

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt 10, Sayı 2, Eylül 2025
Vol. 10, No. 2, September 2025

İstanbul
Eylül 2025

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

“İMHFD” abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.



Copyright © 2025

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Medeniyet University Faculty of Law. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Sahibi

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi adına*
Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK

Editör

Doç. Dr. Alper IŞIK

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Melike ERGÜN TOPCU
Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ
Arş. Gör. Ahmet Burak ALGÜN
Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ
Arş. Gör. Damla USTAOĞLU

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeniyet Law Review Publisher

*On behalf of Istanbul Medeniyet University
Faculty of Law*
Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK

Editor

Assoc. Prof. Dr. Alper IŞIK

Responsible Manager

Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

Editor Assistants

Res. Asst. Dr. Melike ERGÜN TOPCU
Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ
Res. Asst. Ahmet Burak ALGÜN
Res. Asst. Kadirhan MAVİŞ
Res. Asst. Damla USTAOĞLU

Editorial Board

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Ticaret University Faculty of Law

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul University

Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara University Faculty of Law

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler University

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk University Faculty of Law

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli University

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Dil Editörleri*İngilizce*

Prof. Dr. Fena İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

Almanca

Dr. Öğr. Üyesi Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

Fransızca

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

Language Editors*English*

Prof. Dr. Fena İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

German

Asst. Prof. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

French

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

Yayımcının Adı

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Name of Publishing Company

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Basımcının Adı

Renk Matbaası

Printed by

Renk Matbaası

Yönetim Yeri

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Place of Management

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Yayın Türü

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

Type of Publication

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBİM TR Index Legal Database.

ISSN: 2757-7082**Basım Tarihi: Eylül 2025**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah. Ünalın Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

E-mail: hukukdergi@medeniyet.edu.tr**URL:** <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>**DergiPark:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd>

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman EREN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan TUĞ	<i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.</i>
Prof. Dr. A. Hamdi TOPAL	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet KOÇ	<i>İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali GÜZEL	<i>Kadir Has Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali PASLI	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY	<i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Arslan KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	<i>Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Celal ERBAY	<i>İstanbul Yeniüyütl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cem BAYGIN	<i>Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. C. İlhan GÜNEY	<i>Hasan Kalyoncu Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Emre ESEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	<i>MEF Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fuat BAYRAM	<i>Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Füsün NOMER ERTAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil AKKANAT	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil KALABALIK	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	<i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan HACAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. Nuri YAŞAR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	<i>Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İsmail KAYAR	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Levent AKIN	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KABAKÇI	<i>İstanbul Teknik Üniversitesi</i>

Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Akif AYDIN	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Deniz YENER	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet AKMAN	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	<i>Yeditepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK	<i>Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Zeki AYDIN	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Melikşah YASİN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat BALCI	<i>Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat YAVAŞ	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ALP	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. N. Binnur TULUKCU	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY	<i>İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nihat BULUT	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rauf KARASU	<i>Hacettepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Saim OCAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şafak NARBAY	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şahin AKINCI	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Tankut CENTEL	<i>Koç Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ümit GEZDER	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yavuz ATAR	<i>İbn Haldun Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Zekeriyya ARI	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>

YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime ve 800-1000 kelime arasında hazırlanmış Extended Summary eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - a. **Kitap atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

ŞANLI, s. 24.
 - b. **Makale atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m.448-460)” **MÜHF-HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

TOPUZ, s. 298.

c. Elektronik kaynakların atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

GÖZLER, s. 8.

d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

f. Mahkeme kararı: Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).

g. T.C. Resmi Gazete: RG. 02.01.2019, S. 30643.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words and 800-1000 words extended summary shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the tittle of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with the Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

WRIGHT, p. 298.
 - c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**

LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany",
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

bb. For following footnotes of the same work:

LORCHER, p. 9.

- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**

CHEMERINSKY, **Constitutional Law...**, p. 76.

CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.

- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**

aa. For the first footnote:

MILLER, Angharad / OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25.

Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

bb. For following footnotes of the same work:

MILLER / OATS, s. 145.

- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.

DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 10, Sayı 2, Eylül 2025

Medeniyet Law Review

Vol. 10, No. 2, September 2025

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Kamu Hukuku / Public Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Bikameralizm Prototipi Olarak Lordlar Kamarası

The House of Lords as a Prototype of Bicameralism

Hüseyin ÖZCAN 453

Araştırma Makalesi / Research Article

Yargılama Sürecinde Hâkim/Heyet Değişikliği Yaşanması: Doğrudan Doğruluk İlkesi Bağlamında Bir Değerlendirme

Changes in the Composition of the Criminal Court During the Trial: An Assessment in the Context of the Principle of Immediacy

Kerim ÇAKIR - İbrahim AKAR 501

Araştırma Makalesi / Research Article

An Assessment on Limitations and Restrictions of the Fundamental Rights in Strasbourg Legal Order

Strasbourg Hukuk Düzeninde Temel Hakların Sınırlanması ve Kısıtlanması Üzerine Bir Değerlendirme

Murat TUMAY 537

Araştırma Makalesi / Research Article

Cinsel Saldırı Suçuna Teşebbüs

Attempt at Offence of Sexual Assault

Ali PEHLİVAN 585

Araştırma Makalesi / Research Article

Osmanlı Devleti ile Yahudi Cemaati Arasındaki Hukuki İlişkiler Hakkında Kısa Bir Değerlendirme

A Brief Assessment of Legal Relations between the Ottoman Empire and the Jewish Community

Ebru KAYABAŞ 631

Araştırma Makalesi / Research Article

Tutuklama Nedenlerinin Kavramsal Temelleri ve Meşruiyeti: Tutuklama Nedenlerinde Teorik Sınırlar ve Normatif - Uygulamada Sapmalar

Conceptual Foundations and Legitimacy of Grounds for Pre - Trial Detention: Theoretical Boundaries, Normative, and Practical Deviations

Erdi YETKİN 679

Araştırma Makalesi / Research Article

1924 Anayasası Döneminde Yürütmenin Olağandışı Düzenleme Yetkisi

Extraordinary Regulatory Power of the Executive Body During the Period of the Constitution of 1924

Muhammed GÖÇGÜN - Batuhan USTABULUT 743

Araştırma Makalesi / Research Article

Zincirleme Suç Kapsamındaki Fiillerin Farklı Ceza Yargılamalarına Konu Olması

Trial of Acts within the Scope of Successive Crime in Different Criminal Proceedings

M. Buhari ÇETİNKAYA 781

Araştırma Makalesi / Research Article

Türkiye’de Anayasa Yapımında Halk Katılımının Rolü

The Role of Public Participation in Constitution-Making in Türkiye

Nurullah GÖRGEN 813

Araştırma Makalesi / Research Article

İkinci Dünya Savaşı Sonrası İnsan Onuru Kavramına Dair Felsefi Yaklaşımlar

Philosophical Approaches to the Concept of Human Dignity After the Second World War

Rıdvan DEĞİRMENCİ 859

Araştırma Makalesi / Research Article

Hukuk-ı Aile Kararnamesi Çerçevesinde Kadın Hakları Tartışmaları

Debates on Women’s Rights within the Framework of the Ottoman Law of Family Rights

Hamza AKBULUT 885

Özel Hukuk / Private Law

Araştırma Makalesi / Research Article

İngiliz Hukukundaki 2023 Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu’na Bir Bakış

