmak durumunda kalması gündeme gelmektedir.

Katılımcıların bir kısmı, çocuğunun velayet sahibi ile başka bir ilde yaşamasının, çocuğu ile görüşmelerinde doğal bir engel teşkil ettiğini ifade etmiştir. Aynı şehirde yaşayanlar için dahi belli bir zaman ve ekonomik güç gerektiren görüşmelerin başka ve özellikle uzak şehirlerde bulunanlar için görüşmeleri sınırlandığı görülmüştür. Bu meyanda babaların çocuklarını görmek için uçak, tren, şahsi otomobil vs. vasıtalarla uzun bir mesafeyi katetmesi gerektiği ve bunun da görüşmelerin sıklığını olumsuz anlamda etkilediği müşahade edilmiştir. Özellikle uygulamada ağırlıklı olarak iki haftada bir görüş gününün sağlandığı göz önünde bulundurulduğunda babaların çocuklarını görmek için iki hafta sonunu hem gidiş

hem de dönüş vakitlerini ve masraflarını hesap ederek değerlendirmesi gerektiği görülmüştür. Babalar uzak mesafelerin hem plan hem zaman anlamında kendilerini zorladığını ve görüşmemeye kadar etki edebildiğini ifade etmişlerdir. Ebeveyn ile çocuğun güvenli bağlanması veya bunun devamı için belki de en önemli etken olan bu görüşmelerin uzak mesafeler sebebiyle gerçekleştirilememesi yabancılaşmanın dışsal bir faktörü olarak değerlendirilebilmektedir.

“Bir de anneleri çocuklarla beraber başka ilde yaşıyor. Ben başka bir ilden gidiyorum. Yani arada yaklaşık 100 km var. Düzenli şekilde gidiyorum zaten. Kişisel ilişkinin kurulduğu her hafta da görüşmek isterim. ... Ben 100 km ileriye cumartesi sabah varıyorum çocuğu Nevşehir’den teslim alıyorum. Ben Kayseri’ye götürüyorum, pazar geri götürüyorum sonra geri geliyorum. Kendim boş geliyorum. Düşünün yani dört kez gidip gelmiş oluyorum.” (K2)

Kişisel görüşmeye engel teşkil eden bir başka faktör olarak kişisel ilişkinin sınırlı sürelerle tesis edilmesi zikredilmektedir. Katılımcılar uygulamada ayın iki hafta sonu şeklinde klasik bir yaklaşımla her ebeveyne aynı görüş süresinin tanınmasının hakkaniyetli olmadığını belirtmişlerdir. Bazı babaların nispeten serbest çalıştığı, bazı çocukların okula gitmediği halde dahi görüşmelerin matbu ve kalıpsal biçimde aynı sürelerle sınırlandırılmasını eleştirmektedirler. Ayrıca sürelerin oldukça kısa olması sebebiyle bir baba ile çocuk arasında sağlıklı bir ilişki ve bağ kurmanın önünde engel teşkil ettiği sonucu çıkarılmıştır. Özellikle yabancılaştırmaya maruz kalan çocuklar bakımından bu sürelerin oldukça sınırlı olmasının başlı başına bir yabancılaşma etkeni haline gelebildiği de söylenebilmektedir.

“Biz çocuk bizden uzaklaşacak zaten kendi güdümlerine alırlar diye yani İstanbul’dan Malatya’ya iki buçuk senedir gidip geliyordum. Şu an ben Aydın’a görev icabı geldim de yeni başladım işte buradaki görevim iki iki buçuk aydır sürüyor. Ondan önce annemle iki haftada bir gidebilirsek ayda bir bazen. Yani çocukla bağımızı koparmayalım diye gidiyoruz. ... İşte bu uzaklık olayının mesela nasıl dikkate alınmıyor olduğu konusunu hala çözümlemiş değilim. Yani arka mahalledeki çocuğa da aynı gün görüş veriliyor, aynı saat görüş veriliyor. Bin kilometre ileridekine de bu nasıl bir mantıktır yani?” (K1)

Yasal görüş günlerinde görüşmeye engel teşkil edebilen yüksek yol ve konaklama masrafları yabancılaşmaya sebep olabilecek bir başka faktör olarak zikredilebilir. Özellikle uzak şehirlerde yaşayan baba ve çocuğun ayın belli günlerinde bir araya gelebilmeleri için babanın belli bir maddi güce sahip olması gerektiği görülmüştür. Katılımcılar arasında çocuklarından uzak şehirlerde ikamet eden babaların, çocuklarıyla görüşebilmek

için asgari ücreti aşan ve hatta ikiye katlayan yol ve konaklama masraflarına katlandığı görülmüştür. Ekonomik anlamda bunu karşılayamayan babaların, hukuken görüşme hakkına sahip olsalar dahi sırf bu sebeple çocuklarıyla bir araya gelemediği söylenebilir. Ki bu da yol-konaklama masraflarına, görüşmelerin önünde bir engel olarak yabancılaşmaya etki eden bir faktör niteliği kazandırmaktadır.

“Her zaman çocuğu görmek için uçağa biniyorum, geliyorum. 30 defa uçağa binip gelip gitmişim. Burada mesela bir koleksiyon hazırlıyorum. 5-10 bin lira alıyorum. Birazını avukata veriyorum, birazını işte yola veriyorum, birazını bilmem ne yapıyorum, birazını geçim sağlamaya çalışıyorum. Samsun’a geri dönüyorum. Normalde mahkemenin buna bana yardımcı olması lazım.” (K10)

“Şimdi benim buradan Kayseri’ye tek başıma gitmem beş altı milyara mal oldu. Arabayı kiraladım, uçakla gittim. Şu bu. Şimdi ben on beş günde bir gitsem tek başıma on bin TL yakın para. Orada çocuğuma da harcadım, yedirdim, içtim, helal olsun. O kısmında değilim. Bakın ayda on bin TL ben para veriyorum.” (K5)

2. Adli Sistem ve Araçları

Mahkemelerin velayete ilişkin uygulamalarının ve kararlarının ebeveyn yabancılaşma ile doğrudan ilişkili olduğu söylenebilir. Özellikle mahkeme bünyesinde gerçekleştirilen görüşmeler, raporlar ve bu doğrultuda verilen kararlar, velayeti ve çocukla kişisel ilişkiyi tesis etmede ana etkenlerdendir. Dolayısıyla bunların muhtemel sorunları önleyecek tedbir ve tutum içerisinde olmaları ve detaylı ve isabetli bir işlevsellik kazanmaları beklenmektedir. Özellikle ebeveyn ve çocuk ilişkisindeki kayıpların telafisinin güç olduğu düşünüldüğünde, tabiri caizse hatasız bir uygulamanın gerekliliği elzemdir. Ancak hem mahkemeler hem uzmanlar hakkında ebeveyn yabancılaşmadaki aktif rolleri bakımından bazı eleştiriler mevcuttur.

a. Uzmanlara Yönelik Tutumlar

Psikolog, pedagog, sosyal çalışmacılardan müteşekkil uzmanların velayet uyuşmazlıklarında birincil etkileri olduğu söylenebilir. Hazırladıkları raporlar kararlara esas teşkil ettiğinden gerekli ve yeterli donanımına sahip olmaları önem arz etmektedir. Ancak katılımcılar uzmanların bu anlamda yeterli olamadığını veya özensiz davranabildiğini ifade etmişlerdir. Bu bağlamda uzmanların yönlendirme ve denetimlerinde eksiklikler olduğu görülmüştür.

“Kendi tespitim yani. Ben mahkeme hakimlerinin görevlendirdiği özellikle velayetle ilgili görevlendirdiği bilirkişilerin makbul standart mesela bir formatı olmadığını gördüm. Şimdi adli destek ve mağdur hizmetlerin müdürlükleri kuruldu ama şimdi buradaki personel ilk önce kendi yönetmeliğini okumamış mesela. Adam bilirkişi, bilirkişi kanununu bilmiyor. Anlatabiliyor muyum? Yani kendi görevi ve sınırlarını bilmiyorlar.” (K6)

Yine uzmanlar özelinde niceliksel eksiklikler olabildiği görülmüştür. Yetkili mahkemeyi barındıran her adliyede velayete ilişkin uyuşmazlıkların görülmesi imkanına karşın her yerde uzmana erişimin mümkün olmadığı tespit edilmiştir. Ki bu da uzman görüşüne başvurulmadan verilen velayete ilişkin kararların sağlıklı olamayacağını dolayısıyla baba ile çocuk arasındaki iletişim ve bağ konusunda muhtemel sorunlara sebebiyet verilebileceğini ortaya koymaktadır.

“İlk olarak sosyal çalışmacı uzmanların her bölgede olmaması çocuğun dinlenmesi noktasında bir problem teşkil ediyor. Örneğin Erzurum’un İspir ilçesinde uzman olmadığında çocuğun dinlenmesi olması istenen sağlıklı seviyede olmayabiliyor ve dolayısıyla burada esasen çocuğun üstün menfaati ilkesine bir noktada halel getirdiği söylenebilir.” (K15)

Pedagogların çocuklarla görüşmeler gerçekleştirmeleri ve bu doğrultuda yönlendirmeleri ve raporları velayete ilişkin uyuşmazlıklarda oldukça önemli bir yere sahiptir. Uygulamada pedagoglar her ne kadar çocuklarla baş başa görüşseler ve her somut olay için ayrıca rapor yazmış olsalar da bunların niteliksel boyutunun eksik olduğu düşünülmektedir. Çocuğun anne şefkatine muhtaç olduğunu belirtmekle yetinip matbu bir formda nitelendirme yapmaları katılımcılar tarafından eleştirilmiştir.

“Yani hepsini genellemek yanlış olur mutlaka. Benim çocuğumun hayatını bu noktaya getiren ve mahkeme süreçlerimize dahil olan pedagoglara bırakın çocuğumun hayatı hakkında karar vermeyi, evdeki Japon balığını bile emanet etmem. Yani göle atın gölde yaşayacak hayvan ama ben o balığı o pedagoga emanet etmem. Böyle bir heyet raporu versen kalkıp pedagoga bununla ilgili bir karar vermesinler. Ve matbu bir evrakı velayet anneye verilmesi uygundur, babayla kişisel ilişki kurulsun diye hazır bir evrakın altına imza atıp herkese aynı raporu düzenleyen bir kişiden bahsediyoruz.” (K3)

“Yani hanımefendi herkes gününü kurtarmanın derdinde. Aman ya şimdi onlara da hak veriyorum. Niye biliyor musunuz? Bakın bu kadar empati yapıyorum. O kadar çok vaka var ki artık şeye alışmışlar. Beyinleri otomatikçe bağlamış. Sağlıklı yazamıyorlar. Hani ya onu da yaz gelsin.

Çocuk anneye muhtaç geç gitsin. Ya bir dakika ya bir durun ya siz pedagogsunuz ya. Türkiye’de zaten pedagog diye bir kavram yok da siz psikologsunuz, siz sosyal çalışmacısınız. Sizin yazacağınız raporlar çok önemli.” (K5)

Pedagogların objektif bir tutumda olmaları beklense de velayetin duygusal boyutu sebebiyle bilhassa babalara karşı negatif bir tutumda olabildikleri, taraflı yaklaşım sergiledikleri gözlemlenmiştir.

“Biz icra ile hani zorla, memurla gittiğimiz için ilk gittiğimiz zamanlarda kavga çıkardılar. Niye geliyorsunuz gibi. Orada pedagogu da ayarlamışlar ve ona da yalan yanlış bir şeyler anlatmışlar. Pedagog bile bizle kavga ediyordu. Yani bak tutanak tutarım gelemesin bir daha çocuğunu göremezsin diye tehditvari konuşmalar yaşadık.” (K1)

b. Mesleki Raporlara Yönelik Tutumlar

Mahkeme sürecinde raporların ve uzman görüşlerinin kararlara esas alınması yönüyle büyük öneme sahip oldukları söylenebilir. Bu raporların muhtevası ise her dosya bağlamında farklılık arz edebilmektedir. Uygulamada hâkimin her zaman çocuklarla bire bir görüşmediği ve çoğunlukla bu mesleki raporlara istinat ederek karar verdikleri düşünüldüğünde raporların niteliğinin ne kadar önem arz ettiği anlaşılabilecektir. Katılımcılar bu raporların niteliklerinde eksiklikler olduğunu, çocuğun üstün menfaatini ölçmeye elverişli olmadığını ve durum tespitinde yanlış yönlendirmelere sebebiyet verdiğini belirtmişlerdir. Bu da kararların hatalı olmasına yol açmaktadır.

“Sosyal inceleme, çocuk izlem merkezi vb. raporlarda nitelik anlamında eksiklikler olduğunu söyleyebilirim. Çocuğun üstün menfaatine uygun biçimde sahada gözlemlerle yapılması gerektiği halde buna riayet edilmediği noktalar olabiliyor. Mesela çocuk babaanne ile mi kalıyor evde yatalak bir hala mı var, gidip yerinde görmeleri onlara sorular yöneltmeleri gerekiyor. Ama bunun yapılmadığına şahit oluyoruz maalesef. Bu da doğru karar vermenin önünde bir engel oluyor diyebiliriz.” (K15)

“Sosyal çalışmacı gidiyor. Anneanneyi dinliyor. Dedeyi dinliyor. Evde bulunan teyzeyi dinliyor. Evde bulunan dayıyı dinliyor. Anneyi dinliyor. Oğlanı gözlemliyor. Oğlanın, işte bakın ne kadar vahim durumda olduğumuzun göstergesi. Hukuk ne yapsın tabiri caizse. Oradaki sosyal araştırmacı diyor ki ebeveyne yabancılaşıma sendromundan bahsedilemez. Çocuk babasından sempatiyle bahsediyor. İşte babasının aldığı oyuncakları hatırlatıyor. Empati yapabilir düzeyde. Babasına karşı işte sempatiyle bakıyor. İşte bakın çok ağır konuşacağım yani bu tamamen bir vicdansızlık. Neden diyecek olursanız kimse beni aramadı. Yani sosyal araştırmacı beni

aramadı. Benimle çocuğumun görüntülü konuşmasına şahit olmadı. Çocuğun mimikleri yok. Üç yaşındaki bir çocuk sempati, empati bilmez. Bu yaştaki çocuk oyun çocuğudur. Oyunla kendini ifade eder.” (K5)

Sosyal çalışmacılar yönünden bu uygulamanın eksik olduğu bizzat sahada olan katılımcılar tarafından da eleştirilmiştir. Dosya yoğunluğu, mahkemece tayin edilen sürenin ve çalışma şeklinin sınırlılığı vb. sebeplerle sosyal çalışmacıların gerekli özeni gösteremediği görülmüştür. Her somut olay özelinde hem anne baba ile hem çocuk ile düzenli görüşmelerin yapılması, çocuğun kendi ortamında gözlemlenmesi vb. aktif incelemeler ile sağlıklı bir raporun ortaya çıkabileceği bu noktada bir tavsiye olarak belirtilmiştir.

“Bir kez görüşmeyle yeterli olduğunu düşünmüyorum ben tabii ki. Hani belli aralıklarla gelseler işte babayla mesela çocuğun ilişkisi kötü. Gelsin biz görüşelim. Bir ay sonra tekrar gelsin ilişkilerinde bir gelişme var mı yok mu gözlem yapma seçeneğimiz olmuyor. Sadece tek görüşmeyle bir karar veriyoruz. Bunun tabii ki yetersiz olduğunu düşünüyorum. Hani belli bir sürece yayılmasının gerektiğini de düşünüyorum. Ama tabii ki şartlar buna el vermiyor. Ya da mesela her dosyada ev incelemesine gitmiyoruz. Hâkim isterse ev incelemelerine gidiyoruz. Bu konuda da hani yetersiz olduğunu düşünüyorum. Yani her incelemede ev incelemesine gidilmesi gerekiyor bence. Ya da işte öğretmenleriyle görüşebiliriz. Bu çok nadir yaptığımız bir şey. Yani bizden hâkim ne isterse biz o doğrultuda hareket ettiğimiz için bazı olması gereken şeyleri yapmıyoruz. Ya da iş yoğunluğundan dolayı yapamayanlar var. Yani bu konuda yetersizlikler var tabii ki.” (K16)

c. Hakimlere Yönelik Tutumlar

Velayet ve kişisel ilişki kararını veren hakimlerin baba çocuk ilişkisinde baş aktörlerden biri olduğu aşikardır. Dolayısıyla hakimlerden objektif tutum sergilemeleri, hukuku doğru yorumlamaları ve uygulamaları, somut olay özelinde ayrı ayrı ve hakkaniyetli değerlendirmeler yapmaları beklenmektedir. Bu noktada velayet sahibi ebeveynlerin yabancılaştırmaya yönelik tutumlarının da birinci elden engellenmesi esasen hakimlerin elindedir. Katılımcılar kişisel ilişkiyi engelleyen velayet sahibi annelerin hakimler tarafından gerekli ve yeterli biçimde uyarılmadığını ve bunun da dolaylı olarak yabancılaştırmayı sağladığını ifade etmişlerdir.

“Yani işte bu icraya zorlamak. Çocuk görüşünde işte kavga çıkarılması. Bunlar velayeti değiştirse veya karşı taraf bundan ceza alsın. Bu süreçler emin olun yaşanmaz. Evet. Çok basit şekilde çözülebilir. Nasıl mesela 4 sene sonra ilk defa işte uyarı verdiler. Ya bunu 3 sene önce 4 sene

önce vermek zor muydu bu uyarıyı? Yani bir lafına bakıyor ya. Bende belge, belgem var zaten. Hani icrayla gitmişim görememişim. E tamam de uyarısını ver. Ama vermiyorlar. Yani bunu da kadına pozitif ayrımcılık olarak yapıyorlar sözde. Kadına koruma da vermiş olarak. Bu süreçler işte kadına şiddeti de arttıran bir şey.” (K4)

Babaların çocuklarının yabancılaştırılmasına karşın çaba sarfetmelerinin hakimlerin tutumlarına etki ettiği; haklarının bilincinde olarak ısrarla mahkemeye durumlarını bildirmelerinin de hakimlerin kararlarına etki edebildiği gözlemlenmiştir.

“En başta mağduriyet üzerinden, ya işte babasıyım çocuğumu göremiyorum iken şimdiki tavrım, mahkeme bana çocuğumu göstermiyor. Yani mahkeme benim hakkımı yiyor. Gereken tedbirleri almıyor, kanunu uygulamıyor. Şeklinde bir söylem değişikliğine gittikten sonra da artık tesadüf mü dersiniz, bu söylemin farkındalığının mahkeme üzerine etkisi mi? Mesela bu çabadan sonra mesela hâkim uyarı verdi. Karşı tarafa. Veya eğer işte bir sonraki celseye kadar çocuk görüşünde sorunlar düzelmezse velayetin babaya vereceğini dair ihtar edildi ve karşı tarafa pat diye haftasında göstermeye başladı çocuğu.” (K4)

3. Kişisel İlişki Kurma Uygulamaları

Ebeveyne Yabancılaştırmanın en büyük dış faktörlerinden birinin ebeveyn ile çocuğun hiç veya yeterli iletişim kuramaması olduğu bilinmektedir. Velayet uyuşmazlıklarında karar verilen kişisel ilişki tesisi ise bu noktada büyük önem arz etmektedir. Özellikle ülkemizde velayetin ağırlıklı olarak anneye verildiği göz önünde bulundurulduğunda babalar ile çocuklar arasındaki ilişkinin devam edebilmesi için kişisel ilişki kararlarının önemi daha iyi anlaşılabilir. Bu ilişkinin tesisinin yeterli ve sağlıklı biçimde sağlanmadığı hallerde ebeveyne yabancılaştırma kaçınılmaz hale gelebilmektedir.

a. Görüş Günlerinin Sınırlı ve Yetersiz Olması

Birçok disiplinde eleştirilen bir husus olan ve genellikle sınırlı sürelerden oluşan kişisel ilişki tesisi ebeveyne yabancılaştırma konusunda da bir etken olarak gündeme gelmektedir. Kişisel görüş günleri kapsamında tanınan, bir arkadaşlık için dahi yeterli olamayacak bir sürede ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulamayacağı ifade edilmektedir. Genellikle ayın iki hafta sonu birer gün şeklinde devam eden görüşmelerin toplamının bir ayda 24 saati bulmadığını belirten katılımcılar, çocuk velayet sahibi ebe-

veyen tarafından yabancılaştırmaya maruz kalmasa dahi bu denli kısa süreler içerisinde baba-çocuk ilişkisinin kurulmasının mümkün olmadığını ifade etmişlerdir.

“Yani ayda iki defa, üç saat yani ayda altı saatlik bir ilişki... Hani eski eşim kötülük yapmasa, çocuğunu kullanmasa... Hani farz edelim ki mahkeme kararına uyuyor. Yine yetersiz yani yine çok zor, mümkün olmayacak bir ilişki hali hazırda. Bir de karşı tarafın istismar ve suistimaliyle gerçekleşemiyor. Yani buna bir ilişki denemez. Hani ilişkinin sözlük anlamını karşılamıyor bu.” (K4)

Katılımcılardan bazıları bu sınırlı sürenin sağlıklı bir baba çocuk ilişkisini kurmaya elverişli olmadığından bahisle kendilerini çocuklarının babası değil de *oyun arkadaşı* ve hayatlarında bir *misafir* olarak nitelendirmişler.

“Tabi yine bir noktada şu an görüşebildiğimiz saat belli, sınırlı. Yine tabii ki yabancılaşma yaşıyoruz, çocuk beni oyun arkadaşı gibi görüyor. Oyuncak alacağız, beraber 1-2 saat vakit geçireceğiz gibi bir algısı var. Babadan anladığı şey bu.” (K1)

“Bir kere on beş günde bir baba veya anne olsun hiç fark etmez ama anneler daha şanslı olduğu için baba açısından cevap vereceğim. On beş günde bir hiçbir ebeveyn çocukla bağ kuramaz. Kuruyorum diyen yalan söyler. Bakın açık net konuşuyorum. Yani misafir oluyorsunuz. Siz onun oyun arkadaşı oluyorsunuz. Dolayısıyla on beş günde bir tamamen anlamsız ve bilimsellikten uzak bir süreç. ... On beş günde bir görüşme çocukta duygu karmaşasına yol açıyor. Babam geliyor, babam benimle çok güzel oynuyor ama sonra babam gidiyor. Tamam gitti. Babam yine gelecek. Ne zaman gelecek?” (K5)

Katılımcıların, çocuklarının velayet sahibi ebeveyn tarafından yabancılaştırmaya maruz kaldığı hallerde kişisel ilişki günlerinin yetersiz oluşunu ek bir yabancılaşma unsuru olarak değerlendirdikleri gözlemlenmiştir. Kişisel ilişki tesisinin dayandığı esasın velayet kendisine bırakılmayan ebeveyn ile aile birliği içerisindeymiş gibi bir ilişkinin devam etmesi göz önünde bulundurulduğunda sürelerin bu amaca matuf olmanın önünde büyük bir engel olduğu görülmüştür. Katılımcılar bu durumu *çocuğun devlet eliyle babadan koparılması* olarak değerlendirmiştir.

“Ben orta son sınıftayken babam Güneydoğu’da görevi yapıyordu ve bir buçuk ayda falan bir geliyordu adam. Ve çok geliyordu bir asker olarak. Ben bir gün evde yalnızım kapı çaldı açtım karşımda bir adam ben bu adamı tanıyorum ama dedim anlatabiliyor muyum? Ve bu boşanmanın etkilerine maruz kalmayan bir çocuk olarak hissettim ben bunu. Ama benim çocuğum bir boşanan anne babanın çocuğu. Ve ben o çocuğa 15 gündür

bir elim kanda bile olsa gitmezsem ve ona o sevgimi vermezsem benim çocuğum benden kopar. Net yani bu. Devlet eliyle kopartılmış olur.” (K6)

Kişisel ilişki yasalarca tanınan bir süre olup velayet sahibi annenin inisiyatifıyla daha fazla görüşme imkânı bulunabileceği ifade ediliyorsa da bunun toplum tabanında sağlam bir karşılık bulduğu söylenememektedir. Katılımcılar inisiyatif kullananların azınlıkta olduğunu, genellikle kişisel ilişki günlerinde görüşülebildiğini ve hatta bazen görüşülemediğini ifade ederek sürelerin sınırlı oluşunu *korkunç bir durum* olarak tanımlamıştır.

“Ben on senedir avukatlık yapıyorum ama düşündüğüm zaman boşanma çok gerekli ise olmalı evet ama annenin ya da babanın çocuğu ayda iki kere görebilmesi çok korkunç bir şey. Bu görüşmeler sonuçta hukuki bir zemine bağlanıyor, tabi ki bu konuda çok modern olan işte bu durumu taşıyabilen insanlar, güzel göğüsleyebilenler istediği zaman çocuğu gösterir. Ama çoğunlukla bu böyle olmuyor. En korkuncu bana şu geliyor; annen ya da baban seni sadece ayda iki kere görebiliyor, bir anda sana en yabancı insan oluyor. Yani okul sırandaki arkadaşın seni her gün görebilirken öğretmenin haftanın beş günü görebilirken baban ya da annen seni sadece ayda iki kere görebiliyor.” (K14)

b. Görüşmelerin Matbu- Sabit oluşu

Kişisel ilişki tesisi ile yabancılaşma etkisi incelendiğinde en önemli noktalardan biri de uygulamada kişisel ilişki tesisinin matbu bir format üzerinden kuruluyor olmasıdır. Hakimlerin genellikle ayda iki hafta sonu birer gün belli saatlerde çocuklarla ilişki tesis ettiği bilinmektedir. Ancak her anne babanın ve her çocuğun yaşam tarzının ve koşullarının farklı olduğu düşünüldüğünde böyle bir sabit sürenin somut olay adaletine uygun olmadığı görülmektedir. Ayrıca çocuğuyla daha fazla vakit geçirebilecek ve belki sağlıklı bir ilişki kurabilecek sağlıklı bir baba profili olmasına rağmen yine de matbu bir biçimde belli bir sürenin tanınmasının eleştirildiği görülmektedir. Bu noktada her somut olay, her baba ve çocuk özelinde ayrıca detaylı bir inceleme yapılmak suretiyle daha hakkaniyetli kişisel ilişki veya velayet kararlarının verilebileceği bir tavsiye olarak değerlendirilebilir.

“Mesela şimdi ben çocuğumu görmek için psikologlardan rapor almak durumundayım. Ha benim işlediğim bir suç var mı? Yok. Affedersiniz çok özür diliyorum. Müptezel, uyuşturucu bağımlısı, alkol bağımlısı, şiddet yanlısı, insanlıktan uzak bir babayla aynı muameleyi görüyorum. Copy paste kararlar. Bakan cidden söylüyorum yani kötüyle iyi olan aynı muameleyi görüyor.” (K5)

c. Görüşmelerin Denetimsizliği

Kişisel ilişkinin hukuken tesis edilmiş olması ile yetinilmesi ve herhangi bir denetime tabi olmaması da eleştirilen bir husustur. 24.11.2021 tarihli 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler kapsamında çocuk görüşme merkezleri aracılığıyla görüşmeler eskiye nispeten daha sağlıklı biçimde gerçekleştirilebilmektedir. Ancak bu düzenleme öncesinde, kişisel ilişki kararı mahkemece hüküm altına alınsa da uygulanması noktası ebeveynlere bırakılmış durumdaydı. Uygulamada velayet sahibi anne, çocuğu kişisel görüş günlerinde göstermediği takdirde baba *icra yoluyla çocuk teslimine* başvurmak suretiyle çocuğunu görebilmekteydi. Esasen çocuk görüşme merkezlerinin yürürlüğe girmesi ile icra yoluyla çocuk teslimi ortadan kalkmıştır. Her ne kadar velayet sahibi olmayan ebeveyn ile çocuğun görüşmeleri noktasında önemli bir iyileştirme olsa da çocuk görüşme merkezleri aracılığıyla görüşmelerin sağlanması beklenen ve hedeflenen verimi sağlama noktasında gelişime muhtaçtır. Zira görüşme sağlanması, tek başına, ebeveyne yabancılaşma veya yabancılaştırmayı önlemeye muktedir bir uygulama olarak nitelendirilemez. Çocuğun, diğer ebeveyn hakkında arka planda maruz kaldığı yabancılaştırma enstrümanlarını bertaraf etmek için, başta ebeveynlerin psikolojik destek ve takibatının yapılması olmak üzere çok yönlü ve etkin bir mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir.

Düzenleme öncesinde, velayete ilişkin uyuşmazlıkların mahkemelerde görüldüğü süreçte hakimlerin, çocuğu göstermeyen ebeveyn hakkında genellikle bir ikazda bulunmadığı, istisnai olarak bazı hakimlerin inisiyatif kullanarak çocuğu göstermeyen ebeveyne uyarıda bulunduğu gözlemlenmiştir. Hakimlerin kanaat kullanabileceği düşünüldüğünde böyle bir uyarının çocuğu göstermeyerek yabancılaştırmaya sebep olan ebeveynin bu fiillerini kısmen de olsa engelleyebileceği anlaşılmaktadır. Çocuk teslimine ilişkin yapılan değişiklikler sonrasında çocukla görüşme hususunda muhalefet eden ebeveyn hakkında şikayet üzerine yargılama yapılmakta ve disiplin hapsi yaptırımına hükmedilebilmektedir. Ancak bunun ötesinde, eğer yabancılaştıran ebeveyn görüşmeler öncesinde diğer ebeveyn hakkındaki kötöleme, karalama vb. çocuğu ebeveyninden uzaklaştıracak eylemlerde bulunuyorsa bu görüşmelerin hedeflenen yararı sağlamayacağı açıktır. Bu durum, çocuk görüşme merkezleri yetkilisi ve uzmanları tarafından tespit edilip buna ilişkin görüş ve rapor tanzim edildikçe yeni usuldeki bu görüşmelerin çocuğun üstün menfaatini sağlar nitelikte olduğu güç hale gelmektedir.

“Ortada istismar edilecek ya da silah olarak kullanılacak bir meta olmaktan kurtarman, koruman lazım. En masum, en savunmasız da çocuk

olduğu için. ... Bunu suistimal eden bir taraf olursa bunu bir kere uyarırsın. İkinciye, baktın çok mu sıkıntı çıkıyor, çocuk sıkıntıya mı düşüyor, sorun çıkarmayan tarafa çocuğunun velayetini teslim edersin. Olmadı mı alıp öbür tarafa verirsin. Üçüncüye baktın olmadı mı alırsın, verirsin bir koruyucu ailenin yanına. Vatana millete hayırlı bir insan yetişmesi için yine takipte olursun. Evet. Yani bunu yapmadığın noktada çocuk her zaman istismara açık ve kötü yetişen bireyler olarak bu topluma katılmaya devam ediyor.” (K3)

Ayrıca icra marifetiyle çocuğun görülmesinin engellenmesi halinde savcı veya hakimlerin yeknesak bir uygulamaya sahip olmadığı görülmektedir. Mahkeme kararını yerine getirmeyen ve direnen annenin cezalandırılmasından çoğunlukla kaçınıldığı anlaşılmakla görüşmelerin denetimi noktasında eksiklikler olduğu açıkça görülmektedir.

“Yapmadığım şey kalmadı 3-4 yıl boyunca. İcra ile de zaten 14 kere falan gittik. İcra ile gittik, çocuk yok evde. Polisler giriyor, çocuk yok evde. Çocuğun olup olmaması bir şey ifade etmiyor. Sonuçta mahkeme kararına mukavemet var. Dava açıyorum, hakimler beraat veriyor. Dava açıyorum, hakimler beraat veriyor. 3. de miydi? 4. de miydi açtığın davada? 6 ay hapis cezası verdi hâkimin bir tanesi.” (K7)

“Sonra biz işte dört kişilik tutanak hazırladık. İşte annem, ablam, eniştem, bir de kuzenim vardı. Tutanak hazırladık, atıyorum ayın birinde gittik. Bir de atıyorum ayın yirmi birinde gittik, iki tutanak. İkisinde de dörder kişilik ama hep farklı kişiler. Burada sabit olan kişi annem ve benim. Sonraki ay da aynı şekilde ikişer sefer daha gittik. Ve dört tutanak, her birisinde dörder yani on altı kişinin şahitliği olan bir dilekçe hazırlayıp Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulundum. Dedim ki çocuğu kaçırıyor, nerede olduğu belli değil. İletişim hakkımı kısıtlıyor, çocuğu alıkoymuyor vesaire vesaire diye. Savcılıktan bana bir evrak geldi. Kovuşturmaya yer olmadığına dair. Herhangi bir delilin vesaire olmadığına itiraz ettim. ... Yani ben bu kovuşturmaya yer olmadığına itiraz ettim. Hepsine itiraz ettim, hiçbirine olumlu bir cevap gelmedi. Hiçbir tanesi mahkeme huzuruna çıkmadı.” (K10)

d. Çocuğa Etkisi

Kişisel görüş günlerinin baba ve çocuk arasında bir ilişki kurulmasını sağlama amacına hizmet etmekten uzak olduğuna dair eleştirilere ek olarak bunun çocuk dünyasında da karmaşaya yol açtığı görülmüştür. Çocuk baba ile görüştüğü yasal sürelerde babaya alışmak üzereyken sürenin sınırlı oluşu sebebiyle bunun gerçekleşemediği; alışsa dahi kısa sürede tek-

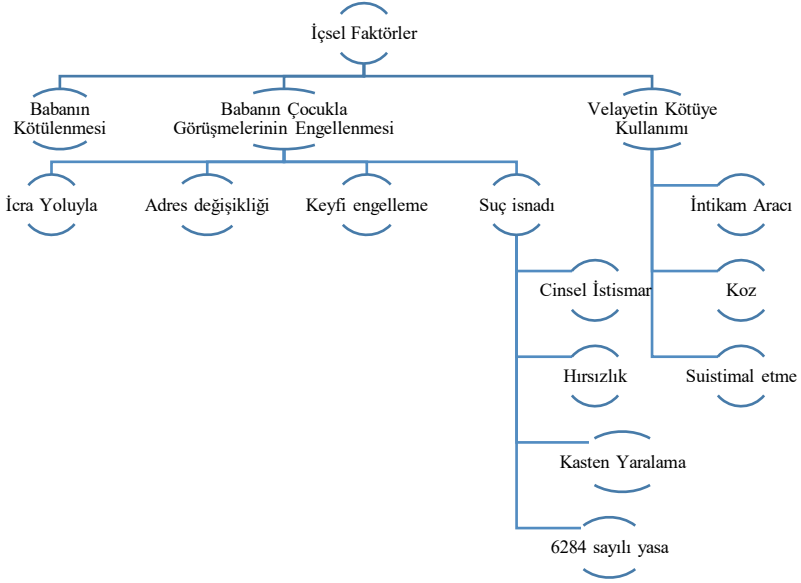
rar uzaklaşması gerektiği ve bunun da çocuğun psikolojisine olumsuz anlamda etki ettiği görülmüştür. Bu durumun çocuğun terk edilmişlik hissine kapılmasına, tutarsız davranışlar sergilemesine ve daha öfkeli ve agresif tavırlar sergilemesine sebebiyet verdiği, ki bunların yabancılaşmanın neticeleri olduğu bilinmektedir, dolayısıyla bu sürelerin ilişki tesisi amacının aksine olumsuz neticelere sebebiyet verdiği belirtilmektedir.

“Kafası, ruhu, her şeyi böyle belli bir karmaşanın içine giriyor yani çocukla bu kadar az görüşülünce. Çünkü siz oraya geliyorsunuz, sabah teslim alıyorsunuz, çocuk tam yeni ısınıyor böyle biraz hani sizle böyle yemek yemeye başlıyor, uyku uyuma, böyle normal hayat rutinine dönüş gibi bir durumuna girer girmez tekrar bırakınca ne oluyoruz diyor. Bunlar nereden geliyor, nereye gidiyor gibi etkileniyor tabii. Her türlü hareketi ve tavrı, cevapları değişiyor çocuğun. Bir şeye evet diyor, beş dakika sonra aynı şeye hayır diyor. Gitmek istiyor musun diyorum, evet diyor, sonra hayır diyor. Annesi mi bir şey diyor, hani onun şeyini mi yaşıyor, hani onu zorluyor herhalde yani. Hayır deme mi diyor, artık biz öyle düşünmeye başladık. Herhalde diyoruz çocuğa fazla kalma diyor veya hemen benim yanıma gel diyor.” (K1)

B. Babaya Yabancılaştırmanın İçsel Faktörleri

Ebeveyne yabancılaşmanın diğer bir türevi olan ebeveyne yabancılaştırma çeşitli biçimlerde gerçekleşebilmektedir. Ebeveyne yabancılaştırma, velayet sahibi ebeveynin yahut akraba gibi başka kimselerin bilinçli veya kasti olmayan davranışlarla çocuğu diğer ebeveyne karşı ötekileştirmesini ifade eder. Çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilen bu eylemlerin yabancılaştırmanın içsel faktörleri olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Velayete ilişkin hukuki süreç ve devamında yabancılaştırmanın, bil-hassa velayeti alan ebeveyn tarafından çoğunlukla bilinçli davranışlarla gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu doğrultuda babayı çocuğa kötüleme, babaya yönelik suç isnadında bulunma ve görüşmelerine engel olma gibi yöntemlerle diğer ebeveyni ötekileştirme ve uzaklaştırmanın hedeflendiği gözlemlenmiştir. Özellikle çekişmeli ilerleyen boşanma davalarında velayetin sıklıkla bir silah, koz, öç alma aracı haline geldiğine ve velayetin kötüye kullanıldığına dair ifadelerle karşılaşmıştır.



1. Babanın Kötülenmesi

Velayete ilişkin uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun boşanma süreci ve sonrasında ortaya çıktığı bilinmektedir. Bu süreçte genellikle tarafların karşılıklı olarak birbirlerini suçlayıcı tutum ve söylemlerde bulunduğu da izahtan varedir. Velayete ilişkin dava veya kararlar da bu davranışlardan etkilenmekte veya velayetin kendisi bu davranışların gerçekleştirilme aracı olabilmektedir. Velayetin çoğunlukla annelere tevdi edildiği gerçeği bu hususun en çok anneler tarafından kullanılma ihtimalini artırmaktadır. Katılımcılarla yapılan görüşmelerde velayet sahibi annelerin babaları kötülemek suretiyle çocuklarına yabancılaştırma faaliyetlerinde bulunduğu tespit edilmiştir. Yabancılaştırmanın en büyük göstergesi olarak çocuğun ebeveyni hakkında nefret söylemlerinde bulunduğu ve hakaret boyutunda kelimeler sarf ettiği görülmüştür. Katılımcılar çocuklarının, annelerinin güdümü doğrultusunda, kendilerine karşı *pis adam*, *eşek baba*, *büyüyünce baba gibi olma* gibi sözcükler sarf ettiklerini ifade etmişlerdir.

“En son çocuğum bana pis adam demeye başladı. Onu nereden öğrendin oğlum dedim. Annem söyledi diyor. Geçen ay görüntülü konuşma yaparken eşek baba dedi. Annesi de yanındaydı. Ben kimden öğreniyorsun, (annesinden) başka kimden öğrenebilirsin ki dediğim zaman o (eski

eşim) şey diyor niye benden öyle kötü bir şey bekliyorsun ki diyor. Kim söyleyebilir ki yani eşek baba diye.” (K1)

Ayrıca katılımcı K (6)’nın ifadelerinden bahisle babanın kötü ve örnek alınmayacak biri olduğuna dair çocukların telkin edilebildiği, tehlikeli bir baba profili oluşturulması suretiyle babaya yabancılaştırmanın gerçekleştirildiği gözlemlenmiştir.

“En son ne zaman gördüm, çocuğu en son gördüğümde şunu söyledi bana. Ben hani klasik bir soru sordum çocuğa. Babayı ne kadar çok seviyorsun herkes söyler ya. Ben babayı seviyorum ama anne büyüyünce baba gibi olma diyor. Ben kızıyorum anneye kaka anne diyorum ona gibi bir cümle söyledi çocuk.” (K6)

“Tedirgin ve olumsuz yönde. Çünkü karşı taraf babanla buluştuğunda dikkat et seni her an kaçırabilir baban götürebilir, babanla iken mutlaka sürekli olarak benle temas kur, babanla yaptığın her şey senin için tehlikeli olabilir gibi söylemlerde bulunuyor.” (K11)

Annenin, boşanmanın sebebi olarak babayı göstermek veya sistematik biçimde babanın hatalarını aktarmak suretiyle boşanmada yaşanan sorunları çocuğa yansıttığı ve bu şekilde babayı kötülediği tespit edilmiştir.

“Kadın hep senin baban yüzünden bu haldeyiz, bu yuva yıkıldıysa bu baban yüzünden, baban yaptı vs. diyerek çocuğu etkiliyor. Şöyle de bir durum var velayeti daha çok anne aldığı için, düşünsenize çocuk ayın 28 günü anneye, 28 gün de bunu duyuyor ve kanıksıyor artık. Ayda iki kere babayla beraber olsa ne faydası var. Çocuk bir süre sonra o duruma alışıyor, çocuğun zihnine beynine ne verersen onu alıyorsun sonuçta etkiliyor.” (K14)

Babanın çocuğa karşı kötülenmesinde sadece annelerin değil, aile ve akrabaların da aktif rol aldığı söylenebilir. Katılımcı babalar anneanne, teyze vb. aile üyeleri tarafından da kötülenebildiklerini; kendisi hakkında *pislik, tuvalet, baban para göndermiyor, size biz bakıyoruz* gibi söylemlerin sarf edilmesiyle çocuğa karşı kötülendiklerini ifade etmişlerdir.

“Şimdi şöyle maşallah benim çocuklarım üstün zekalı, annelerinin ve işte teyzelerinin, anneannelerinin bana karşı onların yanında konuştuğu kelimeler hepsi bana onlar tarafından iletildi. Şöyle ki yani işte bana tuvalet falan diyorlarmış, onun haricinde pislik yani bir sürü ağır konuşma sözler var ama baba diyor biz diyor onlar yanında sessiz kalıyoruz diyor.” (K12)

“Yabancılaşmaya ebeveynler bakımından evet sebep olunuyor ama bence bunu sırf anne baba yapmıyor, aile büyükleri daha fazla etki ediyor. İşte senin baban şöyle, annende kalıyorsun, size biz bakıyoruz, baban para göndermiyor şeklinde cümleler sarf edebiliyorlar. O da bence cehaletten

kaynaklanıyor, eğitim seviyesi yüksek insanlarda ben böyle bir şeye rastlamadım.” (K17)

2. Babanın Çocukla Görüşmelerinin Engellenmesi

Velayet sahibi ebeveynin, boşanma süreci veya sonrasında kişisel ilişki tesis edilmesine rağmen bu görüşmeleri engelleyerek çocuğu diğer ebeveyne yabancılaştırması söz konusu olabilmektedir. Kişisel ilişki kurma günlerinde çocuğu babaya göstermemek için çeşitli yollara başvuran annelerin görüşmeleri engellemek için birtakım metotlar kullandıkları görülmüştür. Görüşmelerin keyfi olarak engellenmesi, icra yoluyla gelindiğinde dahi sorun çıkarılması, adres değişikliği yaparak görüş günlerinde bunun ileri sürülmesi, babaya suç isnadında bulunarak ilişkinin sınırlandırılmasının sağlanması, koruma kararı almak suretiyle görüşmelerin engellenmesi gibi bazı metotların kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu gibi çeşitli yöntemlerin, babaların çocuklarıyla görüşmelerini engellemek suretiyle yabancılaştırma olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.

Katılımcı (K4) çocuğuyla görüşmelerinin annesi tarafından engellenmek istediğini ve bunun da çocuğunun söylemlerinden anladığını ifade etmiştir. Çocuğun ifadelerine göre velayet sahibi anne çocuğun babada kalması için babasının yanındayken gitmek istediğini söylemesini istemiş ve hatta altına kaçırması gerektiğini dahi ifade etmiştir.

“Mesela icra memurlarından bana gelene kadar ağlıyor. Beni görünce susuyor, sarılıyor, geliyor işte arabaya. İşte yolda sohbet ediyoruz, konuşuyoruz. Ama işte söylediğim gibi, diyor ki işte pismişsiniz, annem altına kaçır dedi. Ondan sonra bana gitme dediler gibi söylemlerde bulunuyor.” (K4)

Velayet sahibi ebeveynin kişisel ilişki tesis edilmesine rağmen çocuğuyla görüşemediği hallerde icra yoluyla teslimine başvurması gerekmektedir. Hukuk öğretisinde de oldukça eleştirilen bu yol çocukla görüşmenin sağlanması bakımından bir çözüm olarak sunulsa da esasen yabancılaştırmanın ispatı ve bir yönüyle etkeni olabilmektedir. Katılımcıların birçoğunun birden fazla kez icra yoluyla çocuk teslimine başvurduğu görülmüştür. Sayıları 1 ila 68 arasında değişen icra başvurularını baba-çocuk görüşmelerinin engellendiğinin ispatı olarak değerlendirmek mümkündür.

Her ne kadar çocuk teslimine ilişkin yeni düzenleme ile çocuk görüşme merkezlerinde uzman eşliğinde görüşmeler sağlanmaktaysa da zaten yabancılaşmış bir çocuğun, kısıtlı sürelerde babası ile görüşme sağlanması yabancılaştırmayı ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki bu yöntemde karşılığı disiplin hapsi yaptırımına olmasına rağmen, çocuğu göstermek is-

temeyen ebeveynler olabilmektedir. Muhalefet eden ebeveyne çocuğu getirmesine yönelik emrin yasal tebliğinin sağlanması neticesinde ebeveyn hala kararında diretiyorsa son çare olarak kolluk marifetiyle çocuğun ebeveynden alınması gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda da yine çocuğu olumsuz etkileyecek bir durumun meydana gelmesi kaçınılmaz olmaktadır. Dolayısıyla icra yoluyla çocuk teslimi teknik olarak mülga edilmişse de yeni sistemde son çare olarak kolluk marifetiyle çocuğun alınması, tıpkı icra yoluyla çocuk teslimindeki usule benzer biçimde gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla yeni sistemde de icra yoluyla çocuk teslimiyle benzer sonuçların olma ihtimali bulunmaktadır. Çocuğun icra yoluyla tesliminin yahut yeni sistemdeki haliyle kolluk marifetiyle çocuğun alınmasının başlı başına yabancılaştırmanın etkeni ve neticesi olduğu söylenebilir.

“İcra yoluyla 68 kere gidildi. 7 veya 8 kez resmi olarak alınamadı. İlk kez de geçen hafta ADM merkeziyle aldık. İstanbul yeni ADM’ye (Adli Destek Mağdur Birimi) geçti. Yani çocuk teslimine yeni geçti. Haricinde 68 icramız var. Veya 69 emin değilim ama o civarlarda var.” (K8)

Her ne kadar icra memuru, pedagog ve kolluk eşliğinde gidilse de zaten yabancılaşmış bir çocuk söz konusu olduğunda bu görüşmelerin amaca hizmet etmenin ötesinde her iki taraf için de bir eziyet olarak değerlendirildiği görülmüştür.

Katılımcılarla yapılan görüşmelerde, çocukla görüşmek için kolluk marifetiyle gelindiğinde dahi annenin kaş göz hareketleriyle veya bağırıp çağırıp çocuğu korkutmak suretiyle görüşmeyi engellediklerini ifade etmişlerdir.

“Ben daha eve girmeden hani benden önce pedagog, icra memuru ve polis memurları yukarı çıkıyorlar. Sözde durumu ortamı anlatacaklar. Ben asansörden çıktığımda çocuğun çılgınlıklarını duyuyordum. Yani annesinin mutsuzluğu ve gerilimi çünkü annesi ortalığı birbirine katıyor. Aslı olmayan sözlerle ithamlarla bağırıyor, çağırıyor çocuk da doğal olarak korkuyor ve ağlıyor annesine gitmek istiyor. ... Yani zaten o kişisel ilişkiler gerçekleşemedi. Yani on dakika bile sürmedi çocuk sakinleşmeyince... Hani çocuğu kullanıyor ya ağlatıyor böylece kişisel ilişkiyi engelliyor ve böylece amacına ulaşmış oluyor.” (K4)

Çocuklarıyla kişisel ilişki günlerinde görüşmesi engellenen bazı katılımcıların çocuklarının kötü etkilenmemesi için icra yoluna başvurmamaları, bazılarının da icra yoluyla gittiklerinde olumsuz bir tepkiyle karşılaşmaları halinde görüşmekten vazgeçip geri döndükleri görülmüştür.

“Daha sonra yine icra ile uzaklaştırma kararı bittikten sonra çocuklarımı almaya gittim; oğlumu alabildim, kızımı belli bir süre alamadım.

Çünkü çocuk annesi tarafından baskılanıyordu, gitme, görüşme diyordu. Hatta bunlar icra tutanaklarına da yansdı. Annesinin göz işareti yaptığını, psikolog ve icra memurunun eve çıktığında gitme diye işaret ettiklerini, tutanakların tamamında yabancılaştırdığı yazılı zaten. Ben bu durumu şöyle aştım, oğlumu aldım, kızımı alamadım, ağlıyor dediler, tamam almaktan vazgeçiyorum, çocuk etkilenmesin, psikolojik olarak sıkıntıya girmesin diyerek belli bir süre sadece oğlumu aldım.” (K2)

Babaların kişisel ilişki tesisinde karşı karşıya kaldıkları en önemli sorunlardan birinin de annenin kişisel görüş günlerinde farklı adreslerde bulunduğu dair beyanları olduğu görülmektedir. Buna göre anne kişisel görüş günlerinde, mahkemeye beyan ettiğinden farklı adreslerde bulunduğunu ifade ederek görüşmenin gerçekleşmesini engellemektedir. Katılımcı (K4) eş zamanlı olarak belirtilen farklı adreslerde birilerini bulundurmasına rağmen yine de çocuğuna erişemediğini belirtmiştir. Bu durum annenin, adres değişikliğini, görüşmenin engellenmesi noktasında bir yöntem olarak kullandığını göstermektedir.

“Verdiği adreslere gittim. Fakat ben hangi adresteysem diyor ki, bu adresler de birbirinden çok uzak hepsinin birer ikişer saat mesafesi var, ben diğer adresteyim diyor. Eş zamanlı avukatımla işte farklı adreslerde bulunduk. Hiçbirinde olmuyor. O yüzden göremedim.” (K4)

“Çocuk aslında zarar gördüğü zaman bizimle görüşünü engelliyorlar. Örnek vereyim çocuk mesela düşmüş, ciddi bir vücudunda morluk var. Bizim onu rapora dökeceğimizi bildiği için anne ne yapıyor? İkametgâh değiştiriyor, dayıya gidiyor. Biz icrayla gidiyoruz ama boş çünkü o adreste kimse yok. Süreç uzuyor sadece.” (K7)

Annenin görüşmeyi engelleme noktasında farklı saikler ve metotlarla hareket ettiği tespit edilmiştir. Buna göre esasen annenin yasal sürelerde görüşmeye müsaade etme yükümlülüğü bulunmasına rağmen kişisel görüş günlerinde dahi çocukla babanın görüşmesinde inisiyatif kullandığı görülmüştür. Katılımcıların ifadelerinden, yasal sürelerde annenin keyfine göre görüşmelerin gerçekleşebildiği ve sıklıkla görüşülemediği anlaşılmıştır.

“Ben dün akşam mesela görüntülü de görüşebildim. Zaman zaman annesinin psikolojisine göre her gün görüşebiliyorum, işte haftalarca görüşemiyorum şeklinde böyle çalkantılı aslında.” (K6)

“O da keyfi yerinde olunca gösteriyordu. Olmayınca yapacak bir şeyiniz kalmıyor. Dava açsanız ceza vermiyorlar. Öyle gitti. Ama sonradan 2 kere hapse girdi. Mahkeme kararına mukavemetten.” (K7)

“Şimdi %99,99 diyeyim size, ayda iki defa bu böyle kişisel ilişki kurulur. Baba o gün, o tarihte kişisel ilişki kurulan birinci, üçüncü hafta ya da ikinci, dördüncü hafta sonu annenin kapısına gittiğinde, annenin kapısını

çalar, anne keyfe keder, kapıyı açarsa, açar, konuşur, sohbet eder, çocuğu verirse, yine annenin inisiyatifindedir bu, o baba çocukla kişisel ilişki kurar, kurmayı başarabilir ya da.” (K13)

Görüşmelerin engellenmesi yoluyla yabancılaştırmada annelerin başvurduğu yöntemlerden bir diğeri de *baba hakkında adli boyutta bir suç isnadında* bulunma olarak tespit edilmiştir. Hırsızlık, hakaret, tehdit, yaralama ve hatta çocuğa karşı cinsel istismar suçunun dahi bu isnatların konusu olabildiği görülmüştür.

Babaların çocuklarla kişisel ilişki kurma hakkını kullanmasını veya velayetin babaya verilmesini engellemek isteyen annelerin, bilhassa kız çocukları hakkında, babaları tarafından istismara uğradıklarından bahisle adli mercilere şikâyetle bulundukları görülmüştür. Cinsel suçların muhtevası gereği muhtemel tekrar durumlarına karşı mahkemelerin sıklıkla tutuklu yargılamaya karar verdiği bilinmektedir. Bu kapsamda katılımcı babalardan bazılarının tutuklu yargılandığı, bazılarının serbest oldukları ve fakat her iki ihtimalde de böyle bir isnattan dolayı velayet davalarında kişisel ilişkilerinin sınırlandırıldığı yahut kaldırıldığı görülmüştür.

“Ama daha fazla görmek istiyorum. Üzerinde etkim olmasını istiyorum. Kabul etmedi tabii bizimki. Kabul etmeyince ben de kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açtım. Kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açtım. ... Aradan 17 gün geçti. 17 gün sonra polis beni tutukladı. 3,5 yaşında oğlumu cinsel istismarda bulunduğuma dair şikâyetle bulundu. Arkasından bir ay sonra da boşanma davası açtı. Tabii beni aldılar, nezarete atıldılar. Bir gece tuttular. Baktılar ben dava açtım. Dava sonrasında geldi bu. Çocukla da adli tıp görüşmüşmüş. Muayene edilmiş. Herhangi bir sorun yok. Herhangi bir hani ne diyorlar ona kızarıklık, şudur budur bir emare yok. Sonra boşanma davası açtılar. Ama bunun tabii bu iftiranın şeyi hukuken sürüyor. Yargılanıyorsun.” (K7)

Soruşturmaların uygulamada uzun sürdüğü düşünüldüğünde babaların çocuklarıyla bu süre içerisinde görüşemediği görülmektedir. Kaldı ki soruşturma kısa sürse ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilse dahi kişisel ilişki bu suç isnadına dayanılarak kaldırıldığı için katılımcıların çocuklarıyla uzun bir müddet görüşemedikleri gözlemlenmiştir.