An Overview of the Electronic Trade Documents Act 2023 in English Law

Mehmet Çelebi CAN 925

Araştırma Makalesi / Research Article

Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Şahıs Şirketlerinde Sermaye Payı ile Sermaye Şirketinin Senede Bağlanmamış (Çıplak) Paylarının Rehin Edilebilmesi Konusunda Değerlendirme

Evaluation on the Possibility of Liening in Partnership Companies and Uncertified (Bare) Shares of a Capital Company in According to the Movable Pledge Act in Commercial Transaction

Sefer OĞUZ 957

Araştırma Makalesi / Research Article

Right to Privacy in Artificial Intelligence Legislations: Analyzing International Soft Law Frameworks

Yapay Zeka Mevzuatında Mahremiyet Hakkı: Uluslararası Yumuşak Hukuk Çerçevelerinin Analizi

ASM Mahmudul HASAN 995

Araştırma Makalesi / Research Article

İslam Hukukunda Dâr/Ülke Kavramının Tarihsel Gelişimi: Dârüslâm ve Dârülharb Ayrımı Üzerine Eleştirel Bir İnceleme

The Historical Development of the Concept of Dâr in Islamic Law: A Critical Examination of the Dâr al-Islâm and Dâr al-Harb Distinction

Cemal KALKAN 1025

Araştırma Makalesi / Research Article

Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Sınır Ötesi Rekabetin Engellenmesinde Etki Doktrini Üzerine Değerlendirme

Evaluation of the Effects Doctrine in Preventing Cross-Border Competition in the Context of Private International Law

Erman EROĞLU 1053

Araştırma Makalesi / Research Article

Sigorta Hukukunda Akdî Yükümlülükler (TTK m. 1449)

Contractual Obligations in Insurance Law (TCC art. 1449)

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL 1081

Araştırma Makalesi / Research Article

İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Ücret Alacağıın Döviz Cinsinden veya Döviz Endeksli Olarak Kararlaştırılması Yasası

Prohibition of Deciding Wage Arising from the Employment Contract in Foreign Currency or as Indexed to Foreign Currency

Hakan CİNDEMİR 1125

Araştırma Makalesi / Research Article

Borsaya Kote Olmayan Bağlı Nama Yazılı Paylar, Bu Payların Bulunduğu Anonim Şirketlere TMSF'nin Kayyum Olarak Atanması ve Sonrasında Söz Konusu Payların Durumu

Restricted Registered Shares not Listed on the Stock Exchange, The Appointment of the Sdîf as Trustee to the Joint Stock Companies Holding Such Shares, and the Subsequent Status of These Shares

Orhan KUZU 1159

Araştırma Makalesi / Research Article

Sözleşmeyle Eksik Borç Yaratılıp Yaratılamayacağının Hukuki Açından Değerlendirilmesi

A Legal Assessment of Whether Parties May Contractually Establish an Imperfect Obligation

Pelin ÇAVDAR LOKUMCU 1203

Araştırma Makalesi / Research Article

Ekonomik Krizler Karşısında Yeniden Yapılandırma Hukuku: Avrupa Birliği Önleyici Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği Işığında İspanya Örneği

Restructuring Law in the Face of Economic Crises: The Spanish Case in the Light of the European Union Preventive Restructuring Directive

Serkan KAYA 1237

Araştırma Makalesi / Research Article

Hukuki İşlem Teorisi Bağlamında Yapay Zeka Tarafından Gerçekleştirilen İşlemlerde İradenin İsnadı

The Attribution of Will in Transactions Performed by Artificial Intelligence in the Context of Legal Transaction Theory

Şerafettin EKİCİ 1283

Araştırma Makalesi / Research Article

Hukuki Boyutuyla Tıbbi Cihaz Vasfı Taşımayan Giyilebilir Dijital Sağlık Ürünleri

Wearable Digital Health Monitoring Devices That do not Qualify as Medical Devices in the Legal Framework

Tuğçem SEÇER 1321

Araştırma Makalesi / Research Article

Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanmasını Öngören İBK m. 394/II'nin Kökeni

The Origins of Swiss Co Article 394/II: Extending the Provisions on Mandate to Unregulated Contracts for Services

M. Hasanali AKAY 1373

Araştırma Makalesi / Research Article

Dijitalleşen Yargılama Süreci: İsviçre ZPO 2025 Revizyonu ve 6100 Sayılı HMK'da e-Duruşma Uygulamalarının Geleceği

The Digitalization of Judicial Proceedings: The 2025 Revision of the Swiss Civil Procedure and the Future of e-Hearings Under the Turkish Code of Civil Procedure No. 6100

Serpil IŞIK..... 1395

Araştırma Makalesi / Research Article

Roma Hukuku'nda Konaklama Yeri İşletenlerin Receptum Sorumluluğu

The Receptum Liability of Innkeepers in Roman Law

Melih ŞEKER..... 1451

Araştırma Makalesi / Research Article

Karşılaştırmalı Hukukta Geçici Koruma Örnekleri: Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan

Examples of Temporary Protection in Comparative Law: The United States, Germany, and Lebanon

Ahmet Furkan YONDEMİR - Esra YILDIZ ÜSTÜN 1491

Kamu Hukuku

Public Law

Bikameralizm Prototipi Olarak Lordlar Kamarası^(*)

The House of Lords as a Prototype of Bicameralism

Hüseyin ÖZCAN^(**)

Öz:

Çift meclisli sistemler, siyasal ve toplumsal temsili artırıcıları, yasama süreçlerinde denge ve denetimi güçlendirmeleri ve yürütme karşısında dengeleyici bir rol üstlenmeleri nedeniyle önemli anayasal modeller arasında yer almaktadır. Bu sistemlerin en köklü ve prototip örneklerinden biri olan Lordlar Kamarası, tarihsel gelişimi, kurumsal yapısı ve anayasal işlevleriyle dikkat çekmektedir. Lordlar Kamarası, yalnızca bir yasama organı olmanın ötesinde, aynı zamanda çift meclisli sistemlerin evrimini ve günümüz demokrasilerindeki sürdürülebilirliğini ortaya koyan önemli bir örnektir. Bu makale, Lordlar Kamarası'nın tarihsel dönüşümünü ve geçirdiği reformları ayrıntılı şekilde ele alarak, bu kurumun güncel işlevlerini analiz etmektedir. Bu bağlamda makale, genel anlamda çift meclisli sistemleri; Lordlar Kamarası'nın tarihsel gelişimi ve kurumsallaşması, Lordlar Kamarası'nın üye yapısı (özellikle 1999 Lordlar Kamarası Yasası öncesi ve sonrası üye yapısı) ve sosyal ve mesleki yapısındaki değişimler, anayasal düzende üstlendiği görevler ve fonksiyonlar ile bunların zaman içindeki dönüşümü, ayrıca Lordlar Kamarası'nın gelecekteki konumu gibi başlıkları ele alacaktır. Bu çerçevede, Lordlar Kamarası'nın siyasi partilerin aşırı etkisinden görece bağımsız yapısı ve popülist eğilimlere karşı dengeleyici rolü ön plana çıkarılmaktadır. Ayrıca, tek meclisli sistemlerin karşılaştığı temsil sorunu, lider etkisinin yoğunluğu ve denetim eksikliklerine karşı Lordlar Kamarası'nın işlevsel bir alternatif sunduğu vurgulanmaktadır. Sonuç olarak, Lordlar Kamarası'nın kurumsal yapısı ve anayasal rolü, çift meclisli sistemlerin günümüzde de geçerli ve etkili bir model olabileceğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler:

Çift Meclisli Sistemler, Lordlar Kamarası, Birleşik Krallık, Lordlar Kamarasının Üye Yapısı, Lordlar Kamarasının Fonksiyonları.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.06.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1729312

Bu makaleye atıf için: ÖZCAN, Hüseyin, "Bikameralizm Prototipi Olarak Lordlar Kamarası", **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 453-500

^(**) Prof. Dr., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye
E-posta: hozcan@29mayis.edu.tr
Orcid: 0000-0002-9419-3514

Abstract:

Bicameral systems are considered among the important constitutional models due to their ability to enhance political and social representation, strengthen checks and balances in legislative processes, and play a counterbalancing role against the executive. One of the most established and prototypical examples of such systems is the House of Lords, which stands out with its historical development, institutional structure, and constitutional functions. The House of Lords is not only a legislative body but also a significant example demonstrating the evolution of bicameral systems and their sustainability in modern democracies. This article analyzes the current functions of the House of Lords by examining its historical transformation and the reforms it has undergone in detail. In this context, the article will address topics such as: bicameral systems in general; the historical development and institutionalization of the House of Lords; its membership structure (particularly before and after the House of Lords Act 1999) and the changes in its social and professional composition; the roles and functions it undertakes within the constitutional order and their transformation over time; and the potential future position of the House of Lords. Within this framework, the House of Lords' relatively independent structure from the excessive influence of political parties and its balancing role against populist tendencies are emphasized. Additionally, it is underlined that the House of Lords offers a functional alternative to the problems of representation, the dominance of leadership, and the lack of oversight often encountered in unicameral systems. In conclusion, the institutional structure and constitutional role of the House of Lords demonstrate that bicameral systems can still be a valid and effective model today.

Keywords:

Bicameral Systems, House of Lords, United Kingdom, Composition of the House of Lords, Functions of the House of Lords.

Extended Summary:

Bicameralism is a parliamentary model in which legislative power is exercised by two separate chambers. In this system, the legislative function is carried out by two chambers that are either independent of each other or structured in different ways. Bicameral structures are quite common constitutional arrangements today. Indeed, the constitutions of approximately one-third of countries envisage a bicameral parliamentary system.

In bicameral parliaments, the naming of the chambers can vary significantly from one country to another. Some claim that the origins of bicameral parliaments date back to Ancient Greece and Rome. In those classical periods, the system was shaped according to social classes and status groups; thus, dual structures were formed that enabled the participation of different segments of society in the legislative process.

In the modern sense, bicameralism is based on the British parliamentary tradition. Historically, the House of Lords-one of the two chambers of the British Parliament-was initially considered the upper house or the first chamber. However, over time, the balance of power shifted in favor of the House of Commons, and the political influence of the House of Lords gradually diminished. This transformation is not unique to the UK but also reflects broader trends in the democratization process. As of today, the House of Commons is regarded as the primary body in the UK's legislative process.

Bicameral systems are also found in many countries outside the United Kingdom. Although influenced by the British model, the United States has its own bicameral structure. In France, the emergence of a second chamber was shaped by constitutional ruptures following the revolution. In Germany, this structure became an institutional part of the federal system in the form of the Bundesrat after World War II with the establishment of the Federal Republic of Germany.

This article also examines the main methods of forming second chambers. In this context, there are three methods: direct election, indirect election, and appointment. Each will be discussed in

detail. Additionally, the structural characteristics of second chambers will be addressed-such as age limits and term lengths-that distinguish them from the first chambers. The article will also examine functional differences between the chambers.

By presenting the theoretical framework of bicameralism, this article will discuss the emergence, historical development, structural features, and functions of bicameral parliaments in a comparative legal context. The Historical Development and Institutionalization of the House of Lords will be examined in detail to explore the origins of bicameral systems. The House of Lords took shape over a very long period and has evolved into its current form.

The Membership Structure of the House of Lords will be analyzed in depth. Given the many structural changes it has undergone throughout its history, the changes in membership structure must be thoroughly addressed. Since the membership structure of the House of Lords has long been a subject of debate, a distinction will be made between the period before and after the House of Lords Act 1999. Before this Act, there were four main types of membership: Hereditary Peers, Life Peers, Lords Spiritual, and Law Lords.

Each of these will be discussed in detail. Then, the membership structure after the House of Lords Act 1999 will be examined in depth. Particularly, the transformation of the membership structure in light of modern values will be addressed. In this context, the article will explore the Social and Professional Composition of the House of Lords: Diversity, Gender, Representation, and Criticisms.

Next, the Place of the House of Lords in the British Constitutional System: Its Duties and Functions will be discussed. Some of the chamber's powers have been entirely abolished or weakened to the point of being practically unusable through historical reforms and recent changes. These developments will be analyzed in conjunction with reforms. Particularly, the article will detail the House of Lords' three main functions today: Legislation, Government oversight, and Debate.

Finally, the future role of the House of Lords will be analyzed, with a focus on the view that the institution will continue to exist in the near future but may undergo structural transformation through new reforms. In this context, long-standing debates on reform demands concerning the membership structure of the House of Lords will be addressed.

GİRİŞ

Yasama organları genel olarak tek meclisli (unikameral) ve çift meclisli (bikameral) sistemler olmak üzere iki ana yapı altında sınıflandırılmaktadır. Tek meclisli sistemlerde tüm yasama yetkisi tek bir yasama organı tarafından kullanılırken, çift meclisli sistemlerde bu yetki iki ayrı meclis arasında paylaşılır. Çift meclisli sistemler, farklı siyasal ve toplumsal grupların temsiline olanak tanımaları, yasama süreçlerinde denetim mekanizmalarını güçlendirmeleri ve yürütme organı karşısında dengeleyici bir rol üstlenmeleri bakımından önemli bir anayasal model olarak öne çıkmaktadır. Ayrıca bu sistemler, devletin tarihsel gelişim sürecinde oluşmuş olan geleneksel değerleri temsil etme işlevi de görmektedir.

Bikameralizmin tarihsel gelişiminde en dikkat çekici ve etkili örneklerden biri, şüphesiz Birleşik Krallık'taki Lordlar Kamarasıdır. Yüzyıllar boyunca siyasal sistem içerisinde geçirdiği evrim, zaman zaman yaşadığı kurumsal krizlere rağmen varlığını sürdürebilmesi ve değişen koşullara uyum sağlama kapasitesi, Lordlar Kamarası'nı yalnızca Birleşik Krallık açısından değil, aynı zamanda karşılaştırmalı anayasa hukuku literatürü bakımından da önemli bir örnek hâline getirmiştir.

Bu çalışma, "Bikameralizm Prototipi Olarak Lordlar Kamarası" başlığı altında, Lordlar Kamarası'nın tarihsel gelişimi, kurumsal yapısı, anayasal işlevleri ve geçirdiği reform süreçlerini ayrıntılı biçimde incelemeyi amaçlamaktadır. Özellikle son yıllarda gerçekleştirilen reformlara rağmen, Lordlar Kamarası'nın meşruiyeti, üyelik yapısı, işleyiş biçimi ve genel fonksiyonları hâlâ yoğun tartışmalara konu olmaktadır.