“Anne teslim ettikten sonra anne çocuğu doldurarak, benim hakkımda kız çocuğumun üzerinden yürüyerek cinsel istismar iddiasında bulundu. Bununla ilgili beni hiç dinlemeden 6284 sayılı kanun maddesine dayanarak 6 ay kişisel ilişkim kaldırıldı. Daha sonra bir 6 ay daha kaldırıldı ama bu süreç içerisinde 20 gün ya da 25 gün sonra Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı’nın yapmış olduğu soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilerek, Sulh Ceza Mahkemesine yapılan itirazda

kesinleşerek karar kesinleşti. Yani herhangi bir yargılama olmadı. Sadece savcılık aşamasında kaldı. Bu süreç içerisinde defalarca mahkemeye itiraz etmemize rağmen velayetin değiştirilmesi davası devam ederken, mahkeme benimle çocuklar arasında kişisel ilişkiyi kaldırdığından dolayı çocuklarla bir yıl kişisel ilişki kuramadım.” (K2)

Katılımcı (K3) kendisi hakkında kendi çocuğuna karşı cinsel istismar iddiasında bulunan eşinin kendisini savcılığa şikâyet ettiğini, aynı gün içinde ifadesini geri çektiğini, velayetin babaya verilmesi ve babanın çocukla görüşmelerini engellemek için böyle bir suç isnadında bulunduğunu ifade etmiştir.

“Bir karalama kampanyasının son noktası neresi olabilir, bir fikriniz var mı? Cinsel istismar iddiası desem? Çocuğa karşı. Gidip savcılığa dilekçe verip, çocuğun yaşı itibariyle o yaşta yalan söyletmeyi, kendi yalanlarına ortak etmeyi beceremediği için aynı gün savcıya imza atıp, ben babasının ve çocuğunun arasına görüşmesine engel olmak, velayetini almasına engel olmak için bu iftirayı attım diye, savcılıkta verdiği bir ifade var.” (K3)

Katılımcı K15 ise annenin *eğer böyle söylersen baban bizi bırakmaz* şeklinde çocuğu telkin etmesiyle cinsel istismar iddiasında bulunduğunu ve çocuğu da beyanlarıyla buna ortak ettiğini, bundan dolayı babanın yargılandığı ifade etmiştir. Bu noktada katılımcı, annenin mi yoksa babanın mı bu gibi durumlarda çocuğu taciz ettiğinin üzerine düşünülmesi gerektiğine işaret etmekle annenin böyle ağır bir metot ile babadan ziyade çocuğa zarar verdiğini göstermiştir. Aslı olmasa dahi çocukların yaş ve algıları gereği bu gibi ağır isnatlara inanmaları yüksek ihtimalde olup babalarını ömür boyu bu yaftalama ile anımsaması mümkündür. Bu ise böyle bir yöntemin yabancılaştırma bağlamında ne denli ağır neticelere sebebiyet verdiğini açıkça göstermektedir.

“Mesela en kötü ne olabilir? Örnek bir dosyayı aktarayım. O zaman ceza mahkemesinde görevliydim. Cinsel istismar iddiasıyla yargılanan bir adam geldi. Suçu kendi çocuğuna karşı işlediği iddia ediliyor. Çocuk çim ifadesinde, uyuduğu sırada babasının sakallarını özel bölgesinde hissettiğini anlatıyor. Şimdi normalde bu cinsel suçlarda bu şartlarda tutuklu yargılama verilir. Çocuğun ifadesi ortada. Adamsa üzgün, yapmadım diyor. Ben adama dedim ki eşinizle aranız nasıl? Ayrı olduklarını ve boşanma sürecine girecek veya girmiş olduklarını söyledi. Ben o noktada adli kontrol ile serbest bıraktım. Sonra tabi üst mahkemeye itiraz edilince tutuklanmış. Ama dava sonuçlandığında dosyada görevli uzman arkadaş yanıma geldi. Beni tebrik etti. Meğer baba suçsuzmuş. Çocuğun ifadede söylediklerini annesinin etkisiyle söylediği ortaya çıkmış. Annesi çocuğa

eğer böyle böyle söylersen baban bizi bırakmaz demiş. Esasen ortada öyle bir suç vs. yok yani. Anne çocuğu koz olarak kullanmış. Şimdi burada çocuğu kim taciz etti, anne mi baba mı?” (K15)

Yabancılaştırma bağlamında babaya ilişki isnat edilen suçlardan bir başkasının da hırsızlık suçu olduğu görülmüştür. Katılımcı (K11), mesleği gereği kendisine atılı en ağır suçlardan birinin hırsızlık suçu olacağını ifade etmiştir. Bu doğrultuda velayet sahibi annenin böyle bir suçlamayla kötü bir baba profili çizmeyi ve velayete ve kişisel ilişkiye ilişkin kararları olumsuz etkilemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

“İlaveten ben maliyeciyim. Türk Silahlı Kuvvetlerindeki karşılığı ikmaldir. Bir ikmalcinin veya bir maliyecinin yaşayabileceği en büyük suç ve her an gözünün önünde olan suç maddi bir konuda kendisini rüşvet veya hırsızlıkla suçlamaktır ki tarafım da hırsızlıkla suçlandı. Ben İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesinde bunun duruşmalarına çıkıp ağır ceza savcısı tarafından hiçbir iddiam yoktur ifadesine istinaden gerekçeli tam beraat almış olmama rağmen hala hazırda şu anda Bodrum Aile Mahkemesi ’nde görülen velayetin genişletilmesi ve ortak velayete tekabül eden davamda hala kendisi hırsızdır, kendisi saldırgandır vs. vs. suçsuzluğumun ispatlandığı tüm kararları ve yargıtay tarafından elde edilen bu kararları hala çamur at izi kalsın şeklinde tarafıma atfediliyor.” (K11)

Velayet sahibi annenin velayet ve kişisel ilişki kararlarının baba aleyhine kurulmasına yönelik olarak kasten yaralama suçuna da başvurabildiği görülmüştür. Buna göre baba hakkında şiddete meyilli bir profil çizilerek bu kararların baba aleyhine verilmesinin ve böylelikle çocukla görüşmelerin engellenmesinin hedeflendiği anlaşılmıştır.

“Mahkeme kararına yansıyan nedir peki? İ. A. alkol içen, alkolik olan, kadını darp eden çocuklara zarar veren biri olarak ifade ediliyor. Peki buna dair dosya içinde herhangi bir delil, tanık, beyan var mı? Yok. Sadece kadının eşim beni dövdü, eşim bana hakaret etti ifadesi var. Bunun dışında ne adli tip raporu var ne tanık beyanı var ne de başka herhangi bir sunabildiği delil yok.” (K13)

6284 sayılı kanuna dayanılarak koruma kararının çıkarılmasının da çocukla babanın görüşmesini engellemede sıklıkla başvuru olan bir yöntem olduğu tespit edilmiştir. Buna göre anneler herhangi bir somut delil göstermeksizin koruma tedbirlerine başvurup koruma kararı çıkarmak suretiyle baba ile çocuk arasına adeta bir bariyer koydukları görülmüştür. Katılımcılar herhangi bir tartışma vb. sorun yaşanmadığı halde kendileri hakkında ansızın koruma kararı çıkarıldığını ve böylece çocuklarıyla görüşemediklerini ifade etmektedirler. Bu ise uzaklaştırma kararlarının gayesi

dışında kullanılarak suistimal edildiğinin ve yabancılaştırmanın bir aracı haline getirildiğinin göstergesi olarak değerlendirilebilir.

“Mesela en son gittiğimizde 6284’ten tedbir koydurdu. Yanına yaklaşmayalım çocuğu görmemize engel olsun diye. ... Hani iftira olarak onu kullanıyor şimdi. Çocuğa zarar verebilir bilmem ne benim yanıma da yaklaşmasın gibisinden. ... Bir istismar aracı olarak kullanıyorlar hem çocuğu hem bizim iyi niyetli tavırlarımızı. Kötü niyetli kendi menfaatlerine göre davranıyor (eski eşim) mesela bana şarkı gönderiyor şey yapıyor sonra ertesi gün 6284’ten tedbir aldırıyor.” (K1)

3. Velayetin Kötüye Kullanılması

Yabancılaştırma bağlamında velayet sahibi ebeveynin velayeti kötüye kullandığı ve bunu da çeşitli doneler vasıtasıyla gerçekleştirdiği görülmüştür. Katılımcılar velayetin annede bulunmasının ona rahatlık hissi verdiğini, annelerin velayeti kendilerine karşı koz olarak kullanabildiğini, nafaka için pazarlık aracı olarak öne sürebildiği ve babadan öç veya intikam alma aracı olarak kullanabildiklerini ifade etmişlerdir.

a. Öç Alma/İntikam Aracı Olarak Kullanma

Boşanma sürecinde taraflar arasında kötüleme, inatlaşma, hesaplaşma vb. çekişmelerin olduğu bilinmektedir. Anlaşmalı boşanmalar da dahil olmak üzere bazı boşanmalarda anne veya baba karşılıklı restleşmeler için çeşitli doneler kullanmaktadır. Bunlardan en yaygın bilineni ise velayet ve çocuk unsuru olup yabancılaştırmada da en çok bunların kullanıldığı görülmüştür. Çocuğun eşler arası çekişme ve hesaplaşmalarda kullanılması katılımcılar, sopa gibi, silah gibi, hınç alma aracı, menfaat aracı, intikam aracı olarak değerlendirdikleri gözlemlenmiştir.

“Tabii ki sopa olarak kullanıyor silah gibi kullanıyor adeta bize karşı.” (K2)

“Yani bunu bir şekilde hınç alma aracı olarak kullanıyor, menfaat aracı olarak kullanıyor, nafaka artırmak için kullanıyor birçok şekilde kullanan var. Hepsi kullanıyor mu? Hayır. Hepsi bunu yapmıyor. Bazıları sadece ve sadece karşı taraftan intikam aracı olarak kullanabildiği gibi ya da tamamen adamdan kurtulmak ve çocuğu da ondan koparmak için böyle bir yönteme başvuruyorlar.” (K13)

b. Koz Olarak Kullanma

Bilhassa boşanma sürecinde eşler arasında yaşananlar için çocuklar üzerinden hesaplaştığı görülmektedir. Katılımcıların ifadelerinden, babaların çocuklarına düşkünlüğü ve duygusal özelemleri üzerinden çocuğun koz ve hesaplaşma aracı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.

“Çünkü bakın tekrar vurguluyorum. Kırk günlükken aldı gitti. Şimdi diyeceksiniz ki bakın kırk günlük çok erken diyeceksiniz. Evet çok erken. Ama kırk günlükken aldı gitti. Çünkü kumar oynadılar. Rus ruletini bilirsiniz. Gideceksin peşimden. Affedersiniz kaba tabirle köpek gibi gelirsene gelirsene. Pılını pırtını topla İstanbul’dan gel Kayseri’ye yerleş. Kabul etmedim. Kabul etmeyince de çocuğumla bunu ödüyorum. ... Gördüler benim çocuğa düşkün olduğumu. Verici olduğumu ha dediler tamam biz bunu çocukla dizginleriz.” (K5)

Katılımcı (K12) çocuklarına düşkünlüğünün karşı tarafça bilindiğini ve ilgisinin ve sevgisinin koz olarak kullanıldığını belirtmiştir.

“Çocukların bana karşı olan ilgisini biliyorlar. Benim onlara karşı olan aşkıma da biliyorlar. Yani bunu engellemek için yani daha doğrusu özetle benim en büyük zaafım çocuklarım yani. Benim başka bir zaafım yok. Bunu bildikleri için bu yolda bana eziyet etmeye çalışıyorlar.” (K12)

Çocuğun gösterilmemesi yoluyla babanın duygusal olarak zarar görmesine sebep verilmek istendiğini belirten katılımcı (K3) ifadelerine göre çocuğun koz olarak kullanılmasının bir yabancılaştırma yöntemi olarak değerlendirilebileceği öngörülmektedir.

“Yani o süreler içerisinde görüşemediğim zamanlar oldu. Ayda iki sefer, yasal süreler içerisinde bile yani icra tutanakları falan var. Gittiğimizde kapı duvar, evde yok, kaçırdığı ve kaçtığı zamanlar oldu. İcrasız gittiğim zamanlar da saatlerce kapı önünde beklettiği zamanlar oldu. Bundan keyif alıyor. Yani ne kadar üzerse çocuğu, çocuğu kullanarak, o çocuğun istismar ederek benim canımı yakıp, beni üzüp bundan keyif alan bir karakter düşünün. Yani üç saat, dört saat kapı önünde çocuğunu görme özlemiyle bekleyen bir ebeveyn düşünün.” (K3)

Yabancılaştırma bağlamında velayetin koz olarak kullanıldığına dair bir başka bulgu ise nafakalar özelinde velayetin kullanılmasıdır. Buna göre velayet sahibi annenin, nafakaların artırılması noktasında çocukla görüşmeyi pazarlık unsuru haline getirdiği belirtilmektedir.

“Valla şimdi birçok kişi ya da anne ya da velayet sahibi tarafından çocukla kişisel ilişki nafakayla eşleşiyor. Bu hale eşitliyorlar. Kendi eşim dahi yaptı bunu. Yani ben nafakayı ödemiyormuşum gibi bir noktaya getirip ben düzenli ödediğim halde icraya koydular. Maaşımdan tıkr tıkr geçirirken bunu yeterli bulamadığı için çocukla görüşme noktasında bunu bir pazarlık unsuru haline getirmeye çalıştılar. Yani nafakayı artır ben de çocuğu göstereyim noktasına getirdiler bu işi.” (K13)

c. Hukukun Korumasına Güven Duyma ve Suistimal Etme

Hukuk sistemi ve uygulamalarının velayete ilişkin hususlarda anneyi ve anne şefkatini ön planda tuttuğu bilinmektedir. Korunmaya muhtaç çocuk ve anne şefkatinin kararlarda sıklıkla başat aktör olarak rol aldığı göz önünde bulundurulduğunda esasen çocuğun üstün menfaati gerekçesine dayanan bu eğilimin anneler tarafından kullanılabildiği gözlemlenmiştir. Mahkeme kararlarında eğer ciddi ve ağır bir tehlike barındırmıyorsa velayetin çoğunlukla annelere tevdi edildiği bilinmektedir. Boşanma sürecinde annelerin bu bilinçle hareket ettikleri, baba ile çocuğun görüşmesinde inisiyatifin kendisinden yana olmasından dolayı velayeti buna dayanarak kötüye kullanmaktan kaçınmadıkları görülmektedir.

“Anne diyor ki oh diyor çocuk bende diyor. Oh tamam diyor boşanırsam da diyor alırım parayı diyor. Çocuğu da göremez diyor. On sene diyor çocuktan ayrı büyüsun diyor. Oh diyor.” (K5)

Katılımcılar hukuk uygulamalarının süreci sabote ettiğini, sahte bir haklılık algısı oluşturduğunu ve mahkemelerin kadından yana olduğuna dair bir kanaatin oluştuğunu ifade etmişlerdir.

“Yani mesela hukuk burada işte süreci çok sabote ediyor. Yani benim gözlemlediğim kadınlar için sahte bir güvenlik ve haklılık algısı yaratıyor. Yani işte boşarım, tazminatımı, nafakamı alırım, yoluma bakarım gibi işte devlet beni korur, uzaklaşma kararları falan.” (K4)

“Çünkü kadın artık şu bilince ulaştı. Evet ben çalışıyorum, ekonomik özgürlüğümü elime aldım. Hukuk da benden yana, mahkemeler de benden yana. Çatır çatır yaşarım.” (K5)

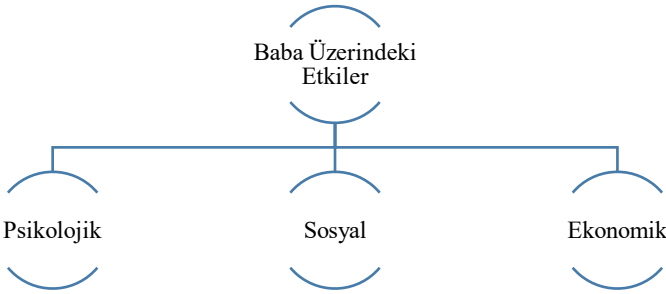
Katılımcılar hukuki süreçte kadın ve erkeklere yönelik uygulamaların özellikle annelere yönelik pozitif ayrımcılık gündeme gelmekte ve bazı katılımcılar bunu çocuğun üstün menfaati gereği olması gereken bir durum olarak nitelendirirken bazı katılımcılar ise eşitsizlik ve adaletsizliğe yol açtığını ifade etmektedirler.

“Bir silah gibi kullanıyorlar kanunları. Ve başarıyorlar da çünkü hele hele bu darp meselelerinde son dönemde çıkan kanunlar, kadının beyanı esastır, böyle bir şey yok aslında da hakimlerin zihnîyetinde var. Çünkü ben de böyle bir konudan ceza aldım. Bana tokat attı dedi eski eşim. Tokat atmadığımı görüntülerle kanıtladığım halde hastaneye giderken tırnağıyla yüzünü çizdi ve rapor aldı. Ve vücudunun sağ tarafından yüzünü çizdi, sağ yüzünü çizdi. Karşısındaki insan vursa vursa sol tarafına vurur. Ona rağmen bana ceza verildi. Para cezasına çevrildi tabii. Ve boşanmada haksızım şu an, kusurluyum bundan dolayı. Yani öyle bir kullanılıyor ki kanunlar. Ve hâkimin söylediği söz ... en son bana şu cümleyi söy-

lemişti. Karşında bir kadın var, ağzınla kuş tutsan, uzaydan delil de getirsen haksızsın demişti bana. Hâkim demişti bunu yüzüme karşı. Yani bu tür şeyler olduğu sürece bizim işimiz zor.” (K7)

C. Yabancılaştırılmanın Baba Üzerindeki Etkileri

Ebeveyne yabancılaştırma ve yabancılaşmanın, yabancılaştırılan ebeveyne etkileri başta psikolojik olmak üzere sosyal, kültürel, ekonomik vb. birçok alanda olabilmektedir. Söz konusu aile bireyleri parçalanmış bir aileden teşekkül ettiği için birçok alanda olumsuz neticelerle karşılaşabilmektedir. Özellikle velayet kendisine bırakılmayan ebeveynin bu etkileri fazlasıyla yaşadığı müşahade edilmiştir. Velayet kendisine bırakılmayan ve çoğunlukla tek başına yaşayan babaların ebeveyne yabancılaştırmaya maruz kalmaları ise bu etkilerin tesirini artırmaktadır. Söz konusu babaların hem sosyal hem ekonomik hem de psikolojik anlamda birçok güçlüklerle karşılaştığı tespit edilmiştir.



1. Psikolojik Etki

Yaşadığı sürecin etkileri sebebiyle psikolojik tedavi alan katılımcı babalardan biri (K11), bizzat çocuğuyla görüşmemesi sebebiyle depresyona girdiğine dair kendisine tanı konulduğunu ifade etmiştir. Ki bu durum babaların yabancılaşmaya maruz kalmaları ve çocuklarından uzaklaştırılmaları sonucu psikolojik anlamda mağdur olduklarının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

“Bununla alakalı İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nde, Katip Çelebi Üniversitesi’nde 9 Eylül Üniversitesi’nde vesaire bir sürü kamu hastanesinden psikiyatri ana bilim dalı başkanlarından bölüm başkanlarına klinik şeflerine kadar tamamının tarafıma vermiş olduğu çocuğunu göremediği için depresyona girmiştir ifadesiyle verilmiş tanılar hatta heyet raporları da var.” (K11)

Katılımcılardan bazılarının yaşanan sürecin psikolojik anlamda ağır olduğunu ifade ettikleri görülmüştür. Bu bağlamda katılımcılardan birinin

yaşananları *yoğun bir haksızlık* olarak nitelendirdiği görülmüştür. Bu bağlamda katılımcıların bir kısmının içe kapanık, umutsuz ve depresif bir hale büründüklerini, öfke nöbetleri geçirdiklerini, günlerce ağladıklarını ifade ettikleri görülmüştür.

“Sadece o dönemde etkilendim, burada yaşadığım o süreçten sonra. Birazcık içime kapandım. Depresif olarak tedavi falan almadım ama yaşananlar bize çok ağır geldi. İçime kapandım, kimseye bir şey anlatamaz duruma geldim. Günlerce ağladığım günler oldu, o çocuğun düşmüş olduğu durumdan dolayı.” (K2)

“Yani şöyle başlarda çok bocaladım, zorlandım. İşte öfke nöbetleri, sinir krizleri. Hani çok tetikleniyorsunuz. Sonra şunu fark ettim. Bu işin sonu iyiye gitmiyor. Yani her seferinde çünkü tansiyon yükseliyor. ... ilk sene depresyon senesiydi. Yani gerçekten yoğun bir depresyon, yoğun bir umutsuzluk, yoğun bir haksızlık.” (K4)

Katılımcı (K4) yaşadığı psikolojik zorlukları anlamakta güçlük çektiğini ve esasen erkeklik duygusunun zedelenmesi sebebiyle yoğun bir öfke hissettiğini ifade etmiştir.

“Tabii ben bu zamana kadar çok sakin ve güzel bir hayat yaşamıştım. Bunu algılamakta zorlanıyorum. Yani ben bunu hak etmedim, bu niye böyle oldu gibi çıkarımlar da yapmaya çalışıyorum. Ve bir şey var. Hani beni durduran noktalardan biri de şuydu. Ya ben bu duygu beni aslında benim kişisel duygum, benim erkeklik duygum zarar gördüğü için ben bu yoğun öfkeyi hissediyorum.” (K4)

Yabancılaşmanın etkisiyle çocuğundan ve aile sıcaklığından uzaklaşan babalardan birinin (K1) kendisini ötekileşmiş hissettiğini ve kendisine *insan değilmiş gibi muamele edildiğini* ifade etmiştir.

“Bir tarafı ben değilmişim gibi, hani sanki çocuk tek başına onun tarafından doğrulmuş. Ben sanki hani böyle dolaylı yoldan hiçbir kan bağı, bir şeyim yokmuş, çocukla bir duygusal bağı yokmuş gibi, insan değilmişim gibi muamele görüyorum. Ve bunu bana devlet yapıyor. Bu muameleyi bana devlet yapıyor. Mahkemeler eliyle çocukla babanın arasındaki bağı kasti koparıyor.” (K1)

Psikolojik durumların fiziksel yansımalar yoluyla da kendini gösterebildiği bilinmektedir. Yabancılaşmaya maruz kaldığı düşünülen babalardan biri olarak (K1) yaşadığı sıkıntılı süreçten dolayı damarlarının tıkanıldığını vücudunda şişlik oluştuğunu ifade etmiştir.

“Benim bacağım damarım şişti. Biz doktora gittik. Sen bu yaşta bu damarı nasıl bu kadar şişirdin diye. Üç katına çıktı bacağım. Damarım tıkanmış üzüntüden sıkıntıdan stresten yani. ... bütün bunlar tabii ki benim psikolojimi bozdu.” (K1)

Babalardan bazıları yaşadıkları depresyon sürecinin onları kendini suçlama ve başkalarına zarar verme noktasına getirdiğini ifade etmişlerdir. Katılımcı (K5) duygu bozukluğu yaşadığını ve yaşananlardan dolayı kendisini suçlamaya başladığını ifade etmiştir.

“Sonra çocuğumu benden alıp gittiler. Açık ve net konuşacağım. Vurmayı düşündüm. Bakın yalan yok. Çünkü ağır depresyon geçirdim. Ben eve çıktım, ağladım. .. Ben dedim yok dedim. Ben vuracağım dedim. Ben bunları niye yaşadım? Ben niye böyle oldum? Kendimde hata aramaya başlıyorum. Bakın bu ne kadar kötü bir şey biliyor musunuz? Sizde bir suç yok, sizde bir unsur yok ama kendinizi suçlu hissediyorsunuz. Benim yüzümden oldu diyorsunuz. Ben niye bunu yaşadım diyorsunuz. Tamamen böyle bir duygu bozukluğu yaşıyorsunuz.” (K5)

Özellikle uzun süre çocuklarıyla görüşemeyerek yabancılaşmaya maruz kalan babaların çocuklarından ve onların en güzel dönemlerini görmekten mahrum kaldıklarını ifade ettikleri görülmüştür. Özellikle küçük yaşlardaki çocukların babayı tanıması veya benimsemesi noktasında ayrı kalınan sürelerin çok uzun olmasa dahi etkisinin oldukça fazla olduğu ve yabancılaşmaya daha elverişli olduğu anlaşılmıştır. Bu bağlamda katılımcılardan birinin *çocuğunun hayatına dair hiçbir tanıklığı olmadığını* ve bir başka katılımcının da çocuğu ile görüşemediği sürede *kaçırdıklarını dünyalara değışmeyeceğini* ifade ettikleri görülmüştür.

“Ben fark ediyorum, benden iş işten geçti. Benim çocuğumla işte o dört yılını işte bebeliğini bilmiyorum, konuşmasını bilmiyorum. Hayatına dair hiçbir anda tanıklığım yok.” (K4)

“Ama şöyle de bir durum var, ben çocuğumun iki buçuk yaşından beş buçuk yaşına kadar üç yıllık bebeklik ve en sevilen dönemlerini kaçırdım. Ve bunun dünyaları benim önüme serin, tamam mı? Size o üç yılı geri vereceğiz, yoksa dünyaları mı verelim dersiniz ben o üç yılı isterim işte.” (K6)

Babaların yabancılaşma süreci sebebiyle çocuklarından uzaklaşmış oldukları ve kendilerini öteki ve işe yaramaz yabancı bir kimse gibi tanımladıkları anlaşılmıştır. Katılımcı babalardan ikisinin kendilerini *damızlık boğa/damızlık sığır* olarak nitelendirdikleri görülmüştür.

“Affedersiniz çok özür diliyorum. Lütfen bunu not edin. Ben şöyle düşünüyorum. Damızlık boğayım. Hayvanım yani. Ben damızlık hayvanım. Bakın ciddi söylüyorum. Biyolojik olarak ben damızlık hayvanım. Onun dışında benim hiçbir şeyim yok. Söz hakkım yok. Ta ki on yaşına kadar eğitim çağına kadar, o da oğlan beni isterse. Onun da garanti benim on yılım gitti.” (K5)

“İşin handikabı bunun bir çıkar ilişkisine dönmüş olması bence. Erkeklerin hepsi kendini şöyle hissediyorlar. Yani ben de mesela damızlık sığır gibi hissediyorsun.” (K4)

Psikolojik desteğe ihtiyaç duyan babaların bu süreçte maddi gücü doğrultusunda bu desteği karşılayıp karşılayamamasının şiddete sevk edilmek ile bağlantılı olabileceği anlaşılmıştır. Buna göre yabancılaştırmaya maruz kalan; velayet sahibi tarafından bilinçli hareketlerle ve ciddi tahriklerle bu süreci geçiren babaların psikolojik destekle bu süreci atlatması gerekirken maddi imkânsızlık sebebiyle bunu sağlayamadıkları ve alternatif bir alanda *deşarj* olmadıkları takdirde şiddete yönelebilecekleri belirtilmiştir. Neticeten babanın kendine veya bir başkasına şiddet uygulaması halinde çocuğundan tamamen uzaklaşacağı da ifade edilmiştir.