Lordlar Kamarası, tarihsel sürekliliği, işlevsel dönüşümü ve anayasal sistem içindeki özgün konumuyla klasik bikameralizmin prototipi olarak değerlendirilmektedir. Kalıtsal soylular, atanmış uzman üyeler, dinî temsilciler ve hukuk alanında yetkin kişilerden oluşan üye yapısıyla, farklı temsil biçimlerini bünyesinde barındırmaktadır. Bununla birlikte, demokratik temsiliyet ve halk egemenliği ilkeleri açısından meşruiyet tartışmalarının da merkezinde yer almaktadır. Bu yönüyle Lordlar Kamarası, hem geleneksel kurumların çağdaş anayasal sistem içindeki yerini analiz etmek hem de çift meclisli yapıların günümüz dünyasında karşı karşıya kaldığı yapısal krizleri ve meşruiyet krizlerini değerlendirmek açısından önemli bir örnek sunmaktadır.

Bu çalışma, öncelikle bikameralizmin teorik çerçevesini ortaya koyarak çift meclisli parlamentoların ortaya çıkışı, tarihsel gelişimi, yapısal özellikleri ve

işlevlerini karşılaştırmalı hukuk bağlamında ele alacaktır. Ardından Birleşik Krallık'taki Lordlar Kamarası ayrıntılı biçimde incelenecek; bu bağlamda, Lordlar Kamarası'nın tarihsel gelişimi ve kurumsallaşma süreci, özellikle 1999 Lordlar Kamarası Yasası öncesi ve sonrası döneme odaklanılarak değerlendirilecektir. Takip eden bölümlerde, Kamaranın anayasal işlevleri ve günümüz koşullarında varlığını sürdürebilmesinin nedenleri tartışılacaktır. Son olarak, Lordlar Kamarası'nın gelecekteki konumu analiz edilerek, bu kurumun yakın gelecekte varlığını koruyacağı, ancak yeni reformlarla yapısal bir dönüşüm geçirebileceği yönündeki değerlendirmelere yer verilecektir.

I. BİKAMERALİZM

A. Genel Olarak

Bikameralizm, ya da diğer adıyla çift meclisli sistem, yasama yetkisinin iki ayrı meclis tarafından kullanıldığı bir parlamento modelidir. Bu sistemde yasama işlevi, birbirinden bağımsız ya da farklı biçimlerde yapılandırılmış iki meclis tarafından yerine getirilir. Çift meclisli yapılar, günümüzde oldukça yaygın bir anayasal düzenlemedir. Nitekim devletlerin yaklaşık üçte birinin anayasaları, iki meclisli bir parlamento sistemini öngörmektedir. Parlamentolararası Birlik'in güncel verilerine göre, 190 parlamentodan 78'i çift meclisli, 112'si tek meclislidir¹. Bu parlamentoların önemli bir kısmı, Batı tipi demokratik sistemler içerisinde yer almaktadır.

İkinci meclislerin varlığı her zaman tarihsel bir arka plana dayanmak zorunda değildir. Örneğin Norveç'te 2009 yılında, İzlanda'da ise 1991 yılında mevcut tek meclisten ikinci bir meclis türetilmiştir. Siyasal sistemler üzerine yaptığı çalışmalarla tanınan Arend Lijphart, bu gibi örnekleri “bir buçuk meclisli sistem” olarak nitelendirmektedir².

Çift meclisli parlamentolarda, meclislerin adlandırılması ülkeden ülkeye büyük farklılıklar gösterebilir. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri'nde “Temsilciler Meclisi (the House of Representatives)” ve “Senato (the Senate)”, Birleşik Krallık'ta “Avam Kamarası (the House of Commons)” ve “Lordlar Kamara-

¹ Detlef Jahn, *Einführung in die vergleichende Politikwissenschaft* (2. Aufl. 2013, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2013) 80; Peri Uran Murphy, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Yetkin Yayınları 2008) 24; 'Inter-Parliamentary Union, National Parliaments' <<https://www.ipu.org/national-parliaments>> Erişim 17.04.2025.

² Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (2nd edn, Yale University Press 2012) 188.

sı (the House of Lords)", Hollanda'da "Senato (Eerste Kamer)" ve "Temsilciler Meclisi (Tweede Kamer)", İsviçre'de "Ulusal Meclis (Conseil National)" ve "Kantonlar Meclisi (Conseil des États)", Avusturya'da "Ulusal Meclis (Nationalrat)" ve "Federal Konsey (Bundesrat)", İtalya'da "Milletvekilleri Kamarası (Camera dei Deputati)" ve "Cumhuriyet Senatosu (Senato della Repubblica)", Almanya'da ise "Federal Meclis (Bundestag)" ve "Federal Konsey (Bundesrat)" şeklinde adlandırmalar mevcuttur. Genel olarak ikinci meclisler için en yaygın adlandırma "senato"dur⁴. Ancak bu, ülkelerin tercihlerine ve tarihsel-kültürel bağlamlarına göre değişkenlik gösterebilmektedir.

Demokratik temsiliyet açısından değerlendirildiğinde, halkın iradesinin doğrudan yansıdığı ve yasama gücünün esas olarak kullanıldığı meclis çoğu zaman birinci meclistir. Bu nedenle ikinci meclisler, tarihsel bağlamda "üst meclis" olarak adlandırılırsalar da halkın genel iradesini temsil etmedikleri için demokratik temsil anlamında birincil öneme sahip değildirlir⁵. Bununla birlikte, bazı istisnalar da mevcuttur. Örneğin Hollanda'da Birinci Meclis, parlamenter sistemlerdeki tipik ikinci meclis özelliklerini taşımaktadır.

İkinci meclisler genellikle oluşum biçimi, yetki alanı ve işlevleri bakımından birinci meclislerden farklıdır. Ancak bu farklılıklar tek bir modele indirgenemez; zira ikinci meclisler, anayasal sistemin genel yapısına ve siyasi kültürüne bağlı olarak çeşitli biçimlerde yapılandırılabilir ve uyarlanabilir⁶.

B. Tarihsel Gelişimi

İki meclisli parlamentoların kökeni, Antik Yunan ve Roma dönemlerine kadar uzanmaktadır⁷. Bu sistem, söz konusu klasik dönemlerde sosyal sınıflar ve statü gruplarına göre şekillenmiş; böylece farklı kesimlerin yasama süreçlerine katılımını mümkün kılan ikili yapılar ortaya çıkmıştır. Aristoteles; Atina,

³ Öğretide savunulan görüşe göre, Almanya'nın ikinci meclisi olan Bundesrat aslında bir ikinci meclis değildir; Federal Meclis, tek başına "Alman Parlamentosu"dur. Bu itibarla, Alman Parlamentosu çift meclisli bir yapıya sahip değildir. Bu görüşe göre "Federal Konsey", federasyonun bağımsız bir devlet organıdır. Bkz. Stefan Marschall, *Parlamentarismus: eine Einführung* (2nd edn, Nomos 2016) 64.

⁴ Marschall (n 3).

⁵ Hans Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Struktur und Funktion der sogenannten Zweiten Kammer*, Mohr Siebeck (Mohr Siebeck 1958) 23.

⁶ Marschall (n 3).

⁷ ibid; Jahn (n 1) 80; Bunun tam aksine, Arsel, çift meclis sisteminin menşei -diğer bütün esas teşkilat müesseselerinde olduğu gibi- İngiliz siyasi hayatında aramak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İlhan Arsel, 'Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler' (1955) 12 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 59-66.