“Ben bir şekilde ekonomik gücüm var. Psikoloğa gidebiliyorum. Kitap alıp okuyabiliyorum. Sosyal aktivite yapabiliyorum. Peki ekonomik durumu olmayan bir baba içinde yaşamış olduğu o psikolojik buhranı nasıl atlatacak? Çok basit. Şiddete meyil edecek. Biri bir şey dediğinde sen niye bana baktın? Biri bir şey dese arkadaş sen ne diyorsun diyecek. Çünkü babanın içi dolu. Babadeşarj olamıyor.” (K5)

“Ancak ne yazık ki benim muhatap olduğum onlarca, hatta yüzlerce baba... çocuğunu göremezse yapacak iki şeyi vardır. O kızgınlıkla anneye hücum eder ya da anneye küfrederek ya da başka bir şekilde şiddet uygular suçlu konumuna düşer, çocuğunu da tamamen göremez hale gelir.” (K13)

“Ya kendine zarar verirsin ya karşı tarafa zarar verirsin. Yani bu sürecin seni ittiği olay bu.” (K4)

Bu süreçte kadın ve erkek arasında toplum ve hukuk bazında yaklaşımların farklı olduğunu belirten katılımcıların önemli bir kısmı bunu babaları şiddete yönelten bir başka etken olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda hem velayet kararının ağırlıklı olarak anneler lehine veriliyor olması hem de kişisel ilişki görüşmelerinin gerçekleşmesini engelleyen velayet sahibi annenin herhangi bir toplumsal veya hukuki yaptırıma uğramayışi eleştirilmiştir. Birçok katılımcının ifadelerinde, özellikle söz konusu cezasızlık halinin babaları şiddete yönelttiğine dair eleştirilerle karşılaşılmıştır. Katılımcılardan birinin, kadın erkek arasındaki eşitsizliği *babayı görmezden gelme* olarak değerlendirdiği ve bu durumun şiddeti doğurduğunu ifade ettiği görülmüştür.

“Eğer kadına o imtiyazı veriyorsan toplum içerisinde, hukuk içerisinde, çalışma hayatı içerisinde erkek özgürlüğünü o kadına veriyorsan o zaman kadını erkekten üstün tutmayacaksın. Maalesef yani şu an günümüz toplumundaki kadınlar her anlamda erkekten üstün tutuluyor. Bakın bunu şiddeti savunmak anlamında lütfen algılamayın. Bunu asla yani kadını

ötekileştirdiğim anlamında da algılamayın. Asla ama kadına bu hakkı veriyorken babayı da görmezden gelemezsiniz. O zaman toplum da böyle işte şiddet doğurur. Yani şiddetin oluşma sebebi bu.” (K5)

Söz konusu babaların geçirdikleri psikolojik sürece ilişkin birtakım koruma mekanizmaları geliştirme ihtiyacı hissettikleri ve bu doğrultuda bazı yöntemlerle içerisinde bulundukları durumla mücadele etmeye çabaladıkları gözlemlenmiştir. Bu bağlamda psikolojik danışmanlık ve ilaç tedavisi, evcil hayvan edinme, kişisel hobilere yönelme ve spor yapma gibi yöntemlere başvurdıkları görülmüştür. Katılımcıların büyük çoğunluğunun depresyon vb. psikolojik sorunlarla karşı karşıya kaldığı, yaklaşık yarısının ise mücadele yöntemi olarak psikolojik danışmanlık aldıkları ve psikiyatrik ilaçlar kullandıkları tespit edilmiştir.

“Yani bu boşanma sonrasında psikolojik anlamda depresyon ve anksiyete sorunları yaşamak kaçınılmaz. Yani böyle evladiyla sınılıp evladiyla imtihana giren bir insanın depresyon ve anksiyete sorunu yaşamadım demesi olağan hayat akışına aykırı. Ben bu anlamda tedavi ihtiyacım için tedavi oldum. Uzun bir süre depresyon ilaçları kullandım.” (K3)

“Ben hastanede çalıştığım için bir gün buradan mahkemeye gidiyordum ben. Böyle trafikte bir kavga olayına karışacaktım. Ve kendime geldiğimde hani o şoku attığımda üzerimden, tabii fiziksel herhangi bir şey olmadı, sözlü bir tartışma yaşadım sadece. Yerime gelip oturduğumda dedim ki bu iş böyle olmayacak. Ya zarar verirsin ya zarar alırsın. Ben burada psikiyatri doktorumuza gittim dedim ki böyle böyle bir şey yaşıyorum yani. Yani bu süreçten geçiyorum ve böyle bir şey yaşadım bugün. Yanlış bir şey yapabiliyordum. Bana önereceğiniz bir şey var mı dedim. Ben şimdi o gün bugündür ilaç kullanıyorum.” (K6)

Katılımcılardan birinin (K5) söz konusu durumla mücadele kapsamında kendisine kişisel bir terapi olarak evcil hayvan edindiği görülmüştür. Katılımcı evinde tek yaşadığını ve çocuğundan ayrı kaldığı için bir köpek alarak köpeğini evladı yerine koyduğunu ifade etmiştir.

“E şimdi psikolojik terapi almak durumunda kalıyorsunuz. Düşünsenize. O evde tek başıma yaşamak durumunda kalıyorum. Yaşarım. Hadi sorun değil. Köpek aldım bunun için. Bakın ciddi söylüyorum. Köpeğimi evlat yerine koydum. Yani benim şu an evdeki köpeğim benim çocuğum gibi oldu. Niye? Çünkü çocuğumdan ayrı kaldım.” (K5)

Katılımcıların bir kısmı velayete ilişkin süreçte eğer hayatlarında herhangi bir hata yaparlarsa bunun, çocuklarıyla görüşmelerinin önünde bir engel olacağını düşündüklerinden herhangi bir hata yapma lükslerinin olmadığını ifade etmişlerdir. Yaşananlardan sonra yıpranmanın etkisiyle herhangi bir olumsuz durumla karşılaştıklarında depresif veya agresif bir

tavra bürünme ihtimalini göz önünde bulunduran babalar, bu hislerle baş edebilmek için spora yöneldiklerini ifade etmişlerdir.

“Yani size şöyle söyleyeyim, ben daha önceden mesela bira falan tüketen bir insandım, böyle alkol alırdım. Üç buçuk yıldır, yani çocuğumla ayrı düştüm düşeli. Ben sadece spor yapmayı istiyordum. Neden biliyor musunuz? Onun dışındaki her şey bana hata yaptırdı. Ama benim hata yapma lüksüm yok. Çünkü ben bir çocuk sahibi olan bir babayım, her ne kadar yanında olamasam da.” (K6)

2. Ekonomik Etki

Ebeveyne yabancılaşmaya maruz kaldığı düşünülen babaların bu süreçte farklı alanlarda farklı etkilerle karşılaştıkları görülmüştür. Babaların çocuklarıyla görüşmek için icra yoluna başvurmaları, uzak mesafe söz konusuysa çocuklarıyla görüşebilmek için yüksek yol ve konaklama masraflarına katlanmaları, geçirdikleri sıkıntılı süreçten dolayı mesleki hayatlarına odaklanamamaları ve kazanç kaybına uğramaları gibi birtakım ekonomik sorunlarla karşı karşıya geldikleri tespit edilmiştir. Katılımcı babalardan bazıları çocuklarıyla görüşmede icra yoluna başvurmak bazıları da kişisel ilişki görüş günlerinde çocuklarıyla görüşmek için uzak mesafe halinde yüksek yol ve konaklama masraflarını karşılamak suretiyle ekonomik anlamda zorluk yaşadıklarını ifade etmişlerdir. Bunun yanı sıra babaların psikolojik anlamda yaşadığı kötü tecrübe ve süreçlerin etkisiyle bazı babaların işi bıraktıkları veya işyerini kapattıkları, bazılarının *çalışma heveslerinin kalmadığından* bahisle işlerinde verimli olmadıkları anlaşılmıştır.

“Kötü bir dönem, kötü şeylerdi, kötü hissiyatlardı. İşte depresyon, evden çıkmak istemiyorsun. Zaten işlerim de kötü gitmeye başladı. Hani boşanmayla evdeki huzursuzlukların artması ve işlerin kötü gitmesi aynı süreçteydi. Hatta işyerini kapattık. 3 ay kadar. Yani şey yaptık, bütün işçilerin çıkışını verdik, tazminatlarını ödedik. Çünkü yüklü bir alacağımız var, alamıyoruz. Artık sistem durdu. Daha sonra firma biraz bir ödeme yaptı. Tekrardan faaliyete başladık. Ama ben çalışmaya başlamadım, çalışmaya devam etmedim. Çünkü hem çalışma hevesi, işte öyle bir şey kalmadı.” (K4)

Katılımcı (K12) ise velayete ilişkin süreçte, uzun yıllardan beri yaptığı işini bırakarak *geri kalan hayatımı dondurdum* şeklindeki ifadesiyle hukuk mücadelesine yoğunlaştığını belirtmiştir.

“Ben 11 yaşında kuyumculuğa başladım, imalatına. O tarihten beri yapıyorum. Ta ki şu birkaç yıldır çocuklarımla olan durumdan dolayı her

şeyi çocuklarımın istikbaline bağladım. Bu yönde geri kalan hayatımı dondurdum. Sadece bu işlere ağırlık verdim. Bunlarla uğraşıyorum.” (K12)

Kişisel ilişkinin tesisinde görüşmelerin engellenmesi sebebiyle babaların başvurmak durumunda kaldıkları icra yoluyla çocuk teslimi, maddi yönüyle de çokça eleştirilmektedir. İcraya başvurulması için avukata ve her dosya için ayrıca icraya ödeme yapılmasının, görüşmesi engellenen baba için bir külfet oluşturduğu belirtilmektedir. Babalar çocuklarıyla görüşemediği ve mağdur oldukları halde bir de böyle bir maddi külfete katlanmalarını ekonomik bir şiddet olarak değerlendirmektedirler.

“Oradaki icra işlemlerinin ücretli olmasını bir eksik olarak söyleyebilirim. Bu bir ekonomik şiddetti. Benim çocuklarımı görebilmem için yatırdığım icra müdürlüğüne, toplam yatırdığım para miktarı 23 bin lirayı aştı, 23 bin 500 liraydı zannediyorum. 23 bin 500 lirayı 2013 yılına kadar ben Türk icra dairelerine yatırmak zorunda kaldım.” (K13)

3. Sosyal Etki

Yabancılaşmaya maruz kaldığı düşünülen babaların etkilendikleri bir başka alanın sosyal ve kültürel alan olduğu tespit edilmiştir. Katılımcıların birçoğunun, yabancılaşma süreci ve devamında yaşadıklarından dolayı aile ve arkadaş çevresi gibi sosyal alanlardan kendilerini soyutlamak istedikleri görülmüştür. Bilhassa yaşadıklarından haberdar olunan çevrelerde velayet ve çocuk konularını konuşmak istemedikleri ve bunun sebebinin de insanların kendilerine karşı acıma şeklindeki tutumları olduğu anlaşılmıştır. Buna ilişkin katılımcı (K1) yaşadıklarını bilen yakınlarının yanında *cüzzamlı bir insan gibi muamele gördüğünü* ifade etmiştir.

“Mesela arkadaşlarımla buluşacağım. Ama hani benim durumumu biliyorlar birkaç kere konuştuktan sonra. Hani benimle muhabbet edecekleri şey aşağı yukarı belli. O noktayı ben de çok anlatmak istemiyorum ama ister istemez konu oraya geliyor. ... Özellikle samimi arkadaşlar konuyu da bildikleri için sanki böyle ben hani şey bir insanmışım gibi böyle cüzzamlı bir insanmışım gibi muamele görüyorum. Hani yazık ya falan gibi hani belli etmeseler de çalışmasalar da anlaşıyor.” (K1)

Bazı katılımcıların yaşanan süreçlerden sonra yalnızlaştığı ve bunun da kendilerini sosyal hayattan tecrit etmeye kadar varabildiği gözlenmişse de aksi bir görüş olarak bir katılımcı baba (K11) sosyal hayatının olumsuz etkilendiğini ifade etmiş ve fakat çocuğuyla ilişki kuramadığı için kendisini *yalnız bir baba* olarak nitelendirdiği gözlemlenmiştir.

“Ben evlenmeden önce de yalnız değildim. Hiçbir zaman antisosyal kişilik bozukluğum veya asosyalitem yoktu. Evliyken de yoktu. Evliliğimi kendi hür irademle kendim bitirdikten sonra da yoktu. Bunun için toplum

içerisinde herhangi bir yalnızlığa itilmedim. Ama alt soy bağım bana ait olan bir çocukla benim aramdaki sosyal ilişki ve kişisel ilişki kurulmadığı için şu anda kendimi bir baba olarak yalnız hissediyorum.” (K11)

TARTIŞMA VE SONUÇ

Boşanma sayısının her geçen gün arttığı günümüz koşullarında boşanma süreci ve sonrasında ailenin her bir üyesi için farklı güçlükler meydana getirdiği bilinmektedir. Bu güçlüklerin önemli bir kısmı çocukların velayeti hususunda yaşanmaktadır. Özellikle uygulamada çocukların velayetinin ağırlıklı olarak tek bir ebeveyne tahsis edilmesi ile diğer ebeveynin çocukla bağı doğal olarak sınırlandırılmış olmaktadır. Anne veya babanın boşanma sürecini sağlıklı bir biçimde sürdürdüğü hallerde dahi çeşitli sorunlar yaşanabiliyorken bu süreci çekişmeli ve tartışmalı geçiren ebeveynler ve çocuklar açısından çok daha çeşitli ve ağır problemlerle karşılaşmak kaçınılmaz olmaktadır. Çalışma konusu bağlamında özellikle ebeveyne yabancılaşma sendromu sürecin ana problemlerinden birini teşkil etmektedir. Literatürde boşanma süreci ve sonrasında bu olguya ilişkin bulguların ağırlıklı olarak %40 ila %50 aralığında görüldüğü ifade edilmektedir.³⁰ Bu çalışmada ise velayete ilişkin uyumsuzluklarda mağdur olan gruplardan babaların ebeveyn yabancılaşması bağlamında mağduriyetlerinin ve bunların etkenlerinin neler olduğunu ortaya koymak amaçlanmıştır. Bu anlamda velayeti kazanamayan babaların ve ilgili alanda profesyonel çalışanların tecrübelerinden faydalanılmıştır.

Boşanma sürecinde ebeveynlerin hesaplaşma ve çatışmalarından en çok etkilenen çocuklar olmaktadır. Bunun yanı sıra çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyni ile diğer ebeveynine nazaran daha güçlü bir ilişki kurabildiği görülmektedir. Velayet kendisine bırakılmayan ebeveyn ise kişisel ilişki kurma yoluyla belirli sürelerle çocuğuyla görüşme hakkına sahiptir. Ancak boşanmaların ağırlıklı olarak çekişmeli gerçekleştiği göz önünde bulundurulduğunda, ebeveynlerin aralarındaki tartışmayı çocuklara yansıttıklarına ve hatta çocukları kullanmak veya suistimal etmek suretiyle birbirleriyle hesaplaşmayı tercih ettiklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Özellikle velayet kendisine bırakılan ebeveynin velayet hakkını diğer ebeveyne karşı koz olarak kullandığı ve çocuk üzerinden eski eşi ile hesaplaşmayı hedeflediği sıklıkla görülmektedir. Bu durumu izah sadedinde yoğun çe-

30 Üner Altuntaş/Ziyalar, s. 31.

kişmeli boşanma davalarında çocukların *piyon* olarak kullanıldığı ve çocuğun diğer ebeveyne karşı *zehirlendiği* ifade edilmektedir.³¹ Bu durum çocukların, yabancılaştırılan ebeveyne ilişkin sahip oldukları olumlu saygıyı inkar etmeye veya gömmeye zorlanmak ve söz konusu süreçte kendilerinden bir parçayı kesip atmaya ve inkar etmeye sürüklenmek şeklinde tasvir edilmektedir.³² Burada her ne kadar intikam, hesaplaşma vb. saiklerle hareket edilse de bu durumun bahsi geçen güdülerin tatminini sağlamanın ötesinde olumsuz etkileri olduğu ve son tahlilde hem çocuğa hem ebeveynlere hem de topluma ciddi bir zarar verdiği söylenebilir.³³

Katılımcıların birçoğunun ifade ettiği üzere velayet kendisinde bulunan ebeveyn, diğer ebeveynin çocuğu görmesi için gereken yasal prosedüre uymayarak aktif veya pasif biçimde çocuk ve ebeveyn görüşmelerini engellemektedir. Çocukla kişisel ilişkinin sürdürülmesinin diğer ebeveyn tarafından zorlaştırılmasının, çocuğun üstün menfaatini tehlikeye düşürmesi yönüyle de önem arz ettiği ifade edilmektedir.³⁴ Bunun yanı sıra diğer ebeveynin hukuki süreçte maddi ve manevi yıpranmasına yol açabilecek kötüleme, karalama, nefret ettirme ve manipüle etme gibi birtakım yöntemlere başvurduğu da görülmektedir. Özellikle velayetin çoğunlukla annelere verildiği göz önünde bulundurulduğunda bazı annelerin çocuklarını, babalara karşı koz olarak kullanabildikleri ve bilinçli veya bilinçsiz çeşitli yöntemlerle çocukları babalarından uzaklaştırdıkları ve babalarına yabancılaştırdıkları görülmektedir. Özellikle çekişmeli boşanmalarda tarafların birbirlerine karşı öfke ve kin duygularını tatmin aracı olarak çocuğu kullandıkları bilinmektedir. Katılımcıların ifadelerine paralel olarak çocukla görüştürmeme, çocuğu doldurma ve intikam aracı olarak kullanma, diğer ebeveyn hakkında yanlış ve kötü senaryolar üretmek çocuk nezdinde tehlikeli ve sorunlu bir ebeveyn algısı oluşturma, diğer ebeveyni yok sayma, istediklerini yaptırmak için çocuğu pazarlık aracı kılma gibi yöntemler bunlardan bazılarıdır. Yabancılaştıran ebeveynin suçlama te-

31 Amy J. L. **Baker**/Paul R. **Fine**, *Surviving Parental Alienation: A Journey of Hope and Healing*, Rowman & Littlefield Publishers, 2014, s. 2.

32 **Baker**, s. 301.

33 Sümeyra Ceylan **Dolanbay**, *Boşanma Sonrası Yaşam Deneyimleri: Ebeveyne Yabancılaşmaya İlişkin Nitel Bir Araştırma*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2022, s. 11.

34 Tolga **Akkaya**, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 25-27.

melli ve duygusal anlamda manipüle etmeye yönelik tavırlar sergilemesinin ve duygusal tatmin için çocuğu kendisine sağlıklı bir biçimde bağlı hale getirmesinin bir çeşit duygusal istismar olan ebeveyne yabancılaştırmaya sebep olduğu tespit edilmiştir. Bu durumun bazen cinsel veya fiziksel istismardan dahi daha fazla zarar meydana getirebileceği de ifade edilmektedir.³⁵

Katılımcıların aktarımlarından anlaşıldığı üzere velayet kendisine bırakılan annelerin çocuklara karşı babalarını kötüleme, karalama, çocuk nezdinde küçük düşürme, babanın tehlikeli olduğunu söyleme ve baba hakkında gerçeğe aykırı kötü isnat ve kurgular aktarmak suretiyle çocuğu babadan nefret ettirme yöntemlerine başvurdıkları görülmektedir. Bu kapsamda sıklıkla yabancılaştıran ebeveyn tarafından diğer ebeveyne ilişkin bazı söylemlerin çocuğa öğretilmesi ve çocuğun da yabancılaştıran ebeveynin kullandığı kelime ve deyimleri kullanması söz konusu olmaktadır.³⁶ Bu durumda çocuk babayı kötü bir kişi olarak tahayyül etmekte ve istese de sağlıklı bir ilişki kuramamaktadır. Katılımcıların bir kısmı da benzer şekilde çocuklarının kendilerine bir yabancı gibi davrandığını, kendisinden korktuğunu ve yaklaşmaya çekindiğini, temas etmekten dahi kaçındıklarını ifade etmiş ve bunların sebebi olarak da annenin, çocuğa karşı kendilerini tehlikeli ve kötü biri olarak lanse etmesine işaret etmişlerdir. Bu noktada Bakanlıklar ve mahkemelerin iş birliği yaparak çocuk ve ebeveyn psikolojisini takip edecek ve yabancılaştırma vb. etkileri denetleyerek ilk elden bertaraf edecek uygulamaları yürürlüğe koyması tavsiye edilmiştir.

Katılımcı babaların da ifadelerinden de anlaşıldığı üzere boşanma süreci ve sonrasında velayetin kendisine bırakılmaması sebebiyle babalar çocuklarıyla çok sınırlı olarak görüşebilmekte ve yabancılaştırmının da etkisiyle bu görüşmeler sağlıklı bir ilişki kurmada yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda kişisel ilişki kurma sürelerinin çoğunlukla ayda iki hafta sonu ve birer gün şeklinde matbu ve sınırlı biçimde tayin edilmesi de yabancılaştırmının en önemli etkenlerinden biri olmaktadır. Özellikle farklı ve uzak şehirlerde yaşayanlar açısından bu sınırlı sürelerin görüşmeleri zımnen işlevsizleştirdiği haklı bir eleştiri olarak zikredilebilir. Ekonomik anlamda imkân bulamayan babaların yasal sürelerde dahi çocuklarıyla gö-

35 Gülen **Güler**, “Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu ve Boşanma”, Türkiye Klinikleri J Child Psychiatry- Special Topics, C. 3, S. 3, 2017, s. 225-226.

36 Amy J. L. **Baker**, “Reliability and Validity of The Four-Factor Model of Parental Alienation”, Journal of Family Therapy, S. 42, 2020, s. 100, s. 104.

rüşemediği dikkate alındığında bunun doğal bir sonucu olarak yabancılaşma gündeme gelmektedir. Bu noktada devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olarak görüşmeler kapsamında maddi ve manevi destek hizmetleri sağlayarak bu engellerin aşılabileceği tavsiyesinde bulunulmuştur.

Ebeveyne yabancılaştırmada sıklıkla başvurulan bir yöntem olarak yabancılaşmaya maruz kalan ebeveynin çocuk ile görüştürülmemesi sorunu gündeme gelmektedir. Özellikle çocuk ile babanın görüşmeleri noktasında inisiyatifin tamamen annede olduğu ve keyfi biçimde görüşmeleri engellediği; görüştürmemeye yönelik eylemlerinin ise hem ebeveyn açısından insan hakkı ihlali hem de çocuk açısından çocuk hakları ihlali olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.³⁷ Katılımcılar kişisel ilişki görüşme günlerinde çeşitli şekillerde görüşmelerinin engellendiğini ifade etmişlerdir. Buna göre anneler, çocukları farklı adreslere kaçırmak, çocuğun hasta olduğu ya da olabileceği gibi bahaneler sunmak ve baba ile özel bir alan oluşturmayı önleyecek şekilde görüşmelere dahil olmak suretiyle ilgili görüşmeleri sabote ettikleri anlaşılmıştır. Çocuk ile bağı sürdürebilmek için neredeyse tek fırsat olan kişisel ilişki günlerinde dahi bu gibi engellerle karşılaşılması yabancılaşmayı en üst seviyeye taşımaktadır. Bu durumun, babası ile görüşmemesi sebebiyle kısıtlanan ve baba rolü ve sevgisinden mahrum kalan çocuğun ruh dünyasında da yaralanmalara yol açabileceği dolayısıyla görüştürmeme suretiyle babadan uzaklaştırmanın çocuk açısından da ciddi tehlikeler barındırdığı görülmektedir. Bu tehlikenin göz ardı edilerek velayetin suistimal edilmesi, esasen hesaplaşma aracı olarak kullanıldığının da bir göstergesi sayılabilir.

Velayet sahibi annenin, kişisel ilişki kurmak isteyen baba ile çocuğun görüşmesini engellemesinin herhangi bir hukuki yaptırıma tabi olamayışı da bu noktada önemli bir sorundur. Zira katılımcıların bir kısmı, bu sebebe dayanarak suç duyurusunda bulunsalar veya velayete ilişkin davada bu durumu ispatlasalar dahi velayet sahibi annenin ceza almadığını, velayeti elinde bulundurmaya devam ettiğini ifade etmişlerdir. Uygulamada bazı hakimler görüşmeleri engellemelerinden dolayı anneyi ihtar etseler de kimi zaman bu da yeterli bir yaptırım sayılmamaktadır. Kaldı ki katılımcıların ifadelerinden her hakimin aynı hassasiyeti göstermediği anlaşılmaktadır ki bu durumda velayetin denetimsizliğinin istemeden de olsa yabancılaştırma iradesine hizmet ettiği söylenebilecektir. Bu durumda ilgili

37 Erkut **Erdoğan**/Tugay **Kırşehirli**, “Pandemi Sürecinde ve Öncesinde Velayet Suistimali, Çocuk İcrası ve Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi*, C. 4, S. 7, 2021, s. 257, s. 265.

eylemlerin yaptırma tabi olması ve hukuk nezdinde karşılıksız kalmayacak biçimde düzenlemelerin getirilmesi tavsiye edilmektedir.

Katılımcıların ifadelerinden anlaşıldığına göre ebeveyne yabancılaşma, ayrılık sürecinin bir noktada doğal bir getirisi olmakla birlikte hukuk sisteminin eksiklikleri ve velayet kendisine bırakılan bazı annelerin velayeti koz olarak kullanarak suistimal etmesi gibi sebeplerden de kaynaklanmaktadır. Özellikle yaşadıkları acı ve ıstıraptan dolayı babaya karşı öfke duyan annelerin intikam almak amacıyla babayı kötülediği, olmayan bir suçu babaya isnat ettiği, çocukla kişisel ilişki kurmasını çeşitli şekillerde engellediği ve neticede çocuğun babadan uzaklaşmasını ve babaya yabancılaşmasına sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Bu noktada annelerin kendi duygusal tatmini için çocuğu ve velayet hakkını suistimal etmekten kaçınmadığı söylenebilmektedir.

Katılımcıların çoğunun özellikle cinsel istismar gibi ağır bir suç isnadına muhatap oldukları anlaşılmıştır. Sıkça başvurulmuş suç isnat etme yöntemi hem babanın yargılanmasına hem de çocuğu ile görüşmesini engellemeye sebebiyet vermektedir. Yapılan bir çalışma tüm istismar vakalarında %4 oranında kasıtlı ve yanıltıcı suç iddiası olduğunu ve fakat boşanma veya velayete ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda kasıtlı ve yanıltıcı istismar iddiasının %12 civarına yükseldiğini ortaya koymuştur.³⁸ Katılımcıların önemli bir çoğunluğu da bunun gibi haksız ve mesnetsiz suç isnatlarına muhatap olduklarını ifade etmişlerdir. Uygulamada çocuğa yönelik istismar iddiası söz konusu olduğunda, çocukların isnat edilen suça ilişkin bilgisine başvurulmaktadır. Bu diyalog çerçevesinde çocuğun yaşı ve algıları gereği ifade edemeyeceği, ancak bir yetişkinden beklenebilecek ifadelerle aktarımda bulundukları görülmekle çocuğun öğretilmiş ifadelerle gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Katılımcıların ifadelerine paralel olarak söz konusu annelerin bilinçli olarak çocuklarından babaları aleyhine gereceğe aykırı ve ağır ithamlarda bulunmasını istediği ve çocuğun da bunu yansıttığı anlaşılmaktadır.³⁹ Özellikle uygulamada babanın çocuğa karşı cinsel istismar suçundan yargılandığı hallerde baba için koruma kararı çıkartıldığı ve ayrıca eğer velayetin değiştirilmesine ilişkin talebi bulunuyorsa da bu durumda talebinin buna dayanılarak reddedildiği görülmektedir. Kişisel ilişkinin sınırlandırılması veya kaldırılması ile sonuçlanabilen bu süreçte babanın artık çocuğuyla görüşme imkânı kalmamaktadır ki yabancılaştıran annelerin kasti olarak zaten bu amaca matuf hareket ettikleri açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum

38 Güler, s. 228.

39 Üner Altuntaş/Ziyalar, s. 33.

ayrıca babaları kriminalize ederek hem babaların yıpranmasına ve toplumda yaftalanmasına sebebiyet vermekte hem de çocuğun velayetini almak isteyen babanın bu talebini hukuken engellemektedir. Ayrıca bu durum yalnızca babayı değil çocuğu da olumsuz etkilemektedir. Çocuk doğru ile yanlış ayırt edebilecek durumda olsa dahi yaşı gereği bu olay çerçevesinde yaşadıklarını unutmayacak ve belki bunların kurgusallığını ayırt edemeyecek dahi olabilir. Kaldı ki böyle bir iftira veya karalama ile karşılaşıldığı hallerde çocuğun babadan uzaklaştığı veya babaya yabancılaştığı anlaşılmıştır.⁴⁰ Katılımcılar böyle bir durumda çocuğun yaptığından utanç duyduğunu ve mahcup hissederek kendileriyle iletişim kurmaktan kaçındığını ifade etmiştir. Ayrıca çocuğun hâkim, savcı, pedagoglarla ifade vb. hukuki işlemler için yüz yüze gelmesi ve böyle hassas bir konuda etkin rol almasının da psikolojik anlamda sakıncaları olacağı göz önünde bulundurulduğunda bu durumun ebeveyne yabancılaşmanın yanı sıra çocuğun üstün yararı ile çeliştiği de söylenebilecektir.

Velayete ilişkin kararların dayandığı sosyal inceleme ve adli tıp raporları da bu noktada kilit öneme sahiptir. Her velayet davasında sosyal inceleme raporu alındığı ve hâkimin buna istinat ederek karar verdiği göz önünde bulundurulduğunda bu raporların ehemmiyeti daha iyi anlaşılacaktır. Karara esas teşkil eden bu raporların hem yeterlilik hem de süreç bakımından birtakım sorunlar barındırdığı ve bunların dolaylı biçimde de olsa baba çocuk ilişkisine olumsuz etki ettiği anlaşılmıştır. Çocuklarla birbir görüşerek ve yaşadığı çevreyi de inceleyerek çocuğun üstün menfaati doğrultusunda karar verilmesine olanak sağlayan bu raporların, bazen yüz yüze dahi yapılmadığı, çocuğun okul, arkadaş ve aile ortamının fiziken kontrolünün her dosya için gerçekleştirilmediği⁴¹ ve dolayısıyla çocuk için en uygun halin tespitinde eksik ve hatta yanlış bir kanaate varılabildiği; çoğunlukla tek bir görüşme yapılması sebebiyle çocukla sağlıklı bir soru cevap ortamının sağlanamadığı, bu görüşmelerin uzun bir sürece yayılarak yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Özellikle ebeveyne yabancılaşma söz konusu olduğunda sadece çocuk veya sadece velayet sahibi ebeveynle görüşme yapılmasının yetersiz olduğuna işaret edilmektedir. Zira ebeveyne yabancılaşmanın halihazırda ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiyi *bloke*

40 Ferda **Karadağ**/Dilşad Foto **Özdemir**, “Çekişmeli Boşanma/Velayet Sürecinde Aile Mahkemelerinden Üniversite Hastanesine Gönderilen Olguların Değerlendirilmesi”, *Klinik Psikiyatri Dergisi*, S. 24, 2021, s. 99, s. 105.

41 Erkut **Erdoğan**, “Duygusal İstismar- Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu: Velayet Su-istimalleri”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi*, C. 6, S. 46, 2020, s. 69-72.

ettiği düşünüldüğünde sadece tek bir ebeveynden öykü alınmasıyla bir kanaate varılmasının hatalı kararlara sebebiyet vereceği ifade edilmektedir.⁴² Bu noktada sosyal hizmet uzmanları, pedagoglar, adli tıp görevlileri, hakimler ve savcıların ebeveyne yabancılaşmayı engelleyici uygulama ve tutumlarının oldukça önemli olduğu ifade edilmektedir.⁴³ Bu anlamda ilgili profesyonellerin ebeveyne yabancılaşma olgusu bakımından yeteri kadar bilinçli olmadığı anlaşılmakla⁴⁴ ilgili meslek gruplarının bilinçlendirilmesi ve sistemin suistimale açık bırakmayacak biçimde yeniden düzenlenmesi elzemdir. Ayrıca psikolojik destek bu süreçte belki de en önemli aktörlerdendir. Katılımcıların da ifade ettiği üzere, her iki ebeveynin ve çocuğun psikolojik gözetimi altında bu sürecin yürütülmesi önem arz etmektedir. Bu noktada hem ebeveynlerin hem de çocukların hukuki süreç ve sonrasında belli periyotlarla psikolojik destek almaları ve gözetime tabi tutulmaları tavsiye edilmektedir.

Katılımcı babaların özellikle velayet uyuşmazlıklarında anne lehine kararlar verildiği ve kadına pozitif bir ayrımcılık uygulandığı ve fakat bunun baba mağduriyetlerine sebep olacak biçimde yürütüldüğüne dair ifadeleri dikkat çekicidir. Hakimlerin genel kanaat olarak bilhassa velayet söz konusu olduğunda kadını öne çıkaran bir tutum sergilediği bilinmektedir. Uygulamada çoğunlukla anne şefkati ve çocuğun muhtaçlığı kavramlarına dayanılarak annenin çocuğun bakımını daha uygun biçimde görebileceğine dair bir yaklaşımın yaygın olduğu söylenebilmektedir. Ancak katılımcılar, çocuğun üstün menfaati kavramını esas alarak basmakalıp biçimde velayetin direkt olarak anneye tevdi edilmesinin hatalı olduğunu ifade etmektedirler. Her anne gibi her babanın da aynı olmadığı dolayısıyla söz konusu yaklaşımın her somut olay özelinde yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu noktada hukuk nezdinde kadın lehine pozitif ayrımcılık yapılmasının, babaların görmezden gelinmesiyle sonuçlanması eleştirilmektedir. Katılımcı babalar bu durumu adaletsizlik olarak nitelendirmişlerdir. Ülkemizin yanı sıra uluslararası alanda da hukuk sistemlerinde kadınlar lehine benzer bir yaklaşımın varlığından yola çıkarak erkeklerin mağdur olduğuna dair çalışmalar yapılmakta ve bu

42 Güler, s. 227.

43 Erdoğan, s. 78.

44 Fuat Torun/Sebahat Dilek Torun/Mandy Matthewson, "Parental Alienation: Targeted Parent Experiences in Turkey", The American Journal of Family Therapy, C. 50, S. 2, 2022, s. 195, s. 199.

alandaki çalışmaların *kıtlığına* işaret edilmektedir.⁴⁵ *Yakın partner suisti-mali* olarak da ifade edilen bu unsur bakımından erkeklerin, fiziksel, psikolojik, mali, cinsel şiddet mağduriyetlerinin yanı sıra hukuki istismar ile ebeveyne yabancılaştırma gibi çeşitli şiddet türlerinden de mustarip olduğu ifade edilmektedir. Bu da ebeveyne yabancılaşmanın bir şiddet türü olarak nitelendirildiğini göstermektedir.

Yabancılaştırmaya maruz kalan katılımcı babalar yaşadıkları durumu haksızlık ve adaletsizlik olarak nitelendirmiş ve yabancılaştıran annelerin herhangi bir yaptırıma muhatap olmaması karşısında da şiddete meyletmek istediklerini ifade etmişlerdir. Bu doğrultuda her ne kadar annenin çocukla iletişiminin önemszenmesi ve çocuğun anneden koparılmamak istenmesi amacıyla hareket edilse de velayet uyuşmazlıklarında anneye pozitif ayrımcılık sağlanmasının, babaların haksızlığa uğraması, çocuklarından koparılması gibi neticeleri doğurduğu anlaşılmakla birlikte bu halin babalar tarafından şiddete teşvik edilmek olarak nitelendirildiği görülmüştür. Özellikle adaletsizlik duygusu içerisinde öfke krizleri geçirdiklerini ifade eden katılımcılar, hayatlarında hiçbir zaman şiddet uygulamadıkları halde bu durumun kendilerini şiddet uygulamaya azmettirdiğine işaret etmişlerdir. Katılımcılar bu ve benzeri sorunlardan dolayı spor, sanat vb. alanlara yoğunlaşarak bulundukları halden uzaklaşmayı hedeflemişlerdir.

Son olarak babaların yabancılaşma süreci ve sonrasında psikolojik, sosyokültürel ve ekonomik birtakım olumsuz kazanımları olduğu görülmüştür. Katılımcı babalar ebeveyne yabancılaşma ve sonrasında çocuğundan uzaklaştırılmayı babalık duygusundan mahrumiyet olarak tanımlamışlardır. Özellikle ailelerinin dağıldığı ve yeni bir hayata başladıkları bu süreçte çocuklarından koparılmalarının onları başta psikolojik olmak üzere sosyal, ekonomik vb. birçok alanda olumsuz etkilediğini ifade etmişlerdir. Bu süreçte çocuklarından mahrum kalma, ötekileştirilme, kötülenme ve yabancılaştırılmanın depresyon, agresiflik, duygu bozukluğu gibi çeşitli psikolojik zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple babaların birçoğunun psikolojik tedaviye başvurduğu ve önemli bir kısmının da ilaç tedavisine başladığı anlaşılsa da babaların sürecin başında ciddi psikolojik sorunlar ve ağır süreçler yaşadıkları ancak ilerleyen süreçte alternatif deşarj yöntemleri bularak bu durumla mücadele etmeye çabaladıkları da görülmektedir. Bu mücadele, velayet için hukuki mücadele verme şeklinde

45 Alenxandra **Lyssova ve diğerleri**, “A Qualitative Study of The Male Victims’ Experiences With the Criminal Justice Response to İntimate Partner Abuse in Four English-Speaking Countries”, *Criminal Justice And Behaviour*, C. 10, S. 47, 2020, s. 1264-1267.

de tezahür edebilmektedir. Bu doğrultuda bazı babaların avukatlarıyla yoğun çalışmalar yapmaları ve çocuklarını kazanabilmek için ciddi mesailer harcamaları bunun önemli bir göstergesidir. Babaların bu süreçteki bir başka mağduriyeti de iş hayatına yansıyan boyutuyla incelenmelidir. Zira söz konusu babalar açısından hem psikolojik hem ekonomik anlamda mücadele etmenin bir sonucu olarak çalışma hevesi kalmaması, işinde verimli olamama ve hatta işi bırakmaya varan birçok olumsuzluk gündeme gelebilmektedir. Bu noktada babaların psikolojik destek ile doğru orantılı olarak bu sorunlarla baş etmeleri tavsiye edilebilir. Sonuç itibarıyla toplumun temelini oluşturan ailenin dağılması süreci de en az kurulması süreci kadar önem arz etmektedir. Boşanmaların hem psikolojik hem hukuki yönüyle etki ve sonuçları irdelenmeli, aile bireylerinin durumunu gözeten kapsamlı çalışmalar yapılmalıdır. Boşanma sürecinde başta çocuk olmak üzere mağdur olan aile üyelerinin korunması hukukun işlevselliği ile sağlanabilecektir. Son tahlilde insan değişip düzelmeden sistemler değişmeyecek olsa bile yaşanan mağduriyetlerin giderilmesi noktasında azami gayret ve farkındalık gösterilerek mücadele edilmesi gerekmektedir. Özellikle ebeveyn yabancılaşıma ve yabancılaştırmanın en çok görüldüğü boşanma davalarında dengeleyici ve denetleyici mekanizmaların son derece önemli ve gerekli olduğu anlaşılmıştır. Yaşanan sorunların incelenip düzeltilmesi halinde sağlıklı bir toplum meydana geleceği aşîkardır. Dolayısıyla psikolojik ve hukuki denetimlerin günümüzün bir gerçeği olan boşanmalar özelinde aktif rol alması elzemdir. Nihayet kazananı olmayan bir savaş olarak ifade edilebilecek boşanmanın en az hasarla neticelenmesi için devlet ve toplum elinden geleni yapmakla yükümlüdür. Bu noktada bu çalışmanın yol gösterici olması en büyük temennimizdir.

KAYNAKÇA

Akkaya, Tolga, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 25-61.

Aydın Kılıç, Zeynep Nur, Ankara-Trabzon-Erzurum Örnekleminde Babanın Çocuğun Hayatına Katılımı ve Baba Çocuk İlişkisinin İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2016.

Boylu, Ayfer Aydınır/**Öztop**, Hülya, “Tek Ebeveynli Aileler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Sosyoekonomi Dergisi, C. 19, S. 19, 2013, s. 207-220.

Baker, Amy J. L./**Fine**, Paul R., Surviving Parental Alienation: A Journey of Hope and Healing, Rowman & Littlefield Publishers, 2014.

Baker, Amy J. L., “The Long-Term Effects of Parental Alienation on Adult Children: A Qualitative Research Study”, The American Journal of Family Therapy, S. 33, 2005, s. 289-302.

Baker, Amy, J. L., “Reliability and Validity of The Four-Factor Model of Parental Alienation”, Journal of Family Therapy, S. 42, 2020, s. 100-118.

Bulut, Sefa, “Boşanmış Babaların Çocuklarıyla İlişkileri ve Buna Etki Eden Faktörler”, Turkish Studies, C. 13, S. 3, 2018, s. 181-194.

Creswell, John W., Nitel Araştırma Yöntemleri- Beş Yaklaşım Göre Nitel Araştırma ve Araştırma Deseni, Siyasal Kitabevi, Ankara 2016.

Dolanbay, Sümeyra Ceylan, Boşanma Sonrası Yaşam Deneyimleri: Ebeveyn Yabancılaşmaya İlişkin Nitel Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2022.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku (Cilt III), Filiz Kitabevi, 2016.

Erdoğan, Erkut, “Duygusal İstismar- Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu: Velayet Suistimalleri”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi, C. 6, S. 46, 2020, s. 69-78.

Erdoğan, Erkut/**Kırşehirli**, Tugay, “Pandemi Sürecinde ve Öncesinde Velayet Suistimali, Çocuk İcrası ve Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Dergisi, C. 4, S. 7, 2021, s. 257-271.

Erlüle, Fulya, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, s. 259-284.

Gardner, Richard A., “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?”, The American Journal of Family Therapy, C. 30, S. 2, 2002, s. 93-115.

Güler, Gülen, “Ebeveyn Yabancılaşma Sendromu ve Boşanma”, Türkiye Klinikleri J Child Psychiatry- Special Topics, C. 3, S. 3, 2017, s. 225-228.

Güngörmüş, Oya, Baba Yoksunluğunun Benlik Kavramı Üzerine Etkisi ve Babasız Öğrencilerin Problemlerinin Hangi Alanlarda Yoğunlaştığının Saptanması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Çocuk Sağlığı Enstitüsü, 1986.

Güngörmüş, Oya, “Baba Yoksunluğunun Çocuk Gelişimine Etkisi”, Yaşadıkça Eğitim Dergisi, C. 8, S. 13, 1989, s. 13-15.

Karadağ, Ferda/Özdemir, Dilşad Foto, “Çekişmeli Boşanma/Velayet Sürecinde Aile Mahkemelerinden Üniversite Hastanesine Gönderilen Olguların Değerlendirilmesi”, Klinik Psikiyatri Dergisi, S. 24, 2021, s. 99-108.

Lysova, Alenxandra/Hanson, Kenzie/Hines, Denise A./Dixon, Louise/Douglas, Emily M./Celi, Elizabeth M., “A Qualitative Study of The Male Victims’ Experiences With the Criminal Justice Response to İntimate Partner Abuse in Four English-Speaking Countries”, Criminal Justice And Behaviour, C. 10, S. 47, 2020, s. 1264-1281.

Mercan, Zerrin/Şahin, Fatma Tezel, “Babalık Rolü ve Babalık Rolü Algısı”, Uluslararası Erken Çocukluk Eğitimi Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 2, 2017, s. 1-10.

Özata, İrem, Evliliğin Sona Ermesinde Çocuk ile Ana Baba Arasında Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kullanımında Yaşanan Sorunların Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021.

Solak, Özlem Ezgi, Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2015.

Spruijt, Ed/Eikelenboom, Biianca/Harmeling, Janneke/Stokker, Robin/Kormos, Helga, “Parental Alienation Syndrome (PAS) in the Netherlands”, The American Journal of Family Therapy, C. 33, S. 4, 2005, s. 303-317.

Şahin, Fatma Tezel/Cevher, Fatma Nilgün, “Türk Toplumunda Aile-Çocuk İlişkilerine Genel Bir Bakış”, (ayk.gov.tr, 2007) < <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/TEZEL-%C5%9EAH%C4%B0N-Fatma-CEVHER-Fatma-Nilg%C3%BCn-T%C3%9CRK-TOPLUMUNDA-A%C4%B0LE-%C3%87OCUK-%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0LER%C4%B0NE-GENEL-B%C4%B0R-BAKI%C5%9E.pdf> > E.T. 5.12.2013.

Torun, Fuat, “Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C. 3, S. 3, 2011, s. 466-482.

Torun, Fuat/Torun, Sebahat Dilek/Matthewson, Mandy, “Parental Alienation: Targeted Parent Experiences in Turkey”, *The American Journal of Family Therapy*, C. 50, S. 2, 2022, s. 195-204.

Üner Altuntaş, Güliden Elçim/Ziyalar, Neylan, “Ebeveyne Yabancılaşma Olgusu- Reddedilen Ebeveyn Olarak Baba”, *Adli Tıp Bülteni*, C. 23, S. 1, 2018, s. 25-35.

Yurdakul, Gökem, Ebeveyn Yabancılaştırma Sendromu: Çocuklar, Ebeveynler ve Sosyal Hizmet Uzmanları Üzerinden Değerlendirme, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2022.

Yıldırım, Ali/Şimşek, Hasan, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 1 Haziran/June 2025

**Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralananın Bir
Satıcıdan Temin Edildiği Hallerde Satıcının Ayıptan
Sorumluluğu**

**The Seller's Liability for Defects in Cases Where the Leased
Asset is Procured from a Vendor in Financial Leasing
Agreements**



Sadullah EVLİYAĞLU*



10.60002/ebyuhfd.1591165

ÖZ

Finansal kiralama ilişkisinde kiralanan çoğunlukla bir satıcıdan temin edilmektedir. Kiralananı bir satıcıdan temin eden kiraya verenin kiralanan ile ilişkisi çoğunlukla sınırlıdır. Ürünün teslimi de çoğu zaman doğrudan kiracıya yapılır. Bu durumda kiralanda bulunan bir ayıptan kiraya verenin sorumlu tutmak hakkı kaniyete uygun olmayacaktır. Nitekim 13/12/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun (FFFK) 24/6. maddesinde kiralananın bir satıcıdan/üreticiden veya kiracıdan (sat-geri kiralama) temin edilmesi hallerinde kiraya verenin ayıplardan sorumlu olmayacağı

* Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, 17. Hukuk Dairesi.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 25.11.2024 | **Kabul/Accepted:** 25.12.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Sadullah Evliyaoğlu, “Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralananın Bir Satıcıdan Temin Edildiği Hallerde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 1, Haziran 2025, (719-751).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

açıkça düzenlenmiştir. Kiraya verenin ayıptan sorumlu olduğu tek ihtimal daha önceden uhdesinde bulunan bir malın sözleşme konusu olmasıdır. Kiralananın bir satıcıdan temin edilmesi durumunda kiracı bir sorumluluğu bulunmayan kiraya verene başvuramayacağı gibi satış sözleşmesinin tarafı olmadığından satıcıya da başvuramaz. Bu durumda kiracı, kiraya verenin satış sözleşmesinden doğan haklarına dayanarak satıcının sorumluluğuna gidebilir. Ancak bunun için kiraya verenin kiracıya bu hususta yetki vermesi gerekir. Çalışmamızda kiraya verenin kiracıya verdiği bu yetkinin hukuki niteliği ve kiracının satıcıya karşı sahip olduğu haklar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Finansal Kiralama, Kiraya Veren, Kiracı, Satıcı, Ayıptan Sorumluluk, Yetki.

ABSTRACT

In financial leasing, the leased asset is usually procured from a seller. The relationship between the lessor who procures the leased asset from a seller and the leased asset is usually limited. The delivery of the product is also often made directly to the tenant. In this case, it would not be fair to hold the lessor responsible for a defect in the leased asset. Indeed, Article 24/6 of the Financial Leasing, Factoring and Financing Companies Law No. 6361 (FFFK), which entered into force on 13/12/2012, clearly states that the lessor will not be responsible for defects in cases where the leased asset is procured from a seller/manufacturer or a tenant (sale-leaseback). The only possibility that the lessor is responsible for a defect is if a good that was previously in its possession is the subject of the contract. In the event that the leased asset is procured from a seller, the tenant cannot apply to the lessor, who has no liability, nor can he apply to the seller, since he is not a party to the sales contract. In this case, the tenant can claim responsibility for the seller based on the rights of the lessor arising from the sales contract. However, for this to happen, the lessor must authorize the tenant in this regard. In our study, the legal nature of this authority granted by the lessor to the tenant and the rights of the tenant against the seller have been examined.

Keywords: Financial Leasing, Lessor, Lessee, Seller, Defect Liability, Authority.

GİRİŞ

Finansman kullanma yöntemlerinden biri olan ve kullandırma ve yararlandırma amacı güden, finansman kullandırmak dışında farklı unsurları da barındıran¹ finansal kiralama sözleşmesinin doktrinde genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. 13/12/2012 tarihli 28496 sayılı Resmi

1 Erden **Kuntalp**, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988, s. 19-26

Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun (FFFK) 18. maddesine göre “*Finansal kiralama sözleşmesi; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir.*”

FFFK m. 18'in bu hükmünden kiralananın üç şekilde temin edilebileceği anlaşılmaktadır². İlk olarak kiraya verenin³ daha önceden sahip olduğu bir mal sözleşmeye konu olabilir. İkincisi sat-geri kirala olarak anılan kiracının malı kiraya verene satması, daha sonra kiraya verenden geri kiralamasıdır. Üçüncü ve en yaygın yöntem kiralananın bir satıcı/üreticiden temin edilmesidir. Bu ihtimalde kiracı önce kullanmak istediği ürünü belirleyerek bir satıcı ile görüşür ve pazarlık yapar. Ürünü belirleyen kiracı daha sonra bir finansal kiralama şirketine başvurur. Finansal kiralama şirketi kiracı ve ürün hakkında araştırma yaparak kiracıya bir teklif verir. Kiracının bu teklifi kabul etmesi üzerine kiraya veren ile satıcı arasında sözleşme imzalanır veya kiraya veren satış sözleşmesini yapması ve ürünü teslim alması için kiracıya yetki verir⁴. Kiralananın bir satıcıdan temin edildiği hallerde kiraya verenin ayıptan sorumluluğu bulunmamaktadır.

(Leasing); H. Murat **Develioğlu**, “Finansal Kiralama Sözleşmesinin Konusu ve Şekli İle İlgili Bazı Düşünceler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 459-461; Sezer **Çabri**, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2010, s. 39-40 (Konut Finansmanı); Sefa **Polat**, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları ve Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 33.

- 2 Murat **Topuz**, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yargıtay ve BAM Kararları ile Genişletilmiş ve Güncellenmiş, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 64 vd.; Ahmet **Tuncay**/Adnan **Deynekli**, Yargıtay Kararları Işığında Finansal Kiralama Sözleşmesi, Bilge Yayınevi, Ankara 2019, s. 20 vd.
- 3 FFFK'da finansal kiralama şirketini ifade etmek için “kiralayan” kavramı kullanıldığı halde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) kiracı tarafıyla karşılıklıya yol açabilmesi nedeniyle “kiralayan” yerine “kiraya veren” terimi kullanılmıştır (Bkz. TBK Gerekçesi). Biz de bu gerekçe ile kiraya veren terimini kullanacağız.
- 4 Mustafa Argun **Köteli**, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991 s. 9-11; **Kuntalp**, Leasing, s. 19-28; Atilla **Altıp**, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 93; Köksal **Kocaağa**, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 70; Mehmet **Koç**, Finansal Kiralama (Leasing), Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 1-2.

Bu ihtimalde kiralananındaki ayıplardan satıcı sorumludur. Satıcının bu sorumluluğu kiraya verene karşıdır⁵.

Finansal kiralama sözleşmesinde kiracı bir tüketici olabilir (FFFK m. 2/4). Bu durumda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümleri de gündeme gelir. Ancak kiracının tüketici olduğu durumlar çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Finansal kiralama sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin literatürdeki eksiklik göz önüne alındığında çalışmanın faydalı olacağını umuyoruz. Çalışmada finansal kiralama sözleşmesinde satıcının kiralananı devretme borcu ve ayıptan sorumluluğu, kiraya verenin kiracıya verdiği yetkinin hukuki niteliği, kira ve satış sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun farkları ve kiracının satıcıya karşı sahip olduğu haklar incelenmiştir.

I. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE SATICININ BORÇLARI

A. Kiralananı Kiracıya veya Kiraya Verene Devretme Borcu

Kiralananın kiracıdan sat ve geri kirala yöntemi ile edinilmediği veya daha önceden kiraya verenin uhdesinde bulunmadığı durumlarda bir satıcı/üreticiden temin edilmesi gerekir. Malın bir üreticiden temin edilmesi halinde eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri gündeme gelir ki bu konu çalışma alanımızın dışındadır. Finansal kiralama sözleşmesinin tanımının yapıldığı FFFK m. 18’de kiraya verenin malı üçüncü kişiden temin ederken “...*kiracının talebi ve seçimi*...”ne göre hareket edeceği belirtilmiştir. Kiracı, sözleşmeye konu olacak malı ve satıcıyı açıkça belirterek talepte bulabileceği gibi yalnızca hangi ürünün satın alınacağını da belirtebilir⁶. Kiracı, kiralananın hangi satıcıdan temin edileceği konusunda bir irade ortaya koymuşsa kiraya verenin bu doğrultuda malı belirlenen satıcıdan temin etmesi gerekir. Kiracının özellikle bir satıcı tercihi yoksa kiraya veren kiracının talebine uygun olan malı dilediği satıcıdan temin edebilir⁷.