Sparta, Girit ve Kartaca şehir devletlerinde danışma işlevi gören ve farklı kesimlerden oluşan çoklu meclislerin varlığını vurgulamaktadır⁸. Benzer şekilde, Roma İmparatorluğu'nda da iki meclisli bir sistem gelişmiştir. Roma'nın erken dönem kralları, günümüzdeki ikinci meclis kavramına da isim veren "Senato"yu - yaşlılar konseyini - atamışlardır. Bu kurumun yanında, farklı kabileleri temsil eden *Comitia Curiata* adlı ikinci bir danışma organı da mevcuttu⁹.

Modern anlamda bikameralizm ise İngiliz parlamenter geleneğine dayanmaktadır¹⁰. Tarihsel süreçte, İngiliz Parlamentosu'nun iki kanadından biri olan Lordlar Kamarası, başlangıçta "üst meclis" ya da "birinci meclis" olarak kabul edilmekteydi. Ancak zamanla, güç dengesi Avam Kamarası lehine değişmiş, Lordlar Kamarası'nın siyasal etkisi giderek azalmıştır. Bu dönüşüm, yalnızca İngiltere'ye özgü bir gelişme değil, aynı zamanda demokratikleşme sürecinin genel eğilimlerinden biridir. Bugün itibarıyla, Avam Kamarası Birleşik Krallık'taki yasama sürecinin asli organı olarak kabul edilmektedir.

İngiliz modelinden etkilenmekle birlikte, kendine özgü demokratik temeller üzerine kurulan Amerika Birleşik Devletleri sisteminde ise iki meclisli yapı anayasal düzeyde en başından itibaren öngörülmüştür. 1787 tarihli Amerikan Anayasası, Temsilciler Meclisi ve Senato olmak üzere iki ayrı yasama organını düzenlemiştir. Senato'nun varlığı ve işlevi, Madison, Hamilton ve Jay'in federalist belgelerinde yer alan anayasa yorumlarında gerekçelendirilmiş; bu organın federal devlet yapısı içerisinde eyalet çıkarlarını temsil edeceği belirtilmiştir. Nitekim ABD Senatosu'nun oluşumu, üye seçimi ve yetki alanları, İngiliz Lordlar Kamarası'ndan belirgin biçimde ayrılmaktadır.

Federal sistemlerde ikinci meclis, çoğunlukla federal birimlerin çıkarlarını merkeze taşımayı amaçlar. Bununla birlikte, ikinci meclislerin temsil işlevi yalnızca coğrafi ya da yönetsel birimlerle sınırlı değildir. Bazı sistemlerde, tarihsel ya da sosyolojik nedenlerle belirli sınıf ya da nüfus gruplarının temsilini esas alan yapılar da görülmektedir. İngiliz Lordlar Kamarası, geçirdiği reformlara rağmen, aristokratik bir sınıfın temsiline dayalı özgün bir örnek olmaya devam etmektedir.

Fransa'da ikinci meclisin ortaya çıkışı, devrim sonrası anayasal kırımlarla şekillenen karmaşık bir sürecin ürünüdür. Fransız siyasal tarihinde çift meclisli

⁸ George Tsebelis and Jeannette Money, *Bicameralism* (Cambridge University Press 1997) 17.

⁹ ibid 20.

¹⁰ Marschall (n 3) 64; Jahn (n 1) 81.

yapı, istikrarsız anayasal düzenlemeler arasında ortaya çıkmış ve zamanla kurumsallaşmıştır. Almanya’da ise, İmparatorluk döneminde Reichstag’a karşı bir denge organı olarak işlev gören Reichsrat, Weimar Cumhuriyeti döneminde sürdürülmüş; II. Dünya Savaşı sonrası kurulan Federal Almanya Cumhuriyeti’nde ise bu yapı *Bundesrat* adıyla federal sistemin kurumsal bir parçası haline gelmiştir.

Sonuç olarak, bikameralizm tarihsel bir olgu olarak köklü bir geçmişe sahiptir. Günümüzde birçok ülkede varlığını sürdüren bu sistem, her ülkedeki siyasal ve anayasal dinamiklere bağlı olarak farklı biçimlerde yapılandırılmıştır. İkinci meclislerin yetki, temsil ve meşruiyet yapıları, tarihsel gelişim süreçlerinin bir yansıması olarak büyük çeşitlilik arz etmektedir.

C. İkinci Meclisin Yapısal Özellikleri

İkinci meclislerin oluşumunda başlıca üç yöntem bulunmaktadır: doğrudan seçim, dolaylı seçim ve atama¹¹. Dördüncü bir yöntem olan miras yoluyla üyelik ise, özellikle İngiliz Lordlar Kamarası’nda gerçekleştirilen reformlardan sonra uygulama alanı bulmamaktadır.

Günümüzde ikinci meclislerin çoğunluğu, seçmenler tarafından doğrudan seçimle oluşturulmaktadır¹². Ancak bu seçim süreci, birinci meclislerdeki seçim usullerinden farklılık gösterebilmektedir¹³. Doğrudan seçilen ikinci meclislere örnek olarak İsviçre Eyaletler Konseyi ve Amerika Birleşik Devletleri Senatosu gösterilebilir. ABD’de 1913 yılına kadar senatörler, eyalet parlamentoları tarafından dolaylı yolla seçilmekteydi. Ancak Amerikan Anayasası’nın 17. değişikliği ile birlikte senatörlerin doğrudan halk tarafından seçilmesi kabul edilmiştir¹⁴.

Bazı ikinci meclislerde ise üyeler doğrudan halk tarafından değil, yerel veya eyalet düzeyindeki yasama organları ya da özel seçim kurulları tarafından belirlenmektedir. Bu tür dolaylı seçimlere örnek olarak Hollanda gösterilebilir. Bu ülkede 12 il konseyi, nüfus oranlarına göre oluşturulan bir seçim kurulu

¹¹ Tsebelis and Money (n 8) 46; John Coakley, ‘The Strange Revival of Bicameralism’ (2014) 20 The Journal of Legislative Studies 542, 553.

¹² Tsebelis and Money (n 8) 46; Coakley (n 11) 552.

¹³ Coakley (n 11) 551.

¹⁴ Marschall (n 3) 65; Christoph M Haas, ‘Zweite Kammer Erster Klasse: Der US-Senat’ in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) 25 <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.23/html>> Erişim 17.04.2025.

aracılığıyla ikinci meclis üyelerini belirlemektedir. Benzer bir yöntem Hindistan'da da uygulanmakta; burada ikinci meclis üyeleri, eyalet ve bölge yasama meclisleri tarafından seçilmektedir¹⁵. Kongo, Belarus, Özbekistan, Avusturya ve Fransa gibi ülkelerdeki ikinci meclis üyeleri de dolaylı yollarla seçilmektedir¹⁶.