-
- 5 Bilgehan Çetiner, “6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 13, 2013, s. 77; **Topuz**, s. 351.
 - 6 **Kuntalp**, Leasing, s. 28-29; **Topuz**, s. 350; Güneş Yılmaz, “Leasing-Finansal Kiralamada Mevcut Durum ve Değişiklikler”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 41-42, 2008, s. 153.
 - 7 **Altıp**, s. 93-94; Hacer Yıldız, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiraya Verenin Ayıplardan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2019, s. 50.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)’nın 207/1. maddesine göre satış sözleşmesinde satıcının asli borcu, “*satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme*”dir. Ayıptan sorumluluğun da temel şartı budur⁸. Ayıptan sorumluluğun gündeme gelebilmesi için öncelikle malın alıcıya teslim edilmiş olması gerekir. Finansal kiralama konu malın satışına ilişkin sözleşme, kiraya veren ve satıcı arasında gerçekleşse de uygulamada çoğunlukla kiraya veren tarafından kiracıya malı satıcıdan teslim alma yetkisi verilmekte, teslim doğrudan satıcı tarafından yapılmakta ve kiraya veren mal ile fiili temas kurmadan malın teslimi (kısa elden teslim-zilyetliğin havalesi) sağlanmaktadır⁹. Böylece kiraya veren teslim ve kabule ilişkin yükümlülüklerden, malın geç teslim edilmesi veya hiç teslim edilmemesi hallerinde ortaya çıkabilecek sorumluluklardan kurtulmakta, kiracıya karşı sorumluluğunu kısıtlamak istemektedir¹⁰. Kiracının kiralananı satıcıdan teslim alması, kiraya veren tarafından kiracıya verilen temsil yetkisine dayandırıldığı gibi¹¹ bir görüşe göre burada kiraya veren ile kiracı arasında vekâlet ilişkisi vardır¹². Bu gibi hallerde mal taşınır ise zilyetliğin devri ile, taşınmaz ise tapuda kiraya veren adına tescil ile yarar ve hasar kiracıya geçer¹³. Her iki halde de sözleşme konusunun mülkiyeti kiraya verende, zilyetliği ve kullanım hakkı kiracıda olur.

B. Satıcının Ayıptan Sorumluluğu

1. Satıcının Ayıptan Sorumluluğunun Şartları

Finansal kiralama sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğu incelenirken öncelikle genel olarak TBK m. 219 vd. hükümleri ele alınacaktır.

8 Seyfullah **Edis**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 47; Cevdet **Yavuz**, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım Yayın, İstanbul 1989, s. 11; Aydın **Zevkliler**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 111-112; C. Salih **Şahin**, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 27.

9 Erden **Kuntalp**, Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasağının Kapsamı ve Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan C. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 674 (Armağan); **Altop**, s. 148.

10 **Topuz**, s. 320; **Kuntalp**, Leasing, s. 77.

11 **Kocağa**, s. 111; **Altop**, s. 149.

12 **Kötel**, s. 164.

13 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 51 (Borçlar Özel); **Topuz**, s. 331; **Edis**, s. 48; **Zevkliler**/Gökyayla, s. 44 vd.; **Yaldız**, s. 20.

Zira, FFFK’da satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda finansal kiralamada satıcının ayıptan sorumluluğu, TBK’daki satıcının ayıptan sorumluluğu ile aynı şartlara tabi olmalıdır¹⁴.

Ayıp, satılанда ortaya çıkan ve alıcının maldan beklediği faydayı azaltan, maldan yararlanmasını güçleştiren veya ortadan kaldıran ya da kullanım değerini azaltan eksiklik ve bozukluktur¹⁵. Ayıp, satılan malda satıcının bildirdiği özelliklerin bulunmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi lüzumlu vasıfların bulunmaması şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁶. Ayıp, maddi, hukuki veya ekonomik olabilir (TBK m. 219). Maddi ayıp, maldan beklenen faydayı azaltan veya ortadan kaldıran kırık, bozukluk, eksiklik gibi malın fiziksel yapısına ilişkin eksikliklerdir¹⁷. Hukuki ayıp, satılanın

-
- 14 FFFK’nın “Uygulanmayacak hükümler” başlıklı 34.maddesine göre “*Sözleşme hakkında 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 764, 765, 766 ncı maddeleri ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısım Birinci Bölüm Dördüncü Ayırımında yer alan “Kısmi Ödemeli Satışlar”a ilişkin hükümleri ile İkinci Kısım Dördüncü Bölüm İkinci Ayırımında yer alan “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları”na ilişkin hükümleri uygulanmaz.*” Buna göre finansal kiralama sözleşmesinin niteliğiyle bağdaşmadığından Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) taksitle satış ve hükmen teslimle ilişkin hükümleri ile TBK’nın taksitle satış ve konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin hükümleri finansal kiralama sözleşmelerine uygulanmaz.
 - 15 Hüseyin **Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 90; **Edis**, s. 7-8; Cevdet **Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2024, s. 73; Rona **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 199 (Borçlar Özel); **Eren**, Borçlar Özel, s. 104; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 113; Fahrettin **Aral/Hasan Ayrancı**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 280; **Topuz**, s. 367; Sezer **Çabri**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2023 s. 1 (Ayıptan Sorumluluk); Mustafa Murat **İnceoğlu**, Kira Hukuku, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 115-116 (Kira); Mustafa Alper **Gümüş**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 107 (Kira Sözleşmesi); **Kocaağa**, s. 116; Faruk **Acar**, Kira Hukuku Şerhi, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 173; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 66 (Borçlar Özel).
 - 16 **Yavuz/Acar/Özen**, s. 73; Haluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 167 (C. I/1); **Edis**, s. 49 vd.; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 69; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 115 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 125-126.
 - 17 Haluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 112 (C. I/2); **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 253; **Eren**, Borçlar Özel, s. 108; **Gümüş**, Kira Sözleşmesi, s. 107; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 70; Mustafa Murat **İnceoğlu**, “Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 54-55 (Ayıp);

kullanımının kamu hukukundan kaynaklanan sınırlama ve engellerden dolayı azalması veya ortadan kalkmasıdır¹⁸. Ekonomik ayıp, malın kullanım amacının maldan elde edilecek gelire veya verime bağlı olduğu durumda, bu gelir veya verimin elde edilmesini engelleyen eksikliklerdir¹⁹.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun ilk şartı, ayıbın yarar ve hasarın alıcıya geçtiği anda satılarda var olmasıdır. Yarar ve hasarın alıcıya geçmesinden sonra, yani taşınırlarda teslimden, taşınmazlarda tescilden sonra ortaya çıkan ayıplardan satıcı sorumlu olmaz. Ancak sonradan ortaya çıkan ayıp, önceki bir sebebe dayanıyorsa satıcının sorumluluğu söz konusu olur²⁰. Satıcının ayıptan sorumluluğunun bir diğer şartı, ayıbın önemli olmasıdır. Önemli ayıp, satılanın değerinin veya elverişliliğinin önemli derecede azalmasına veya ortadan kalkmasına sebep olan ayıptır²¹. Satılanın ne maksatla kullanılacağı, tarafların ortak niyetine bakılarak tespit edilir. Buradan anlaşılamazsa teamüllere bakılır. Ayıp, önemsiz nitelikte ise satıcı sorumlu olmaz; ayıba alıcı katlanır. Örneğin; makinanın vidasının veya ampulünün bulunmaması gibi. Ancak önemsiz nitelikte de olsa ayıp,

Zevkliler/Gökyayla, s. 252. “...Bir eşyanın aynı cinsten normal parçalarla karşılaştırıldığında kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran ya da azaltan her türlü kötü nitelik maddi ayıptır...” Yarg. 3. HD. E. 2022/5113 K. 2022/6499, 14.09.2022 (UYAP Bilişim Sistemi). “...Maddi ayıp; bir malda madden hata bulunmasıdır (Ör: Malın yırtık, lekeli olması gibi)...” Yarg. 3. HD. E. 2020/6426 K. 2021/7477, 29.06.2021 (UYAP Bilişim Sistemi).

- 18 **Yavuz/Acar/Özen**, s. 253; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 201; **Eren**, Borçlar Özel, s. 107; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 92; **Çabri**, Ayıptan Sorumluluk, s. 96; **Gümüş**, Kira Sözleşmesi, s. 108; **Şahiniz**, s. 51; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 70. “Satılanın değerine ve ondan beklenen yarara etki eden ve objektif hukukun koyduğu bir takım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikler “hukuki ayıp” olarak ifade edilebilir.” Yarg. 3. HD. E. 2022/5113 K. 2022/6499, 14.09.2022 (UYAP Bilişim Sistemi).
- 19 **Eren**, Borçlar Özel, s. 107; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 93; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 252; **Edis**, s. 17; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 71; **İnceoğlu**, Ayıp, s. 57. “Ekonomik ayıp, malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır.” Yarg. 3. HD. E. 2020/6426 K. 2021/7477, 29.06.2021 (UYAP Bilişim Sistemi).
- 20 **Tandoğan**, C. I/2, s. 175; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 118 vd.; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 212; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 90; **Aral/Ayrancı**, s. 129; Sezer **Çabri**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınları, Ankara 2021, s. 188-189 (Tüketici); **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 65-66; **Yavuz**, s. 75-76.
- 21 **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 91; **Edis**, s. 60-64; **Yavuz**, s. 78; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 72-73; **Acar**, s. 177; **Çabri**, Ayıptan Sorumluluk, s. 116; **Gümüş**, Kira Sözleşmesi, s. 113; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 251; **İnceoğlu**, Ayıp, s. 54-55; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 118 vd.; **Şahiniz**, s. 56.

satıcının vaat ettiği niteliklerin bulunmamasından kaynaklanıyorsa satıcının ayıptan sorumluluğu gündeme gelir²².

Satıcının ayıptan sorumluluğunun bir başka şartı ayıbın gizli olmasıdır. Gizli ayıp, olağan bir gözden geçirme ile tespit edilemeyecek ayıptır²³. Alıcının bildiği veya basit bir gözden geçirme ile tespit edebileceği ayıplardan satıcı sorumlu değildir²⁴.

Ayıptan sorumluluğun şartlarından bir diğeri, alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmiş olmasıdır (TBK m. 223). Alıcı, satılan işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek zorundadır. Buradaki süre, satılanın cinsine, tarafların faaliyet alanına ve ayıbın türüne göre belirlenir. Bir ayıp tespit eden alıcının, bunu uygun bir süre içinde satıcıya bildirmesi gerekir. Gözden geçirme ve bildirim yapmayan alıcı, malı o şekilde kabul etmiş sayılır²⁵. Satılarda gizli bir ayıp bulunuyorsa bunu tespit eden alıcının durumu hemen satıcıya bildirmesi gerekir. Yargıtay, “hemen” sözüyle “dürüstlük kuralına uygun olan en kısa süre”yi anlamak gerektiğini kabul etmektedir²⁶.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun son şartı, ayıptan sorumluluğun kaldırılmamış olmasıdır. Satıcının ayıptan sorumluluğu emredici olmayıp bu

-
- 22 **Edis**, s. 73; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 115; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 91; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 70; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 78; **Tandoğan**, C. I/1, s. 173; **Şahiniz**, s. 51-52; **Yavuz**, s. 78. Tüketici sözleşmelerinde ise önemsiz ayıplarda dahi satıcının sorumluluğu gündeme gelir. **Çabri**, Tüketici, s. 195-196.
- 23 **Tandoğan**, C. I/2, s. 174; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 91; **Eren**, Borçlar Özel, s. 113; **Edis**, s. 60; **Yavuz**, s. 78-79; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 72.
- 24 **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 91; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 79; **Şahiniz**, s. 58 vd.; **Çabri**, Tüketici, s. 190 vd.
- 25 **Tandoğan**, C. I/2, s. 178; **Edis**, s. 75 vd.; **Yavuz**, s. 80; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 121-124; **Aral/Ayrancı**, s. 132 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 80-81; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 98; **Eren**, Borçlar Özel, s. 117; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 78 vd.
- 26 “818 sayılı BK’nın 198. maddesine göre; alıcı, teslim aldığı malı işlerin olağan akışına göre, imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya uygun süre içinde ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirme ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp bulunması halinde, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu da hemen satıcıya bildirmediği takdirde yine satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. O halde, gizli ayıpların, dava zamanaşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra hemen (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ... gerekmektedir”. Yarg. 3. HD E. 2021/5689, K. 2022/991, 14.02.2022 (UYAP Bilişim Sistemi).

sorumluluk sözleşme ile kaldırılabilir²⁷. Ancak satıcı malı ayıplı devretmede ağır kusurlu ise sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür (TBK m. 221).

2. Finansal Kiralama Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğunun Şartları

a. Genel Olarak

Finansal kiralama sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğu, TBK m. 219 ve devamında düzenlenen satıcının ayıptan sorumluluğundan çeşitli noktalarda farklılıklar arz eder. Ayıbın yarar ve hasarın alıcıya geçtiği anda satılarda var olması, ayıbın önemli ve gizli olması şartları finansal kiralama sözleşmesi bakımından da aynen geçerlidir. Bu şartların yanında gözden geçirme ve bildirim külfetine ilişkin olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 23/c hükmü gündeme gelebilir. Ayrıca kiracının satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için kiraya veren tarafından kiracıya yetki verilmiş olması gerekir. Son olarak kiraya verenin satıcıya başvuramayacağı durumlarda kiracı da satıcıya başvuramayacaktır. Finansal kiralama sözleşmesinde kiracının satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilmesi için gereken şartları başlıklar halinde inceleyelim.

b. Kiralananın Bir Satıcıdan Temin Edilmiş Olması

Finansal kiralama sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için malın kiraya veren tarafından bir satıcıdan temin edilmiş olması gerekir²⁸. Ayıplı şekilde mal kendisine teslim edilmiş olan kiracı, masrafları kendisine ait olmak üzere satış sözleşmesinin ayıptan sorumluluk hükümleri uyarınca satıcı aleyhine yasal yollara başvurabilir²⁹. Finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin sorumluluğunun söz konusu olacağı tek ihtimal, malın daha önceden kiraya verenin mülkiyetinde bulunmasıdır (FFFK m. 24/6). Bu düzenleme ile kiraya veren adeta sorumsuzluk zırhına büründürülmüştür. Kanun hükmünün aksi kararlaştırılabilir ise de, tek tip sözleşmeler nedeniyle bu pek mümkün de-

27 Yavuz, s. 79-80; Zevkliler/Gökyayla, s. 119; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 103-104; Yavuz/Acar/Özen, s. 79; Serozan, Borçlar Özel, s. 216; Aral/Ayrancı, s. 132; Gümüş, Borçlar Özel, s. 75.

28 Topuz, s. 368; Yıldız, s. 50; Hacer Demiröz Ayrancı, Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiracının Hak ve Borçları, Konya Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 232-233.

29 Topuz, s. 368.

ğildir. Olması gereken, kiracıya açıkça satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilme hakkı verilmesidir. Bu durumda satıcıya başvurma hakkı bulunan kiracı zaten kiraya verene başvurmayacaktır. Kanun metni şu şekilde değiştirilerek sorun çözülebilir: “Üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olması halinde kiraya verenin sahip olduğu bütün haklar kiracı tarafından da bu kişiye karşı ileri sürülebilir. Malın bizzat kiracı tarafından sağlanması halinde kiralayan ayıptan sorumlu tutulamaz.”³⁰

c. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmiş Olması

Finansal kiralama sözleşmesinde malın bir satıcıdan temin edilmesi durumunda malı teslim alan kiracının gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmesi gerekir³¹. Bu konuda yukarıda açıkladığımız TBK m. 223’te düzenlenen şartların yanında TTK m. 23/c hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren daima (FFFK m. 3/1-d), satıcı ise çoğunlukla tacirdir. Tacirler arası satış sözleşmelerinde malın ayıplı olduğu açıkça belli ise alıcının ayıbı iki gün içinde satıcıya bildirmesi gerekir (TTK m. 23/c). Ayıp açıkça belli değilse alıcı, malı sekiz gün içinde gözden geçirmek ve ayıbın tespit edilmesi halinde bu süre içinde ayıbı satıcıya bildirmek zorundadır³². Kiraya verenin verdiği yetki ile malı satıcıdan teslim alan kiracının bu sürelerle uyması gerekir. Finansal kiralama sözleşmesinde genellikle malı teslim alma yetkisi kiracıya verilmekte ve sözleşme ile gözden geçirme ve bildirim külfetleri kiracıya yüklenmektedir³³. Sözleşmede gözden geçirme ve bildirim külfetleri düzenlenmemiş olsa dahi kiracının bu külfetleri yerine getirmesi

30 Çetiner, s. 77-78.

31 Eren, Borçlar Özel, s. 474; Kuntalp, Leasing, s. 82.

32 Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Aslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 306; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 168; Gümüş, Borçlar Özel, s. 82.

33 Düzenleme Şeklinde Finansal Kiralama Sözleşmesi Örneği:

“...MADDE 11. Kiralayan, kendisinin temsilcisi sıfatıyla Kiralananın, doğrudan Kiracı tarafından Satıcıdan teslim alınmasını uygun bulduğu takdirde, bir örneği işbu Sözleşme Ek-3 (Kiralananın Kiralayan Adına Satıcıdan Teslim Alınması için Yetki Belgesi)’de yer alan belgeyi işbu Sözleşmenin yürürlüğe girmesini müteakip imzalayarak Kiracı’ya verecektir.

MADDE 12. Kiralayan’ın yukarıda Madde 11’de belirtilen belgeyi imzalayarak Kiracı’ya vermesi halinde, Kiracı, Kiralananı Kiralayan’ın temsilcisi sıfatıyla Kiralayan adına Satıcıdan teslim alacağını, derhal her yönüyle ve eksiksiz bir biçimde ince-

gerekir. Zira, teslim alma yetkisi verilen kiracı iç ilişkide kiraya verenin vekili, dış ilişkide satıcıya karşı kiraya verenin temsilcisi olarak hareket etmektedir³⁴.

d. Kiraya Veren Tarafından Kiracıya Yetki Verilmesi

Finansal kiralama sözleşmesinde malı satıcıdan temin eden kiraya veren, TBK m. 219 vd. hükümleri uyarınca satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilir. Kiracı ise satış sözleşmesinin tarafı olmadığından kiracının, satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilmesi için bu konuda kiraya veren tarafından kiracıya açıkça yetki verilmesi gerekir. Yargıtay, bir uyumsuzlukta traktörü finansal kiralama şirketinden satın alan kiracının kiraya veren tarafından kendisine yetki verilmemesi nedeniyle traktörün arızasından dolayı ithalatçı firma ve onun bayisine başvuramayacağına karar vermiştir. Açılan davada Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi “*Davacının ileri sürdüğü iddia ve maddi vakıalar ile yönelttiği husumete göre davanın traktörün tamirinde ayıplı ifadan dolayı değil ve fakat*

leyeceğini, uzmanlara inceleteceğini, Kiralayan gerekli gördüğü takdirde uluslararası itibara sahip bir kuruluşa veya Kiralayan'ın uygun gördüğü bir kuruluşa inceleteceğini, Kiralananda kısmen veya tamamen bir bozukluk, hata, arıza, hasar, veya benzeri haller bulunması veya Kiralanan üzerinde üçüncü kişilerin hak iddia etmeleri halinde süreleri içinde gerekli ihbar ve ihtarları yapacağını; her türlü kanuni ve hukuki önlemleri alacağını, girişimlerde bulunacağını, her hususla ilgili Kiralayan'ı derhal haberdar edeceğini, bu hususlara uymamaktan ve Kiralananı kabul, kısmen kabul, şartlı kabul, reddetmekten veya haksız reddetmekten doğan bütün sorumluluğun kendisine ait olduğunu, bu ve benzeri sebeplerle Kiralayan'dan hiç bir talepte bulunmayacağını ve Kiralayan'ın bu sebeple uğrayacağı zararı derhal tazmin edeceğini kabul ve taahhüt eder.

MADDE 13. İşbu Sözleşme Madde 12'de belirtilen kontrol ve incelemeleri yapılırken, Kiralananda kusur, bozukluk, eksiklik, Satıcının taahhüt ettiği şartlara aykırılık veya benzeri durumların varlığı tespit edildiği takdirde, gerekli bütün ihbarlar süresi içinde Kiralayan'ın temsilcisi sıfatıyla Kiracı tarafından yapılacaktır. Gerekli ihbarların süresi içinde yapılmamasından veya Satıcıya karşı dava açılması için süresi içinde Kiralayan'a başvurulmamasından tamamen Kiracı sorumludur...

B-SATICI'NIN KUSURU NEDENİYLE KİRALAYAN'IN SORUMLU TUTULAMAMASI

MADDE 15. İşbu Sözleşmenin konusunu oluşturan mal/mallar, Kiracı tarafından seçilip beğenildiğinden, esasen Satıcının da Kiracı tarafından bulunmuş olması, malın alımı, temini, teslimi, montajı, işletilmesi, spesifikasyonları ile ilgili tüm anlaşmaların, şartların, Satıcı ve yetkili servisi ile Kiracı arasında kararlaştırılıp gerçekleştirildiğinden, mal tesliminden önce yine kendisi tarafından incelendiği ve inceltiltiğinden, malla ilgili her türlü ayıptan Kiralayan'ın bir sorumluluğunun bulunmadığını Kiracı peşinen kabul ve ikrar etmektedir. (Ece Ayça Eker, “Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralayanın Ayıptan Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 2019/6, 2019, s. 112-113, dn. 33)

34 Kuntalp, Leasing, s. 82.

satım sözleşmesi sonrasında Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği gereğince ithalatçı ve satıcıdan servis hizmeti verilmeyerek traktörün tamir edilmemesi nedeniyle oluşan zararın tazmininin talep edildiği anlaşılmaktadır... Traktörün finansal kiralama (leasing) yöntemi ile dava dışı BNP Paribas Finansal Kiralama A.Ş. tarafından 2013 yılında Yapılcan Motorlu Araçlar Makine Petrol Sanayi Ticaret Ltd. Şti'den satın alındığı, diğer davalı ENKA Pazarlama İthalat İhracat A.Ş'nin ise traktörün ithalatçısı olduğu, daha sonra 22/12/2016 tarihinde traktörün BNP Paribas Finansal Kiralama A.Ş. tarafından resmi şekilde davacıya satılarak devredildiği, davaya konu traktörün alıcısının finansal kiralayan şirket olduğu, finansal kiracı olan davacı şirketin traktörü kullanım süresinde bakım ve onarımından sorumlu olduğu... davanın TBK'nın 209 ve devamı maddeleri uyarınca satım sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmıştır...Traktörün davalılar ile yapılan satım sözleşmesindeki alıcısının dava dışı BNP Paribas Finansal Kiralama A.Ş. olduğu, davacının traktörü daha sonra bu şirketten satın aldığı, satım sözleşmesi kapsamında varsa satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerin sözleşmenin nispiliği ilkesi gereği alıcı tarafından ileri sürülmesi gerektiği, davacının alıcı olmadığından eldeki davayı ileri sürme hakkı bulunmadığı, traktör tamirinden kaynaklanan ayıplı ifadan dolayı dava açma hakkının saklı olduğu böyle bir davada da aracı fiilen tamir eden servisin sorumlu olabileceği, yukarıda izah edildiği üzere davanın araç tamirinden değil satıcının sorumluluğuna ilişkin olarak ikame edildiği anlaşılmakla davanın reddine... ” karar vermiş, Yargıtay tarafından bu karar onanmıştır³⁵. Doktrinde, kiracıya bu konuda açıkça yetki verilmemiş olsa dahi TMK m. 1 uyarınca hâkimin kiracının kiraya verenin sahip olduğu hakları kullanmasına izin vermesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁶. Kiracının satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurusu halinde kiraya veren, kiracıya gereken bilgi ve evrakları vermek zorundadır³⁷. Uygulamada çoğunlukla finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin ayıplardan sorumlu olmayacağı, kiraya verenin satıcıya karşı olan haklarını kiracının kullanacağı açıkça düzenlenmektedir. Bu hükümlere dayalı olarak kiracının satıcı aleyhine dava açması ve gereken evrakları kiraya verenden temin etmesinde bir problem yaşanmayacaktır. Kiraya verenin kiracıya açıkça yetki vermemesi veya

35 Konya BAM, 5. HD., E. 2019/221, K. 2019/248, 11.04.2019, (UYAP Bilişim Sistemi); Yarg. 11. HD., E. 2020/2806, K. 2021/1856, 01.03.2021 (UYAP Bilişim Sistemi).

36 Kuntalp, Leasing, s. 81-82.

37 Altop, s. 161.

gerekli evrakları vermemesi durumunda ise kiracının satıcıya karşı dava açması mümkün değildir. Bu durumda kiracı, genel borca aykırılık hükümleri (TBK m. 112 vd.) uyarınca kiraya verenin sorumluluğuna gidebilir.

Finansal kiralama sözleşmesinde kiracı, satıcıya karşı sahip olduğu hakları kullanmak için yerine getirmek zorunda olduğu bazı külfetleri yerine getirmemiş ve bu nedenle satıcıya başvurma hakkını elinden kaçırmışsa bu durumda kiraya veren de satıcıya başvuru hakkını kaybetmiş olur. Kiracı, kiraya verenin bu nedenle uğradığı zararı gidermek zorundadır³⁸. Kiracının haklarını kullanmaması nedeniyle kiraya verenin uğrayacağı zarar, ancak kiralananın sözleşme sonunda kiraya verene iade edileceği ihtimalde ortaya çıkar. Bu durumda kiralananın ayıp nedeniyle uğradığı değer kaybı, kiraya verenin zararı olarak dikkate alınır³⁹. Kiraya veren, kiracının haklarını kullanmayacağını anlarsa satıcıya karşı sahip olduğu hakları kendisi de kullanabilir. Zira, kiracıya temsil yetkisi verilmiştir. Hakkın asıl sahibi olarak kiraya verenin bu hakları kullanması mümkündür. Kiraya veren daha sonra masrafları kiracıdan isteyebilir⁴⁰.

e. Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna Başvurulamayacak Durumlar

Kiraya verenin satıcıya başvuru imkânının bulunmaması halinde kiracı da satıcıya başvuramaz. Örneğin; kiraya verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle satıcıya başvuru hakkı yoksa, satıcı ve kiraya veren arasında sorumsuzluk anlaşması varsa veya zamanaşımı söz konusu ise kiraya veren satıcının ayıptan sorumluluğuna başvuramayacağı gibi kiracı da satıcıya başvuramaz. Bu durumda kiracı, genel borca aykırılık hükümleri uyarınca kiraya verenin sorumluluğuna gidebilir. Zira ayıp, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin bir görünüm biçimidir. TBK m. 112'ye göre borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararından sorumludur⁴¹. Ayıptan sorumluluktan farklı olarak genel borca

38 **Altop**, s. 161; **Kuntalp**, Leasing, s. 82; Gültekin **Nazhoğlu**, Finansal Kiralama Kanunu, Sim Matbaacılık, Ankara 1996, s. 125; Gürkan **Celepçioğlu**, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiracının Hakları ve Borçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2011, s. 96.