Üçüncü yöntem olan atama, bazı sistemlerde önemli bir rol oynamaktadır¹⁷. Üyeler; federe devletlerin hükümetleri, hükümet başkanları ya da merkezi bir otorite tarafından atanmaktadır. Örneğin Almanya'daki *Bundesrat* ve Rusya'daki Federasyon Konseyi bu kapsamdadır¹⁸. Birleşik Krallık'ta ise Lordlar Kamarası 1999 yılına kadar büyük ölçüde aristokratik sınıflardan oluşmaktaydı. Günümüzde ise karma nitelikte bir yapı mevcuttur¹⁹. Benzer bir durum İspanyol Senatosu için de geçerlidir. Bu meclis, doğrudan seçilen üyeler ile çeşitli kurullar tarafından dolaylı olarak belirlenen üyelerden oluşan melez bir yapıya sahiptir. İspanya'nın bu modeli, 1961 Anayasası uyarınca oluşturulan Cumhuriyet Senatosu'na benzemektedir. Ancak Cumhuriyet Senatosu, seçilmiş üyeler dışında darbe ile gelen askerî yöneticiler, doğrudan atananlar ve doğal üyelerden oluşan oldukça karmaşık bir yapıya sahipti.

İkinci meclislerin yapısal özelliklerinden biri de yaş sınırıdır. Genellikle alt meclisler için 18 yaş üyelik için yeterli sayılırken, ikinci meclislerde bu sınır çoğu zaman 30 yaş ve üzerindedir. Bu nedenle ikinci meclisler kimi zaman “yaşlılar meclisi” olarak adlandırılmaktadır. Örneğin Afganistan'daki ikinci meclisin resmi adı da bu şekildedir²⁰.

İkinci meclisleri birinci meclislerden ayıran bir diğer özellik ise görev süresidir. Birçok ülkede her iki meclisin görev süresi eşdeğerdir. Ancak bazı sistemlerde, ikinci meclisin görev süresi daha uzun olup; meclisin feshi veya kısmi yenilenme usulleri bakımından farklılık göstermektedir. Örneğin ABD'de her iki yılda bir Senato üyelerinin üçte biri yenilenmektedir. Japonya'da ise Senato'nun yarısı düzenli olarak yenilenmektedir²¹. Bu tür kademeli yenileme uygulamaları, meclisin sürekliliğini sağlamaya yöneliktir.

¹⁵ Coakley (n 11) 562.

¹⁶ Marschall (n 3) 66; Coakley (n 11) 553.

¹⁷ Coakley (n 11) 554; Marschall (n 3) 66.

¹⁸ Coakley (n 11) 554; Marschall (n 3) 66.

¹⁹ Coakley (n 11) 553.

²⁰ ibid 556.

²¹ ibid 557.

Modern anayasa düzenlemeleri, meclislerin işlevsel farklılıklarını da yansıtmaktadır. İkinci meclis doğrudan halk tarafından seçildiğinde, iki meclis arasında meşruiyet bakımından bir “kaynaşma” riski doğabilir. Bu nedenle birçok ülkede farklı seçim usulleri ve temsil yöntemleri benimsenmektedir.

İkinci meclisteki koltuk dağılımı, o meclisin temsil ettiği yapıya göre değişmektedir. Eğer ikinci meclis bölgesel temsil amacı taşıyorsa, bu durumda iki farklı temsil prensibinden biri uygulanmaktadır: senato ilkesi ve federal konsey ilkesi. Senato ilkesi, her bölgenin nüfusuna bakılmaksızın eşit sayıda temsilci ile temsil edilmesini öngörür. ABD, İsviçre, Avustralya ve Rusya bu ilkenin uygulandığı ülkelerdir. Federal konsey ilkesi ise temsilin bölge nüfusuna orantılı olarak belirlendiği sistemleri ifade eder. Almanya, Avusturya ve Belçika bu kategoriye girer. Ancak bu ilke, çoğu zaman gevşek biçimde uygulanır ve tam anlamıyla orantılı temsil nadirdir. Örneğin Belçika Senatosu’nda, Anayasanın 68. maddesine göre senatör sayısı, il nüfuslarına bağlı olarak belirlenmektedir. Bununla birlikte, her eyaletin üç senatör ile temsil edilmesi yönündeki genel kural, orantılı temsile dayalı bu düzeni bir ölçüde sınırlamaktadır²².

İkinci meclislerin yapısı, seçim yöntemleri, temsil esasları ve görev süreleri açısından ülkeden ülkeye önemli farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklar, büyük ölçüde tarihsel, anayasal ve siyasal bağlamların bir sonucudur. Bu nedenle, ikinci meclislerin demokratik sistemlerdeki rolü ve işlevi, ancak bu bağlamlar dikkate alınarak anlamlandırılabilir.

D. İkinci Meclisin İşlevleri

İkinci meclislerin işlevleri, öğretilerde oldukça farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bir görüşe göre, bu işlevler ikinci meclisin kuruluş amacı ile temsil ettiği kesim ya da kurumlara bağlı olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, ikinci meclisler genel olarak iki temel işlev üstlenmektedir. İlki, siyasi karar alma süreçlerine katkı sağlamak; diğeri ise farklı toplumsal grupların ve çıkarların temsiline olanak tanımadır. Bu anlamda ikinci meclisler, parlamentoda alınan kararları alternatif bir perspektiften değerlendirme ve daha rafine hale getirme işlevi görebilirken, aynı zamanda statü gruplarının, bölgesel birimlerin veya etnik unsurların temsiline katkı sunmaktadır²³.

²² Wolfgang Zink, ‘Der Belgische Senat - Institution Unter Denkmalschutz?’ in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) 211 <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.211/html>> Erişim 17.04.2025; Marschall (n 3) 66.

²³ Jahn (n 1) 80.

Buna paralel şekilde, ikinci meclisler toplumsal temsili genişletmek, yerel yönetim birimlerini yansıtmak ya da çoğulcu bir siyasal kültürün ifadesi olarak da işlev görebilir²⁴. Bu türden bir meclis, toplumun yalnızca birinci meclis aracılığıyla temsil edilemeyen sosyal ve siyasal yapılarını kurumsallaştırmak amacıyla oluşturulur. Böylece azınlıkların, belirli çıkar gruplarının veya farklı hassasiyetlerin temsili, yasa yapım sürecinde ya da hükümet işleyişinde daha görünür hale gelir. Dolayısıyla ikinci meclisler, kuruluş gerekçelerine bağlı olarak farklı işlevlere sahiptir.

Başka bir yaklaşıma göre ise, ikinci meclislerin işlevleri federal ve üniter devlet yapıları arasında ciddi farklılıklar göstermektedir. Federal sistemlerde ikinci meclisin temel işlevi bölgesel temsildir. Bu bağlamda, ikinci bir meclisin varlığı açıklama gerektirmeyecek kadar doğal karşılanmaktadır. Buna karşın, üniter devletlerde ikinci meclislerin varlığı, tarihsel olarak Sieyès'in eleştirilerini hatırlatır. Eğer ikinci meclis birinci meclisle aynı temsil ilkelerine dayanıyor ve aynı siyasi güce sahipse, yalnızca bir tekrar niteliği taşır ve gereksiz hale gelir. Buna karşılık, aynı temsili kriterleri taşıyıp siyasi yetkiden yoksunsa, bu durumda da işlevsiz ve yalnızca sembolik bir unsur olarak değerlendirilir. Öte yandan, geleneksel temsil mekanizmalarının dışında konumlanan ikinci meclislerin liberal demokratik anayasalarda anlamlı bir rol üstlenmesi zordur. Ancak bu tür meclisler, sıklıkla birinci meclisin "aşırılıklarını" dengelemek üzere kurulanmışlardır. Nitekim Amerikan *Federalist Bildiriler*'de de vurgulandığı üzere, birinci meclislerin "ani ve şiddetli tutkuların dürtüsüne boyun eğme ve başkaları tarafından baştan çıkarılma" ihtimali karşısında, ikinci meclisler fren-denge mekanizmasının önemli bir parçası olarak tasarlanmıştır²⁵.