39 Mehmet **Erdem**, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, ve Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2017/1, 2017, s. 182 (Ayıp).

40 **Altop**, s. 162.

41 **Çabri**, Ayıptan Sorumluluk, s. 42; **Erdem**, Ayıp, s. 187; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 319.

aykırılıkta borçlunun borca aykırılıktan sorumlu olması için kusur şartı getirilmiştir. Ancak bedel indirimi ve onarım talepleri aynen ifanın birer uzantısıdır. Bu nedenle kiraya verenin ayıptan kusuru olmasa bile bu talepleri yerine getirmesi gerekir⁴².

3. Kira ve Satış Sözleşmelerinde Ayıptan Sorumluluğun Farkları

Finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren ve kiracı arasında bir kira ilişkisi mevcuttur. Ayrıca malın temininde çoğunlukla bir satış ilişkisi bulunur. Bu nedenle kira ve satış sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun farklarına değinmekte yarar görüyoruz.

Satış sözleşmesinde satıcının, sözleşme konusu malın mülkiyetini geçirmek amacıyla alıcıya teslim etmesi gerekir. Satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluk, satıcının mülkiyeti geçirme borcunu tamamlayan tali nitelikte bir borçtur⁴³. Kira sözleşmesinde kiraya verenin asli borcu kiralananı kullanım amacına elverişli bir şekilde kiracıya teslim etme ve sözleşme süresi boyunca elverişli bir şekilde bulunmasını sağlamaktır⁴⁴. Bu nedenle kira sözleşmesinde kiralananın ayıpsız bir şekilde teslimi asli nitelikte bir borçtur⁴⁵. Ayrıca elverişliliği sağlamak zorunda olması nedeniyle kiraya veren sonradan ortaya çıkan ayıplardan da sorumludur⁴⁶. Satış sözleşmesinde ise başlangıçtaki bir sebebe dayanmıyorsa satıcı sonradan ortaya çıkan ayıptan sorumlu değildir⁴⁷. Bir diğer fark gözden geçirme ve bildirim külfetine ilişkindir. TBK m. 223'te alıcının gözden geçirme ve bildirim külfeti açıkça düzenlendiği halde kira sözleşmesine ilişkin böyle bir külfet düzenlenmemiştir. Satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kira sözleşmesine kıyasen uygulanacağı, kiracının basit bir gözden geçirme ile fark edebileceği ayıplar yönünden gözden geçirme külfetinin bulunduğu, gizli ayıplar yönünden ise gözden geçirme külfetinin bulunmadığı, her halükarda ayıbı fark eden kiracının durumu kiraya verene bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸.

42 Erdem, Ayıp, s. 187.

43 Yavuz/Acar/Özen, s. 74; Edis, s. 19; Çabri, Ayıptan Sorumluluk, s. 63.

44 Eren, Borçlar Özel, s. 329; Zevkliler/Gökyayla, s. 254-255; Tandoğan, C. I/2, s. 110; Gümüş, Borçlar Özel, s. 314.

45 Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 114; Acar, s. 184-185.

46 Tandoğan C. I/2, s. 114; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 105; Acar, s. 189.

47 Yavuz/Acar/Özen, s. 76; Edis, s. 64.

48 Tandoğan, C. I/2, s. 115-116; Çabri, Ayıptan Sorumluluk, s. 147; Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 110; Gümüş, Borçlar Özel, s. 227. Kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratması nedeniyle satış sözleşmesinde olduğu gibi bir defalık muayene külfeti getirilmesinin kira sözleşmesinin yapısına uygun olmadığı, buna karşılık ayıptan haberdar olan kiracının ayıbı bildirmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz.

II. KİRAYA VERENİN KİRACIYA VERDİĞİ YETKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Finansal kiralama sözleşmesinde kiracının satıcının ayıptan sorumluluğuna gidebilmesi için kiraya verenden bu konuda yetki alması gerekir⁴⁹. Kiraya verenin sahip olduğu bu hakların kiracıya devrinin hukuki niteliği; yenileme, doğrudan temsil, havale, alacağın devri, üçüncü kişi yararına sözleşme, halefiyet ve vekâlet görüşleri ile açıklanmaya çalışılmıştır⁵⁰.

Finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin kiracıya vereceği yetkinin yenileme görüşü ile açıklanması durumunda iki imkân yaratılmış olur. İlk olarak, satıcının tekeffül borcunun alacaklısı olan kiraya verenin

-
- Yavuz/Acar/Özen**, s. 256; **Eren**, Borçlar Özel, s. 333; **Aral/Ayrancı**, s. 283. Kira sözleşmesinde bildirim külfetinin, kullanıma elverişli halde bulundurma yükümlülüğü ile bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz. **İnceoğlu**, Ayıp, s. 59 vd. Satış sözleşmesinde gözden geçirme ve bildirim, külfet niteliğinde olduğundan ayıbın bildirilmemesi, alıcının ayıptan doğan hakları kullanamamasına sebep olur. Kira sözleşmesinde ise ayıbın bildirilmemesi kiralananın zarar görmesine ve kiracının sorumluluğuna neden olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zevkîler/Gökyayla**, s. 260.
- 49 **Çetiner**, s. 77; **Altop**, s. 158-159; **Kocağa**, s. 116; Mehmet **Erdem**, Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler (Bankacılık Dışı Finansal Kuruluşlar Hukuk Sempozyumu, 2016) s. 19 (Sempozyum); **Celepcioğlu**, s. 101-102; **Eker**, s. 111-112 “...Davacı kiracı Finansal Kiralama Sözleşmesinin imzaların bulunduğu son sayfasında verilen yetkiye dayanarak, satıcı Xerox A.Ş. ye karşı dava açmıştır. Kural olarak, kiracı kendisine finansal kiralama şirketi tarafından yetki verilmeden böyle bir davayı açamaz. Finansal kiralama şirketinin malın ayıplı olmasından dolayı alacak ve dava hakkını kiracıya devretmesi ile, malın ayıplı olmasından dolayı kiracıyı temsilci tayin etmesinin hukuki sonuçları farklıdır. Finansal kiralama şirketi kiracıyı temsilci tayin etmişse kiracı ayıba karşı tekeffülle ilgili B.K.nun 202 ve devamı maddelerinde verilen yetkileri ve kendisinin uğradığı zarar nedeniyle oluşan alacağının tahsiline dair haklarını kullanabilir. Finansal kiralama şirketi talep ve dava hakkını kiracıya devretmişse, kiracı sadece finansal kiralama şirketinin kullanabileceği hakları satıcıdan talep edebilir. Bu durumda; kâr mahrumiyetini satıcıdan talep etmesi mümkün değildir. Mahkemece Finansal Kiralama Sözleşmesinin aslı getirtilip, kiracıya verilen yetkinin nasıl bir yetki olduğu üzerinde durulup değerlendirilmeli ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir...” Yarg. 19. HD., E. 2011/8032, K. 2012/2054, 14.02.2012 (UYAP Bilişim Sistemi). “...Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yarılama sonucunda, finansal kiralama sözleşmesinin son sayfasında yer alan yetkinin kiralananın temsilci tayin edilmesi olarak değerlendirildiği, bu yetki içeriği ile davacının ayıba karşı tekeffülle ilgili yetkileri ve kendisinin uğradığı zarar nedeni ile oluşan alacağının tahsilini davalı satıcıdan talep edebileceği, davacının satıcıdan uğradığı zararın tazminini talep ettiğine göre davalı leasing veren şirkete karşı ayıplı mal satışından dolayı leasing sözleşmesinin feshini talep edemeyeceği...” Yarg. 19. HD., E. 2018/1123, K. 2018/6762, 20.12.2018 (UYAP Bilişim Sistemi). Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., E. 2020/2806, K. 2021/1856, 01.03.2021 (UYAP Bilişim Sistemi).
- 50 **Köteli**, s. 184 vd.; **Topuz**, s. 357; **Köteli**, s. 195; **Celepcioğlu**, s. 103.

yerine kiracı geçer. Böylece alacaklı sıfatında yenileme olur. Kiracı, kiraya verenin satış sözleşmesinden doğan haklarını kullanabilir. İkinci olarak, kira sözleşmesinden doğan tekeffül borcu bakımından borçluluk sıfatında değişiklik yapılır⁵¹. Tarafların yenileme kastını açıkça göstermesi gerekir. Yenilemenin satış ve kira sözleşmelerinin birer şartı olarak yapılması mümkündür. Bu yöntem çok karmaşık olması ve pratik olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Zira, finansal kiralamanın üç taraflı yapısına ek olarak yenileme yoluyla taraflar arasında ikili karmaşık ilişkilerin meydana gelmesi finansal kiralamanın sürat ve pratikliği ile bağdaşmamaktadır⁵².

Halefiyet görüşüne göre, kiracı halef olarak kiraya verenin haklarını elde eder. Sözleşmelerde kimi zaman kiracının kiraya verenin sahip olduğu bütün haklara halef olacağı, tüm dava haklarına halef olacağı veya garanti ile ilgili haklarına halef olacağı kararlaştırılmaktadır⁵³. Kiracının, kiraya verenin haklarına halef olabilmesi için kiraya verenin satış sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ödemiş olması ve kiracının halef olmasının kiraya veren tarafından satıcıya bildirilmiş olması gerekir. Borcun kiracı tarafından ödenmesi ile kiracı ödemesi nispetinde kiraya verenin haklarına halef olur. Kiraya veren bu borcu ödemişse artık halefiyetten bahsetmek mümkün değildir⁵⁴. Halefiyet ile borç ilişkisinin taraflarında dar anlamda değişiklik yapılabilir. İlişkinin taraflarında bütünüyle değişiklik yapmak mümkün değildir. Halef olunan alacak hakkının doğduğu borç ilişkisinden kaynaklanan ferî haklar yeni alacaklıya geçmez. Ayrıca kiraya verenin satıcıdan olan garanti alacağı, asli edimdeki ayıpların ortaya çıkması şartına bağlı tali bir alacaktır. Bu alacak, alacaklı lehine sonuçlanacağı belli olmayan malın ayıplı bir şekilde teslim edilip edilmediği ihtilafının çözümüne bağlıdır. Bu nedenle kiracının kiraya verenden alacağı yetkinin halefiyet ile açıklanamayacağı ileri sürülmüştür⁵⁵.

51 Mohtar **Bey El**, Du transfert de la garantie du vendeur au locataire dans les conventions de credit bail, ou reflexion surl'arret de la courd d'AGENDu 15 Fevrier 1969 Revue de Jurisprudence Commerciale, Journal des agrees Paris, Fevrier 1973, s. 56-57 nakleden **Köteli**, s. 189.

52 **Köteli**, s. 189.

53 Michele **Harichaux-Ramu**, Le transfert des garanties dans le Credit bail mobilier, Rev.trim.dr.comm. 1978 no.2, Avril Juin s. 233 nakleden **Köteli**, s. 184-186.

54 Rona **Serozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 27 vd. (Borçlar Genel); Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 571 vd.

55 **Köteli**, s. 185-186.

Doğrudan temsil görüşüne göre, kiraya verenin kiracıya doğrudan temsil yetkisi vermesi durumunda kiracı, kiraya verenin satıcıya karşı sahip olduğu hakları bizzat kullanabilir. Kiracı, fesih dâhil kiraya verenin sahip olduğu hakları kiraya verenden aldığı doğrudan temsil yetkisine dayanarak kullanabilir⁵⁶. Doğrudan temilde temsilci, üçüncü kişi ile yapılan işlemin tarafı olmaz. Temsilci, temsil olunan adına ve hesabına hareket eder. Hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar (TBK m. 40). Hukuki işlem başkası adına ve hesabına yapılmamış ise temsil ilişkisinden söz edilemez. Ayrıca temsilcinin yaptığı hukuki işlemden dolayı bir hak elde etmesi veya borç altına girmesi söz konusu değildir⁵⁷. Finansal kiralama sözleşmesinde kiracı, kiraya verenin sahip olduğu hakları kullanırken kiraya verenin bir temsilcisi olmaktan ziyade adeta sözleşmenin tarafı gibi kendi menfaatini düşünerek hareket eder. Kullandığı haklar da kiraya verenden ziyade kiracının haklarını ve borçlarını daha çok etkiler. Bu nedenle finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin kiracıya verdiği yetkinin doğrudan temsil olarak açıklanamayacağı görüşündeyiz.

Alacağın temliki, alacaklının, alacağını bir başkasına devretmesi nedeniyle alacaklı tarafında meydana gelen değişikliktir. Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir⁵⁸. Kiraya verenin kiracıya verdiği yetki alacağın temliki kavramı ile açıklanırsa hukuki durum şu şekilde özetlenebilir: Kiraya veren satıcıya karşı sahip olduğu hakları, kiracının finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan hakları kendisine karşı kullanmaması şartıyla devreder. Ancak alacağın temliki kiracının aleyhine durum yaratır. Zira, kiracı sorumsuzluk anlaşması nedeniyle kiraya verene başvuramaz. Satıcının da ödeme güçsüzlüğü durumunda kiracının gideceği başka yol yoktur⁵⁹.

Havale; havale edenin, havale ödeyicisine hesabında bulunan havale bedelini ödeme yetkisi verdiği, havale alıcısına da bu ödemeyi kabul etme yetkisi verdiği bir hukuki işlemdir⁶⁰. Kiraya verenin kiracıya verdiği yetki

56 Altop, s. 155-156; Yıldız, s. 63.

57 Kılıçoğlu, s. 235-244.

58 Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 240-241; Fikret Eren/Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 2890; Kılıçoğlu, s. 795; Eren, Borçlar Genel, s. 1252.

59 Köteli, s. 191; Topuz, s. 335.

60 Serozan, Borçlar Genel, s. 46; Kılıçoğlu, s. 619; Eren, Borçlar Özel, s. 919.

havale olarak açıklandığı takdirde kiraya veren havale eden, kiracı ise havale alıcısı konumundadır. Kiracı, kiraya verenden kiraya verenin satıcıdan olan alacağını tahsil etme yetkisi alır. Bu havale ile kiraya verenin kiracıya karşı olan sorumluluğu sona erer. Ancak havale ödeyicisi havale alıcısına ödeme yapmazsa havale alıcısı havale edene başvuracak, bu durumda kiraya verenin kiracıya karşı sorumluluğu yeniden gündeme gelecektir⁶¹.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, borç ilişkisinin borçlu ve alacaklı arasında kurulduğu, alacaklının ifanın üçüncü bir kişiye yapılmasını şart koştuğu sözleşmedir⁶². Kiracıya verilen yetki, üçüncü kişi yararına sözleşme görüşü ile açıklanacak olursa satıcı vaadeden, kiraya veren vaadettiren, kiracı ise vaadolunan konumundadır. Kiraya veren ile satıcı satış sözleşmesine kiracının, satıcının garanti yükümlülüğünden yararlanacağı yolunda kiracı lehine hüküm koyabilirler. Kiracı bu hükmü kabul ederse kiraya verenin satıcıya karşı sahip olduğu hakları kullanabilir⁶³. Ancak kiracı satış sözleşmesinin tarafı olmadığından kiracının sözleşmeyi feshetme yetkisi yoktur⁶⁴. Bu durumda kiracı, giderilebilir ayıplar söz konusu olduğunda kiraya verenin sahip olduğu hakları kullanabilir. Maldan faydalanmasını engelleyen veya önemli ölçüde azaltan ayıp söz konusu olduğunda ise sahip olduğu haklar kiracıya bir fayda sağlamaz. Kiracı, yalnızca mevcut durumu kiraya verene haber verecektir⁶⁵. Köteli'ye göre üçüncü kişi yararına sözleşme görüşü finansal kiralama ilişkisinin yapısına uygundur. Malın seçimi, teslim alınması, muayenesinin yapılması aşamalarının kiracı tarafından gerçekleştirilmesi, kiraya verenin bu süreçlere dâhil olmak istememesi de tarafların iradelerinin bu yönde olduğunu göstermektedir. Kiracı, satıcıya karşı başarılı olamaması durumunda kira ilişkisine dayanarak kiraya verene başvurabilir⁶⁶.

Vekâlet sözleşmesi görüşüne göre, finansal kiralama sözleşmesinin akdedilmesi sırasında sözleşmeye konulacak bir hüküm veya ayrıca verilecek bir vekâletname ile kiraya veren ile kiracı arasında vekâlet ilişkisi

61 Köteli, s. 186-188.

62 Eren/Dönmez, s. 2480; Kılıçoğlu, s. 588 vd.; Serozan, Borçlar Genel, s. 46; Eren, Borçlar Genel, s. 1267.

63 Bey El, s. 66 nakleden Köteli, s. 193; Roger Diebold, "Le credit bail, protection efficace contre l'action en recsolution de vente (Une aubaine pour les vendeurs, de biens d'équipements)" Revue de jurisprudence Commercial, Journal des agrées, Paris Mars 1972, s. 75 nakleden Köteli, s. 193.

64 Harichaux-Ramu, s. 45 nakleden Köteli, s. 193.

65 Köteli, s. 193; Yaldız, s. 63.

66 Köteli, s. 194.

meydana gelir. Böylece kiraya veren, dönme ve fesih hakkı da dâhil olmak üzere satıcıya karşı sahip olduğu hakların kullanımını kiracıya bırakır. Kiracı, vekil sıfatıyla kiraya veren adına ve hesabına hareket ederek bu hakları kullanabilir⁶⁷. Temsil yetkisi tek taraflı verilir, kabule bağlı değildir. Oysa kiraya verenin kiracıya yetki vermesine karşılık kiracı da kiraya verene başvuruda bulunmamayı taahhüt eder. Bu nedenle temsil yetkisi verilmesinden ziyade taraflar arasında bir vekâlet ilişkisinin varlığı söz konusudur⁶⁸. Uygulamada çoğunlukla finansal kiralama sözleşmesinde kiracıya kiraya verenin sahip olduğu hakları kullanma yetkisi verilmektedir. Kiraya veren tarafından ileride meydana gelebilecek ayıp durumlarına karşı baştan önlem alınmakta, kiralananın ayıplı olması durumunda kiracının kiraya verene başvuramayacağı, onun yerine kiraya verenin satıcıya karşı sahip olduğu hakları kiracının kullanabileceği kararlaştırılmaktadır. Kanaatimizce kiraya verenin kiracıya verdiği yetkinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Zira bu yetki karşılıklı müzakere ve tarafların kabulü ile verilmektedir. Kiracıya verilen yetkiye karşılık kiracı, kiraya verene başvurmamayı taahhüt etmektedir. Finansal kiralama sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme öngörülmemiş ise ayrı bir sözleşme ile kiracıya kiraya verenin haklarını kullanma yetkisi verilebilir.

III. FİNANSAL KİRALAMADA KİRALANANIN AYIPLI OLMASI NEDENİYLE KİRACININ SATICIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Kiraya veren, kiralananın ayıplı olması nedeniyle satıcıya karşı satış bedelinin indirilmesi, satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi, satılanın onarılması ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarına sahiptir (TBK m. 227). Dolayısıyla kiracı, kiraya verenin yetkilendirmesi ile bu hakları satıcıya karşı kullanabilir. Ancak kiracının bu haklardan hangisini kullanacağına kim karar verecektir? Kiralananın maliki ve sözleşmenin tarafı kiraya verendir. Ancak kiralananın ekonomik mülkiyeti⁶⁹ kiracıdadır. Zira,

67 Topuz, s. 336-337; Köteli, s. 202.

68 Celepcioğlu, s. 103; Yıldız, s. 63.

69 “...Bu tür sözleşmede; finansman şirketi sözleşmeye konu malın hukukî mülkiyetini muhafaza ederken, ekonomik mülkiyet ve zilyedlik, malı teslim alan kiracıya geçmektedir.” Yarg. HGK, E. 2008/21-535, K. 2008/586, 08.10.2008 (UYAP Bilişim Sistemi). “...finansal kiralama ilişkisinde kiracı malın zilyetliğini ve ekonomik mülkiyetini elinde bulundurmakla birlikte malın hukukî maliki sözleşme süresi içerisinde halen kiralayan finansal kiralama şirkettir.” Yarg. 19. HD., E. 2016/15425, K. 2018/5323, 30.10.2018 (UYAP Bilişim Sistemi). Mülga FKK m. 14 gerekçesi: “Finansal kiralama münasebetinde bir yandan malın ekonomik

kiraya veren malı kiracıya “her türlü faydayı sağlamak üzere” devretmektedir⁷⁰. Bir görüşe göre, ayıpsız benzeri ile değişim, onarım ve bedel indrimi haklarının kullanılmasında kiracının iradesine üstünlük tanınmalıdır. Zira, bu hakların kullanılmasının kiraya verene herhangi bir olumsuz etkisi yoktur. Haklı nedenlerin varlığı halinde ve kiracının da menfaati gözetilerek kiraya veren, başka bir seçimlik hakkın kullanılmasını talep edebilir. Kiracıya satış sözleşmesinden dönme yetkisi de verilebilir. Kiracı satış sözleşmesinden döndüğünde finansal kiralama sözleşmesi de sona ereceğinden FFFK m. 33 gereğince toplam kira bedellerinden iade alınacak satış bedeli indirildikten sonra kalan bedel kiraya verene ödenecektir. Bu nedenle kiracının dönme hakkını kullanırken bu sonucu düşünerek hareket etmesi gerekir⁷¹. Bir diğer görüşe göre, dönme hakkı dâhil bütün seçimlik hakların kiracı tarafından kullanılması mümkündür. Ancak finansal kiralama ilişkisinin kendine özgü yapısı ve tarafların çıkarı gözetildiğinde dönme hakkının kiracı ve kiraya verenin ortak iradesi ile kullanılması daha isabetli olacaktır⁷². Bir başka görüşe göre, kiracıya yalnızca aybın giderilmesini isteme hakkı devredilebilir. Diğer hakların kiracıya devri mümkün değildir. Zaten kiraya verenin sahip olduğu diğer haklar devredilse dahi bu haklar kiracıya gerekli güvenceyi sağlamamaktadır. Bu hakların kullanılmasından doğan menfaat doğrudan kiraya verene aittir⁷³. Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, dönme ve indirim isteme hakları

mülkiyetinin kiracıya ait olması öte yandan Finansal kiralama şirketinin mala karşı ilgisinin çoğu kez, bunun sağlanması için ödediği bedelin kendisine geri dönmesi ile sınırlı bulunması karşısında, malın hasar ve ziyana kiracının katlanacağı maddede hükme bağlanmıştır. Hasar ve ziyana katlanmanın ifade ettiği anlam kira bedellerinin, hasar ve ziyana rağmen ödenmesidir. Ancak kiraya verilen malın sigorta ettirilmesi zorunlu olduğundan, hasar ve ziya halinde Finansal kiralama şirketinin hem sigorta tazminatı hem de kira bedellerini almak suretiyle haksız zenginleşmesini önlemek amacıyla, kiracının hasar ve ziyana rağmen kira bedellerini ödeme borcunun, sigorta tazminatı ile karşılanmayan kısmı ile sınırlı olacağı esası getirilmiştir.” FFFK m. 24 gerekçesi: “Madde ile, kiracının malın ekonomik mülkiyetine sahip olarak bundan her türlü yararı elde etme yetkisini haiz kılınması sebebiyle, malın bütün onarım ve bakımının kendisine ait bulunması, öte yandan finansal kiralama şirketinin menfaati gereğince malı itina ile kullanması gerekli görülmüştür.”

70 Zevkliler/Gökyayla, s. 408; Nazhoğlu, s. 11; Kuntalp, Leasing, s. 29-30.

71 Erdem, Ayp, s. 185.

72 Celepçioğlu, s. 103; Köteli, s. 180-181.

73 Siegbert Seeger, Zivilrechtliche und steuerrechtliche Behandlung von Finanz-Leasing-Verträgen über bewegliche Sachen, Berlin 1972, s. 50-63 nakleden Altöp, s. 163.

alacak hakkı niteliğinde olduğundan bu hakların kiracıya devri mümkündür⁷⁴. Son görüşe göre, kiraya verenin sahip olduğu hakların tamamı kiracıya devredilebilir ve kiracı dönme dâhil bu hakların tamamını gerekçesiz olmamak ve hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemek kaydıyla kullanabilir⁷⁵.

Uygulamada hakların kiracıya devri yerine bu hakların kiracı tarafından kullanılması yönünde kiracıya yetki verildiği görülmekte⁷⁶, özellikle dönme hakkının kullanılması bakımından sözleşmelere kiracının dönme hakkını kullanmadan önce kiraya verenin açık iznini alması gerektiği yönünde şart eklenmektedir⁷⁷. Kanaatimizce hangi seçimlik hakkın kullanılacağına kiracı karar vermeli ve bu konuda artık kiraya verenin söz hakkı olmamalıdır. Aksi takdirde kimin menfaatine ve iradesine üstünlük tanınacağı konusunda çözülmesi güç bir sorun ortaya çıkacaktır. Kiraya veren zaten kiracıya yetki vermekle kiracının iradesini baştan kabul etmiştir. Malın ekonomik mülkiyetine sahip olan kiracının, kiraya verenin de menfaatine olan bir seçenek tercih edeceği muhakkaktır.

Kiracının satıcıya karşı sahip olduğu hakların hukuki niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Bir görüşe göre, bu hakların yenilik doğurucu hak olduklarının kabulü halinde kiraya veren tarafından kiracıya temlik mümkün değildir. Ancak sistem bu hakların temlik esası üzerine kurulmuştur⁷⁸. Doktrinde baskın görüşe göre kiracının sahip olduğu haklar yenilik doğurucu hak niteliğindedir⁷⁹. Bir görüşe göre seçimlik haklar yenilik doğurucu hak değildir. Tarafların anlaşmaları veya mahkemenin yenilik doğurucu bir karar vermesi gerekir⁸⁰.

Kiracının sahip olduğu haklara geçmeden önce TBK m. 227/3'ün satıcıya verdiği yetkiye değinmek gerekir. Buna göre “*Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir*”. Böylece satıcıya, kiracının sahip olduğu hakları kullanmasını önleyecek bir imkân tanınmıştır. Kiracının haklarını kullanmasını kısıtlayan bir diğer düzenleme TBK m. 227/5'te yapılmıştır. Buna göre “*Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın*

74 Eren, Borçlar Özel, s. 472.

75 Altop, s. 166 vd.; Erdem, Sempozyum, s. 19.

76 Eren, Borçlar Özel, s. 472.

77 Köteli, s. 198.

78 Kuntalp, Leasing, s. 82.

79 Yavuz/Acar/Özen, s. 88; Serozan, Borçlar Özel, s. 219 vd.; Eren, Borçlar Özel, s. 334-335; Gümüş, Borçlar Özel, s. 86; Zevkliler/Gökyayla, s. 265.