İkinci meclislerin işlevlerini daha geniş bir perspektiften ele alan görüşler de mevcuttur. Örneğin Büttiker, 2006 yılındaki konuşmasında ikinci meclislerin altı temel işleve sahip olduğunu ileri sürmüştür: demokratik işlev, yasama işlevi, denetim işlevi, federatif işlev, uluslararası işlev ve söylemsel işlev²⁶. Bu bağlamda ikinci meclisler, sadece yasa yapım sürecine katkı sağlayan organlar değil, aynı zamanda uzun vadeli perspektif sunarak ilk meclisin dar görüşlülüğünü dengeleme görevini üstlenen yapılar olarak da değerlendirilir. Ayrıca bu meclisler, sem-

²⁴ Christoph M. Haas, 'Sein oder nicht sein: Bikameralismus und die Funktion Zweiter Kammern' in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M. Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) 2-17 <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.1/html>> Erişim 17.04.2025.

²⁵ Coakley (n 11) 557.

²⁶ 'The Second Chambers of Parliaments and Their Functions in the 21st Century' <<https://www.parlament.ch/de/reden/Seiten/reden-archiv/reden-2006/rede-buettiker-2006-09-29/Seiten/default.aspx>> Erişim 17.04.2025.

bolik ve bütünleştirici işlevler de görebilir. Walter Bagehot'un ifadesiyle, İngiliz Lordlar Kamarası anayasanın "etkin" değil, "saygın" unsurlarındandır²⁷.

Sonuç olarak, ikinci meclisler yapıları itibarıyla genellikle birinci meclislerin iş yükünü hafifletmek ya da onları tamamlamak amacıyla oluşturulurlar. Bu nedenle, ikinci meclislerin oluşum biçimi çoğu zaman birinci meclislerden farklılık gösterir. Her iki meclisin doğrudan seçimle belirlendiği durumlarda dahi, bu yapısal farklılık korunur. Örneğin ABD'de senatörler, Temsilciler Meclisi üyelerine kıyasla daha uzun bir görev süresine sahiptir ve her eyalet Senato'da, nüfustan bağımsız olarak eşit şekilde temsil edilir.

Bununla birlikte, ikinci meclislerin varlık gerekçesi, birinci meclisler kadar tartışmasız değildir. Yeni Zelanda (1950), Danimarka (1953), İsveç (1971) ve Hırvatistan (2001) gibi ülkelerde, temsilde ya da yetki kullanımında anlamlı bir farklılık yaratmadığı gerekçesiyle ikinci meclisler kaldırılmıştır²⁸. Bununla birlikte, günümüzde bazı anayasal sistemlerde ikinci meclislerin yeniden canlandırıldığı gözlemlense de²⁹, bu organların demokratik sistemler içinde yaygınlaştığı söylenemez³⁰. İkinci meclisler, doğaları gereği tartışmalı kurumlar olmaya devam etmektedir. Nitekim bazı federal devletlerde dahi ikinci meclisin, yani federal temsil organının rolü ciddi şekilde tartışılmaktadır. Yüzyıllardır süregelen bir kurum olan İngiliz Lordlar Kamarası bile, zamanla azalan meşruiyeti nedeniyle radikal reformlara konu olmuştur.

Avrupa'da ise iki meclisli parlamento anlayışı yeni bir "Rönesans" dönemine girmiş görünmektedir. Avrupa Birliği'nde Bakanlar Konseyi ile Avrupa Parlamentosu arasındaki iş bölümü, gelecekte iki meclisli bir yapıya evrilmenin zeminini oluşturabilir. Bu bağlamda, AB'nin kurumsal gelişimi açısından bu tür bir model, çeşitli anayasa modelleri arasında ciddi şekilde tartışılmaktadır³¹.

II. LORDLAR KAMARASI

Birleşik Krallık, parlamenter sisteminde iki meclisli yapıyı benimseyen devletlerden biridir. Bu sistemde, parlamentonun ikinci kanadını oluşturan *House of Lords*, Türkçede Lordlar Kamarası olarak anılmaktadır. İngiliz Parlamen-

²⁷ Marschall (n 3) 67.

²⁸ Suzanne S. Schüttemeyer/Roland Sturm, 'Wozu Zweite Kammern? Zur Repräsentation und Funktionalität Zweiter Kammern in westlichen Demokratien' [1992] Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen 519.

²⁹ Coakley (n 11).

³⁰ Marschall (n 3) 67.

³¹ Marschall (n 3).

tosu'nun uzun ve çalkantılı tarihi, büyük ölçüde yazılı olmayan İngiliz Anayasası ile şekillenmiş; bu süreçte Lordlar Kamarası, zaman içinde kendine özgü, karmaşık ve dikkat çekici bir kurumsal yapıya evrilmiştir³². Bu çalışma, modern parlamenter rejimlerdeki ikinci meclis anlayışının tarihsel kökeni olarak kabul edilen Lordlar Kamarası'nı incelemeyi amaçlamaktadır.

A. Lordlar Kamarasının Tarihsel Gelişimi ve Kurumsallaşması

Lordlar Kamarası'nın kökeni, Magna Carta'dan da önceye, hatta 12. yüzyıldaki oluşumlara kadar uzanmaktadır. Öğretide savunulan yaygın görüşe göre Lordlar Kamarası -diğer adıyla Üst Oda- tarihsel olarak Normanların İngiliz adalarını işgalinden sonraki dönemde kurulan Büyük Konsey'e (Magnum Concilium), hatta Anglo-Sakson dönemindeki Witenagemot'a, yani "bilge adamlar meclisi"ne dayanmaktadır³³.

Anglo-Sakson döneminde Britanya Adaları'ndaki çok sayıda küçük krallığın en yüksek organı Witenagemot idi. Meclisin adı, "bilge adamlar" anlamındaki *Witan* ve "buluşma" anlamındaki *Gemot* sözcüklerinden türetilmiştir³⁴. İlk toplantısını MS 596-605 yılları arasında yapan bu meclis, MS 866 yılından itibaren düzenli olarak Londra'da tatil günlerinde toplanmaya başlamıştır³⁵.

Meclisin üyeleriyle ilgili kesin bir bilgi bulunmamakla birlikte, mevcut kaynaklara göre devlet ve kilise yöneticileri, kral, kral ailesi (özellikle oğulları ve eşi), piskoposlar, kontluk yargıçları ve kralın mülk sahibi, nüfuzlu dostları bu meclise katılmaktaydı. Toplam üye sayısının 50 ile 100 arasında değiştiği tahmin edilmektedir³⁶.

Witenagemot; yasa yapımı, vergi koyma, kamu projeleri, arazi mülkiyeti, silahlı kuvvetler ile barış ve ittifak antlaşmalarının onaylanması gibi konularda danışma organı olarak görev yapmaktaydı. Ayrıca kralın halkın yararına hükmetmediği durumlarda onu tahttan indirme veya yeni kral seçme yetkisine de

³² JM Davies, 'The House of Lords: Britain's Second Chamber in Transition' in Rajya Sabha (ed), *Second Chambers: Bicameralism Today* 230-251.