80 Aral/Ayrancı, s. 143.

ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir". TBK m. 227/3'te "alıcı" dan bahsedilse de, finansal kiralama sözleşmesinde, kiracının satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurması durumunda satıcının muhatabı kiracı olacaktır. Dolayısıyla satıcı, kiracıya malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve kiracının uğradığı zararın tamamını gidererek kiracının seçimlik hakları kullanmasını engelleyebilir. Ayrıca ayıp nedeniyle maldaki değer eksikliği satış bedeline çok yakın ise kiracı, yalnızca sözleşmeden dönme veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir. Bu açıklamalardan sonra kiracının sahip olduğu seçimlik haklar şu başlıklar altında sayılabilir.

A. Satış Bedelinin İndirilmesini İsteme

Kiracı ayıplı mala rağmen sözleşme ilişkisini devam ettirerek ayıp oranında indirim talep edebilir. Kiracının bu talebi satıcıya yönelmesi gerekir. Kiracının satıcıya karşı bu talebi yönelmesi ancak talebinin karşılanmaması halinde kiraya verene başvurması mümkün değildir⁸¹.

Burada indirim satış bedelinden yapılacak ve bedel kiraya verene iade edilecektir. Bu nedenle satış bedelinin indirilmesi durumunda indirim oranında kiracının kira borcu da indirilmelidir⁸². Öğretide ve mahkeme içtihatlarında bedelin indirilmesinde mutlak metod, nisbi metod ve tazminat metodu olmak üzere üç türlü hesaplama yöntemi kabul edilmiştir. Mutlak metodda önce sözleşme konusunun ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki fark bulunur. Bu fark, malın kararlaştırılan bedelinden indirilir. Tazminat metodunda, malın ayıplı değeri ile satış bedeli arasındaki fark satış bedelinden indirilir. Böylece alıcı yalnızca ayıplı malın değerini ödemiş olur. Nisbi metodda ise malın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki nesnel oran bulunur. Satış parasına bu oran uygulanarak indirim miktarı hesaplanır. Doktrinde baskın görüşe göre indirimin hesaplanmasında nisbi metod uygulanmalıdır⁸³. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁸⁴. Kanaatimizce de

81 **Köteli**, s. 181.

82 **Kuntalp**, Leasing, s. 81; **Nazhoğlu**, s. 163; **Erdem**, Sempozyum, s. 19.

83 **Eren**, Borçlar Özel, s. 338; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 225-226; **Edis**, s. 124; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 102; **Nazhoğlu**, s. 163; **Acar**, s. 199; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 106; **Aral/Ayrancı**, s. 291-292. TBK m. 307'de "kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim" yapılacağı vurgulanarak nisbi metod, yasal bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 338; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 234.

84 "...Ayıp ve kusurlu imalatlar nedeni ile satış bedelinden indirilecek miktarın tespitinde, doktrinde, "mutlak metod", "nisbi metod" ve "tazminat metodu" adıyla bilinen değişik görüşler mevcutsa da, gerek Dairemiz gerekse Yargıtay tarafından öteden beri uygulanan "nispi metod" olarak adlandırılan hesaplama yöntemi

finansal kiralama sözleşmesinde indirim miktarı nisbi metod ile hesaplanmalıdır. Zira malın rayiç değerinin altında veya üstünde satılması halinde, mutlak metotta ve tazminat metodunda düşük veya yüksek miktarların hesaplanması mümkündür. Nisbi metotta ise oranlama yapıldığından hakkaniyete daha uygun sonuçlar elde edilir. Nisbi metod sonucu bulunan oran hem satış bedeline hem de kira bedeline uygulanarak satış bedelinde ve kira bedelinde yapılacak indirim hesaplanır.

B. Satılanın Ayıpsız Benzeri ile Değiştirilmesini İsteme

818 sayılı BK'dan farklı olarak 6098 sayılı TBK'da alıcının değiştirme hakkını kullanabilmesi için satış konusunun çeşit borcu olması şart değildir. Kiracı bu hakkı çeşit ve parça borçlarında kullanabilir⁸⁵. Ancak TBK m. 227/1-4'te alıcının "imkân varsa" bu hakkı kullanabileceği düzenlenmiştir. İşin niteliği izin verdiği ölçüde kiracı parça borcunda da ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkını kullanabilir⁸⁶. Bu hak aynen ifa talebinin devamı niteliğindedir. Parça satışlarında ürünün aynı marka ve model olması gerekmediği, dürüstlük kuralına göre alıcının kabulünü haklı kılabilecek bir ürünün teklifinin yeterli olduğu ileri sürülse de⁸⁷ kanaatimizce finansal kiralama sözleşmelerinde sözleşme konusu olan ürünün niteliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Sözleşme konusunun bir uçak, gemi veya inşaat makinesi olması durumunda ürünün niteliğindeki küçük bir farklılık bile alıcının o maldan elde etmeyi umduğu faydayı ciddi ölçüde azaltabilir. Örneğin; kiraya verenin bir benzeri diyerek kiracıya verdiği bir iş makinesinin performansındaki az da olsa düşüklük, çalışma mekanizmasındaki farklılık kiracının ticari menfaatini büyük oranda etkileyebilir. Günümüz ticari dünyasında maksimum fayda ve performans hedefleyen şirketler yönünden bu tür farklılıklar sözleşmenin yapılmasındaki temel saik olabilir. Bu nedenle finansal kiralama sözleşmelerinde

benimsenmektedir. Bu metoda göre; satış tarihi itibarıyla satılanın, ayıpsız ve ayıplı değerleri arasındaki oranın, satış bedeline yansıma miktarı belirlenmektedir. Başka bir ifade ile satılanın, tarafların kararlaştırdıkları satış bedeli gözetilmeksizin, satış tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız rayiç değeri ile, ayıplı haldeki rayiç değeri ayrı ayrı belirlenerek, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oran, satış bedeline uygulanmaktadır..." Yarg. 3. HD., E. 2023/771, K. 2023/2721, 16.10.2023 (UYAP Bilişim Sistemi).

85 Parça borcu, ferdan ve somut olarak belirlenmiş borç olarak; çeşit borcu, genel özellikleri ile soyut olarak belirlenmiş borç olarak tanımlanabilir. Bkz. **Serozan**, Borçlar Genel, s. 69.

86 **Serozan**, Borçlar Özel, s. 227; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 107; **Zevkliler/Gökayla**, s. 131; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 92-93.

87 **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 93.

ayıpsız benzeri ile değiştirme hakkının kullanılması durumunda yeni ürünün, sözleşmede belirlenen ürünle bire bir aynı veya daha üst modeli olması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu hakkın kullanılması ile satıcı malın ayıpsız bir benzerini teslim borcu altına girer. Satıcının teslim borcunu yerine getirmemesi halinde kiracı TBK m. 125 uyarınca ifadan vazgeçerek müspet zararını isteme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanabilir⁸⁸. Sözleşme konusunun değeriindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise kiracı yalnızca sözleşmeden dönme veya ayıpsız bir benzeri ile değiştirme hakkını kullanabilir (TBK m. 227/5).

C. Satılanın Onarılmasını İsteme

Kiracının onarım talebinde bulunabilmesi için onarım, aşırı bir masrafa yol açmamalıdır (TBK m. 227/1-3). Onarımın imkânsız olması veya aşırı masraf gerektirmesi halinde kiracının diğer seçenekleri kullanması gerekir⁸⁹. Finansal kiralama sözleşmesinde sözleşme konusunun uçak, gemi, santral gibi onarılması kimi zaman imkânsız veya aşırı masraf gerektiren bir ürün olması halinde, diğer seçimlik haklar kullanılmalıdır.

Kiracının onarım talebini satıcıya yöneltmesi gerekir. Kiracının satıcıya karşı başarılı olamaması halinde bu talebi kiraya verene yöneltmesi mümkün değildir⁹⁰. Onarım hakkının kullanılmasına rağmen aynı sorun tekrarlanıyorsa kiracının bir başka seçimlik hakkı kullanabileceği kabul edilmelidir⁹¹.

D. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeye konu nesnedeki ayıp ondan istifadeyi imkânsız hale getiriyorsa ve satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi de mümkün değilse kiracı sözleşmeden dönebilir⁹². Kiracının dönme hakkını kullanması halinde durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir (TBK m. 227).

Kiracının satış sözleşmesinden dönmesi, kiraya veren tarafından bu hususta kendisine verilecek bir yetkiye dayanır. Satış sözleşmesinden dönme ile satış bedelinin kiraya verene iadesi gerekir. Burada satıcının yaşayacağı bir ödeme güçsüzlüğünün riski kiracının üzerindedir. Ancak

88 Yavuz/Acar/Özen, s. 107.

89 Yavuz/Acar/Özen, s. 109-110; Zevkliler/Gökyayla, s. 132; Gümüş, Borçlar Özel, s. 93-94.

90 Köteli, s. 181.

91 Zevkliler/Gökyayla, s. 133-134.

92 Köteli, s. 181.

kiracının sözleşmenin yapılması, malın seçilmesi, ayıp kontrollerinin yapılması aşamalarında bir özensizliği yoksa, gizli ayıp söz konusu ise vekilin özensizliğinden söz edilemeyeceğinden satıcının ödeme güçsüzlüğünü kiracıya yüklemek mümkün değildir⁹³.

Satış sözleşmesinden dönülmesi durumunda finansal kiralama sözleşmesinin akıbetine ilişkin üç görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, satış sözleşmesinden dönülmesi durumunda kiracının finansal kiralama sözleşmesini feshetme hakkı doğar⁹⁴. İkinci görüşe göre, işlem temeli çöktüğünden finansal kiralama sözleşmesi de geçmişe etkili olarak sona erer⁹⁵. Son görüşe göre ise, satış sözleşmesi geçersiz kalırsa tarafların kusurunun da bulunmaması şartıyla kusursuz imkânsızlık nedeniyle tarafların borcu sona erer (TBK m. 136)⁹⁶. Zira satış sözleşmesi ve finansal kiralama sözleşmesi bağımsız birer sözleşme olsalar da ancak birlikte bir anlam ifade ederler. Bu durumda kiraya veren satış bedelini satıcıdan geri alır ve kiralanan satıcıya iade edilir. Biz de son görüşün isabetli olduğunu düşünüyoruz. Satıcı, kiraya veren ve kiracı arasında oluşan ilişkinin temel amacı, kiracının ihtiyaç duyduğu malın temin edilmesidir. Bu malın teminine ilişkin satış sözleşmesinden dönülmesi halinde finansal kiralama ilişkisinin ayakta tutulması mümkün değildir. Zira, finansal kiralamaya konu olacak olan mal temin edilememiştir. Bu nedenle kiraya verenin kusurunun bulunmaması şartıyla kusursuz imkânsızlık nedeniyle borcunun sona erdiği kabul edilmelidir.

Alman Yüksek Mahkemesi, satıcının temsilcisinin ürünün niteliği konusunda kiracıyı aldatması durumunda kiracının kiraya verenden alacağı yetki ile satış sözleşmesinden dönebileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, satış sözleşmesinden dönülmesi halinde finansal kiralama sözleşmesinin işlem temelinden yoksun kalacağını ve “co ipso” sona ereceğini kabul etmiştir⁹⁷.

Paris Ticaret Mahkemesi 19 Mayıs 1970 tarihinde kiracının taraf olmadığı satış sözleşmesini feshedemeyeceğine ancak bu sonucun kiracı yönünden ağır sonuçlar doğuracak olması nedeniyle kiracının genel hukuk kuralları çerçevesinde korunması gerektiğine, kiraya verenin sorumsuzluk

93 **Köteli**, s. 202.

94 **Topuz**, s. 498.

95 **Erdem**, Ayıp, s. 185.

96 **Altop**, s. 165-167.

97 “Alman Federal Mahkemesi”, <https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Service/Contact/AllgemeineAnfrage/>, E.T. 15.11.2024.

kaydı bulunsa bile kiracının kiralananın tahsis amacına uygun kullanılması imkânsız olduğunu ileri sürerek finansal kiralama sözleşmesini feshedebileceğine karar vermiştir⁹⁸.

Kiracının dönme hakkını kullanması durumunda kiraya verenin onayının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kiracı ve kiraya veren dönme hakkını birlikte kullanmalıdırlar⁹⁹. Bir başka görüşe göre dönme hakkının kiracıya devri mümkün değildir¹⁰⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre kiralananın önemli ayıplı olması halinde kiracı, kiraya verenden alacağı yetki ile satış sözleşmesinden dönebilmelidir. Kiracının dönme yetkisini kullanması kiraya verenin de yararına¹⁰¹. Ancak kiracı dönmenin sonuçlarına katlanarak sözleşmenin sonuna kadar olan bedelleri ödemek zorunda kalır¹⁰². Kiraya veren sözleşmeye konu malı üçüncü kişiye satarsa satış bedeli, vadesi gelmemiş kira bedellerinden ve varsa kiraya verenin bunu aşan zararından düşük ise aradaki fark kiracı tarafından kiraya verene ödenir. Satış sonucu elde edilen bedel, vadesi gelmemiş kira bedellerinden ve varsa kiraya verenin bunu aşan zararından yüksek ise aradaki fark kiraya veren tarafından kiracıya ödenir. Malın yeniden finansal kiralamaya konu edilmesi halinde de aynı hükümler geçerlidir (FFFK m. 31).

E. Uğranılan Zararın Tazminini İsteme

Kiralananın ayıplı olması nedeniyle kiracının sahip olduğu diğer mallar zarar görebileceği gibi kiracı, kazanç kaybına da uğramış olabilir. Diğer seçimlik haklarda kiracı, kiraya verenden aldığı yetki ile ve onu temsilen satıcıdan talepte bulunmakla birlikte kiracının ayıp nedeniyle uğramış olduğu zararı talep edebilmesi için kiraya verenden yetki almasına gerek yoktur. Zarar gören doğrudan kendisi olduğu için kiracı, satıcıdan uğradığı zararı talep edebilir¹⁰³. Kiracı zarar talebini diğer seçimlik haklarla

98 Paris Ticaret Mahkemesi kararı JCP. 1971, II 16766. (Köteli, s. 175-176).

99 Celepçioğlu, s. 103.

100 Altop, s. 163.

101 Köteli, s. 197; Eker, s. 118.

102 Erdem, Sempozyum, s. 19.

103 Altop, s. 35. Yargıtay önünde görülen bir uyuşmazlıkta kiracı ayıptan dolayı uğradığı zararı satıcıdan talep etmiş, satıcı, "...davacı ile davalı arasında hukuki bir ilişki bulunmadığını, davacının finansal kiralama yoluyla kiraladığı makineden doğan zararını müvekkilinden değil Yapı Kredi Finansal Kiralama Şirketine talep etmesi gerektiğini..." ileri sürmüştü ise de Yargıtay kiracının uğradığı zararı satıcıdan talep edebileceğine karar vermiştir. Yarg. 19 HD., E. 2014/3770, K. 2014/9261, 15.05.2014 (UYAP Bilişim Sistemi).

birlikte kullanabileceği gibi yalnızca zararının giderilmesini de isteyebilir¹⁰⁴. Kiracının uğradığı zararı satıcıdan isteyebilmesinin hukuki dayanağı kiraya verenin kiracıya devrettiği talep haklarıdır. Kiraya verenin satıcıya karşı sahip olduğu ve kiracıya devrettiği bu hakların kiracının şahsi zararlarının tazminini de içerdiği kabul edilmelidir. Zira ayıplı ifa durumuna ilişkin sözleşmede herhangi bir hüküm öngörülmemiş olsaydı kiraya veren ayıplı ifadan dolayı kiracının uğradığı zarardan sorumlu olacaktı. Kiracının zararını karşılayan kiraya veren, satıcıdan satış sözleşmesine dayanarak ödediği bedeli talep edebilecekti. Bu durumda kiraya verenin kendi sorumluluğunun kaldırılması karşılığında kiracıya devrettiği hakların kiracının şahsi zararlarının tazminini de kapsadığı kabul edilmelidir¹⁰⁵.

Yargıtay'ın uygulamasına göre satıcının kiracıya karşı sorumluluğunda kiracıya verilen yetkinin niteliğine bakmak gerekir. Kiracıya kiraya verenin talep ve dava hakkı devredilmişse kiracı, kiraya verenin kullanabileceği hakları satıcıdan talep edebilir. Kiracı, kiraya verenin temsilcisi olarak tayin edilmişse ayıptan sorumluluğa ilişkin hakları kullanmanın yanında kişisel zararını satıcıdan isteyebilir. Kiracıya kiraya verenin talep ve dava hakkı devredilmişse kiracı, kâr mahrumiyetini satıcıdan talep edemez¹⁰⁶. Yargıtay aynı kararda kiracının, satıcıdan uğradığı zararın tazminini istediği takdirde finansal kiralama sözleşmesinin feshini isteyemeyeceğine hükmetmiştir. Malın ayıplı olması nedeniyle kiraya veren ve satıcıya karşı açılan davada kiracı, sözleşmenin feshini ve satıcıdan kâr kaybını talep etmiştir. İlk derece mahkemesince bilirkişi raporu doğrultusunda makinede gizli ayıp bulunduğu, malın ayıplı olması durumunda sözleşmeyle ayıba ilişkin hakların kullanılması konusunda davacıya yetki verildiği, ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında talep ve dava hakkının davacı tarafından satıcı davalıya karşı ileri sürülebileceği, satış sözleşmesinin feshi halinde finansal kiralama sözleşmesinin konusuz kalacağı gerekçesiyle davanın kabulüne finansal kiralama sözleşmesinin feshine ve kazanç kaybına karar verilmiştir. Yargıtay “*Finansal Kiralama Sözleşmesinin son sayfasında yer alan “Kiralananın kiralayan adına satıcıdan kiracı tarafından teslim alınmasına ilişkin” yetki belgesi başlıklı bölümde, kiralanan malda kısmen ve tamamen bozukluk, hasar, hata ve/veya kusur*

104 Zevkliler/Gökyayla, s. 135.

105 Altop, s. 38-39.

106 “...Finansal kiralama şirketi talep ve dava hakkını kiracıya devretmişse, kiracı sadece finansal kiralama şirketinin kullanabileceği hakları satıcıdan talep edebilir. Bu durumda, kar mahrumiyetini satıcıdan talep etmesi mümkün değildir.” Yarg. 19. HD., E. 2011/8032, K. 2012/2054 14.02.2012 (UYAP Bilişim Sistemi). Aksi görüş için bkz. Nazhoğlu, s. 162.

olduğu durumlarda kiracının gerekli ihbar, bildirim ve ihtarları yapma yetkisi bulunduğu belirtilmiştir. Davacı kiracı, sözleşmenin bu hükmüne dayanarak satıcıdan uğradığı zararın tazminini talep ettiğine göre, davalı leasing veren şirkete karşı, ayıplı mal satışından dolayı leasing sözleşmesinin feshini talep edemeyeceğinin düşünülmemesi isabetli değildir” gerekçesiyle kararı bozmuştur. Söz konusu davada davacının kâr mahrumiyeti talebi müspet zarara ilişkindir. Müspet zarar, borçlu borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı alacaklının bulunacağı ekonomik durum ile ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle bulunduğu ekonomik durum arasındaki farktır. Bir başka anlatımla müspet zarar sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardır¹⁰⁷. Menfi zarar, alacaklının sözleşmeye duyduğu güven nedeniyle uğradığı, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacağı zarardır¹⁰⁸. Kiracının sözleşmenin feshini talep etmesi durumunda talep edebileceği zarar menfi zarardır. Karara konu olayda kiracının hem sözleşmenin feshini talep etmesi hem de sözleşmeye dayanarak uğradığı kâr kaybını talep etmesi nedeniyle kanaatimizce Yargıtay’ın kararı yerindedir¹⁰⁹.

SONUÇ

Finansal kiralama sözleşmelerinde uygulamada çoğunlukla sözleşme konusu mal bir satıcıdan temin edilmektedir. FFFK m. 24/6’da açıkça belirtildiği üzere kiralananın bir satıcıdan temin edilmesi durumunda kiralalandaki ayıplardan kiraya veren sorumlu değildir. Kiracı, satış sözleşme-

107 M. Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024, s. 497; Haluk **Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 426-427 (Mesuliyet); **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 855; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s. 1117 (Borçlar Genel); **Acar**, s. 243; **İnceoğlu**, Ayıp, s. 82.

108 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 969; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 427; **Oğuzman/Öz**, s. 536; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1124; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 729; Mehmet Serkan **Ergüne**, Olumsuz Zarar, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008, s. 38.

109 “Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. Burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır. Başka bir anlatımla, genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder.” Yarg. HGK., E. 2021/(15)6-874, K. 2023/118, 22.02.2023 (UYAP Bilişim Sistemi).

sinin tarafı olmadığı için satıcıya başvuramaz. Ayıptan sorumluluğu bulunmayan kiraya verene de başvuramaz. Bu durumda kiracının satış sözleşmesine dayanarak satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurması gerekir. Kiracının bu yola başvurabilmesi için kiraya verenden yetki alması gerekir. Yargıtay'ın da yerleşik uygulaması bu yöndedir. Kiracıya verilen bu yetkinin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu yetkinin vekâlet niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Kiracı, kiraya verenden alacağı yetki ile kiraya verenin satıcıya karşı ileri sürebileceği haklar olan bedel indirimi, ayıpsız bir benzeri ile değiştirme, onarım ve sözleşmeden dönme haklarını kullanabilir. Kiracının ayıptan dolayı uğradığı zararı talep edebilmesi için ise kiraya verenden yetki almasına gerek yoktur. Bu talebini doğrudan satıcıya iletebilir. Kiracının dönme hakkını kullanması halinde finansal kiralama sözleşmesinin de sona erdiği kabul edilmelidir. Zira, bu iki sözleşme birlikte bir anlam ifade ederler.

Uygulamada finansal kiralama sözleşmelerinde mal çoğunlukla bir satıcıdan temin edilmektedir. Kiracı finansal kiralama sürecinde çoğunlukla finansal kiralama şirketi ile muhatap olduğundan kiralananın ayıplı olması halinde başvurduğu ilk kişi kiraya veren olmaktadır. Ancak FFFK m. 24/6'nın açık hükmü uyarınca kiraya verenin bu durumda bir sorumluluğu bulunmadığından açılan davalar husumet yokluğu nedeniyle reddedilmekte, bu durum yargısal iş yükünü artırdığı gibi emek ve zaman kaybına da neden olmaktadır. Bunun önüne geçmek için satıcının ayıptan sorumluluğuna, kiracının satıcıya karşı hangi hakları kullanabileceğine, kiracının dönme hakkını kullanması durumunda finansal kiralama sözleşmesinin akıbetine ilişkin olarak FFFK'da düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
Altop, Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990.

Aral, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Bey El, Mohtar, Du transfert, de la garantie du vendeur au locataire dans les conventions de credit bail, ou reflexion surl'arret de la courd d'AGEN du 15 Fevrier 1969 Revue de Jurisprudence Commerciale, Journal des agrees Paris, Fevrier 1973.

Celepçioğlu, Gürkan, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiracının Hakları ve Borçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2011.

Çabri, Sezer, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Adalet Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2023 (Ayıptan Sorumluluk).

Çabri, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2010 (Konut Finansmanı).

Çabri, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2021 (Tüketici).

Çetiner, Bilgehan, "6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 13, 2013, s. 65-92.

Demiröz Ayrancı, Hacer, Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiracının Hak ve Borçları, Konya Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 225-266.

Develioğlu, H. Murat, "Finansal Kiralama Sözleşmesinin Konusu ve Şekli İle İlgili Bazı Düşünceler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 459-480.

Diebold, Roger, "Le credit bail, protection efficace contre l'action en recsolutio de vente (Une aubaine pour les vendeurs, de biens d'equipements)" Revue de jurisprudence Commercial, Journal des agrées, Paris Mars 1972.

Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekkeffül Borcu, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.

Eker, Ece Ayça, "Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiralayanın Ayıptan Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 2019/6, 2019, s. 105-124.

Erdem, Mehmet, “6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, ve Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2017/1, 2017, s. 175-190 (Ayıp).

Erdem, Mehmet, “Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler “(Bankacılık Dışı Finansal Kuruluşlar Hukuk Sempozyumu 2016) s. 17-24 (Sempozyum).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023 (Borçlar Özel).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024 (Borçlar Genel).

Eren, Fikret/**Dönmez**, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008.

Gümü, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023 (Borçlar Özel).

Gümü, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Kira Sözleşmesi).

Harichaux-Ramu, Michele, Le transfert des garanties dans le Credit bail mobilier, Rev.trim.dr.comm. 1978 no.2, Avril Juin.

Hatemi, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

İnceoğlu, Mustafa Murat, Kira Hukuku C. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014 (Kira).

İnceoğlu, Mustafa Murat, “Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 52-88 (Ayıp).

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.

Kocağa, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.

Koç, Mehmet, Finansal Kiralama (Leasing), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Köteli, M. Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991.

Kuntalp, Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988 (Leasing).

Kuntalp, Erden, ‘Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasağının Kapsamı ve Hukuki Niteliği’ Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan C. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 673-688 (Armağan).

Nazhoğlu, Gültekin, Finansal Kiralama Kanunu, 2. Baskı, Sim Matbaacılık, Ankara 1996.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, C. 1, İstanbul 2024.

Polat, Sefa, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları ve Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

Poroy, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

Seeger, Siegbert, Zivilrechtliche und steuerrechtliche Behandlung von Finanz-Leasing-Vertraegen über bewegliche Sachen, Berlin 1972.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019 (Borçlar Özel).

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022 (Borçlar Genel).

Şahiniz, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (C. I/1).

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (C. I/2).

Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Mesuliyet).

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Topuz, Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yargıtay ve BAM Kararları ile Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.

Tuncay, Ahmet/**Deynekli**, Adnan, Yargıtay Kararları Işığında Finansal Kiralama Sözleşmesi, Bilge Yayınevi, Ankara 2019.

Ülgen, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Aslan/**Nomer Ertan**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.

Yaldız, Hacer, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiraya Veren Ayıplardan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2019.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Fikret/**Özen**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2024.

Yavuz, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım Yayım, İstanbul 1989.

Yılmaz, Güneş, “Leasing-Finansal Kiralamada Mevcut Durum ve Değişiklikler”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 41-42, 2008, s. 140-158.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

İnternet Kaynakları

Alman “Alman Federal Mahkemesi”, <https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Service/Contact/AllgemeineAnfrage/>, E.T. 15.11.2024.

Mahkeme Kararları

Yarg. 3. HD., E. 2021/5689, K. 2022/991, 14.02.2022 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. 3. HD., E. 2023/771, K. 2023/2721, 16.10.2023 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. 11. HD., E. 2020/2806, K. 2021/1856, 01.03.2021 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. 19. HD., E. 2011/8032, K. 2012/2054 14.02.2012 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. 19. HD., E. 2018/1123, K. 2018/6762, 20.12.2018 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. 19. HD., E. 2016/15425, K. 2018/5323 30.10.2018 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. 19 HD., E. 2014/3770, K. 2014/9261, 15.05.2014 (UYAP Bilişim Sistemi).

Yarg. HGK, E. 2008/21-535, K. 2008/586, 08.10.2008 (UYAP Bilişim Sistemi).

Konya BAM. 5. HD., E. 2019/221, K. 2019/248, 11.04.2019 (UYAP Bilişim Sistemi).

Paris Ticaret Mahkemesi kararı JCP. 1971, II 16766. (**Köteli** (n 3) 175-176).