³³ Severin Strauch, *House of Lords: Geschichte und Stellung des höchsten Gerichts im Vereinigten Königreich* (LIT 2003) 7.

³⁴ Sezen Kama, 'Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161, 166.

³⁵ Strauch (n 33) 7.

³⁶ ibid 8; Nurullah Görgen, 'The Survival Of British Monarchy: Transition From Absolute Monarchy To Constitutional Monarchy' (2024) 28 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 399, 403; Nicholas Baldwin, 'The Membership and Work of the House of Lords' in Brice Dickson and Paul Carmichael (eds), *The House of Lords: its parliamentary and judicial roles* (Hart Publishing 1999) 29.

sahipti³⁷. Meclis aynı zamanda hukuk ve ceza davalarında en yüksek yargı mercii olarak işlev görmektedir³⁸. Ancak ülkenin birleşik olmaması, bölgesel mahkemelerin ve farklı hukuk sistemlerinin varlığı nedeniyle meclisin merkezi yargı yetkileri sınırlı kalmıştır³⁹.

Buna karşın, bazı yazarlara göre Witenagemot'un krala karşı öne sürüldüğü gibi bağımsız ve olağanüstü yetkileri bulunmamaktadır⁴⁰. Bu görüşe göre meclisin görev ve yetkileri, dönemin koşullarına, krallığın gücüne ve kralın iradesine bağlı olarak değişiklik göstermekteydi. Ancak bu farklı yorumlara rağmen Witenagemot'un yasa yapma ve vergi koyma konularında daima belirli haklara sahip olduğu ve dolayısıyla merkezi devlet kurumlarının ve kraliyet danışmanlarının öncüsü olarak kabul edildiği görüşü genel kabul görmektedir⁴¹.

1066 yılında Hastings Savaşı'nda II. Harold'u yenerek İngiltere'yi fetheden Norman Kralı William the Conqueror, Anglosaksonların Witenagemot adlı meclisini lağvetmemiş; aksine, bu meclisi kullanarak kendisini kral olarak ilan ettirmiştir⁴². William'ın İngiltere'ye getirdiği feodal sistem karşılıklı bağımlılık esasına dayanmaktaydı. Bu sistemde vasallar, hayatlarının karşılığında feodal beylerine hizmet etmekle yükümlüydü. Hizmetler sadece askeri ya da malî değil; yönetim ve hukuk alanında danışmanlık şeklinde de olabilmekteydi.

Zamanla vasallar, bu alanlarda söz hakkı talep etmiş ve böylece *Curia Ducis* (Kral Konseyi) adında bir danışma organı ortaya çıkmıştır. Bu kurul, Witenagemot'un yerini alarak onun görev ve yetkilerini devralmıştır. Normanların şiveye dayalı diliyle birlikte *Curia Ducis*, *Curia Regis* (Kral Konseyi) adını almıştır⁴³.

Curia Regis'in toplantılarına dair yer, zaman, görev dağılımı ya da üyelik yapısı net olmamakla birlikte, yapısal ortaklıklar gözlemlenebilir. Kurulun bilinen üyeleri; kral, piskoposlar, vasallar, kraliyet hizmetkârları ve gerektiğinde

³⁷ Strauch (n 33) 9.

³⁸ Julius Hatschek, *Handbuch der mittelalterlichen und neueren Geschichte: Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Victoria* (Georg von Below ed, Oldenbourg Wissenschaftsverlag 1913) 59.

³⁹ Strauch (n 33) 9.

⁴⁰ Strauch (n 33); Kurt Kluxen, *Geschichte Englands: von den Anfängen bis zur Gegenwart* (Kröner 1968) 28; Hatschek (n 38) 59.

⁴¹ Hatschek (n 38) 59; Strauch (n 33) 9.

⁴² Strauch (n 33) 10; İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)* (Doğuş Matbaacılık 1964) 91-92.

⁴³ Kluxen (n 40) 42; Strauch (n 33) 12.

davet edilen sadık takipçilerden oluşmaktaydı⁴⁴. Curia Regis, özellikle dini bayramlarda kralın başkanlığında halka açık müzakereler düzenlemekteydi. Bunun dışında düzenli bir çalışma sistemine sahip değildi. Ancak merkezi yönetim organı olarak devlet gücünü elinde bulundurmaktaydı.

1150 yılından itibaren Curia Regis'in toplantıları yazılı olarak kayıt altına alınmaya başlanmıştır⁴⁵. Bu kurul, yalnızca Lordlar ve Avam Kamaralarının tarihsel temelini oluşturmakla kalmamış, aynı zamanda İngiliz yüksek mahkemelerinin de başlangıç noktasını teşkil etmiştir⁴⁶. Tarihçiler, "parlamento" kavramı ile Curia Regis arasında kesin bir ayrım yapmadıkları için İngiliz tarihinde gerçek anlamda bir parlamentodan ne zaman söz edilebileceği tartışmalıdır. Ancak genel kabul gören görüşe göre, İngiliz Parlamentosu'nun iki kamaralı yapısı olan Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası, 14. yüzyılın sonlarında kurumsallaşmıştır⁴⁷.

Zamanla Curia Regis'ten üç farklı meclis türemiştir: Daimi Konsey (Permanent Council), Büyük Konsey (Great Council ya da Magnum Concilium) ve daha sonraları ortaya çıkan Avam Konseyi (Commune Consilium). Bu konseyler, 1154 yılına kadar Curia Regis'in en yaygın uygulama biçimi olarak kabul edilmiştir⁴⁸.

Daimi Konsey, yani Permanent Council, kralın sürekli danışma organı niteliğindeydi. Bu konsey, kralın en yakın kişisel sırdaşlarından oluşmakta olup,

⁴⁴ Magna Carta'nın tüm metni için bkz:

'The Avalon Project: Magna Carta' <<https://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>> Erişim 21.04.2025.

Bunu, 1215 tarihli Magna Carta'nın dibacesindeki şu düzenlemeden anlamaktayız: "Bilin ki; Tanrı'yı, ruhumuzun, tüm atalarımızın ve mirasçılarımızın kurtuluşunu gözeterek; Tanrı'nın onuruna, kutsal Kilise'nin ilerlemesine ve krallığımızın ıslahına duyduğumuz saygıyla; bizler -saygıdeğer babalarımız Stephen (tüm İngiltere'nin primatı ve kutsal Roma Kilisesi kardinali), Dublin Başpiskoposu Henry, Londralı William, Winchesterlı Peter, Bath ve Glastonburyli Jocelyn, Hugh Lincoln, Worcesterli Walter, Coventryli William, Rochesterli Benedict gibi piskoposlar; efendi Pandulf (alt diyakoz ve Papa'nın hane halkı üyesi); kardeş Aymeric (İngiltere Tapınak Şövalyeleri'nin efendisi); ayrıca şanlı soylular William Marshall (Pembroke Kontu), William (Salisbury Kontu), William (Warrenne Kontu), William (Arundel Kontu), Alan (Galloway'li, İskoçya komutanı), Waren FitzGerold, Peter FitzHerbert, Hubert de Burgh (Poitou Seneschal'i), Hugh de Neville, Matthew FitzHerbert, Thomas Basset, Alan Basset, Philip d'Aubigny, Roppesleyli Robert, John Marshal, John FitzHugh ve diğerleri..."

⁴⁵ Strauch (n 33) 13.

⁴⁶ Bernt Gebauer, 'Das Britische Oberhaus: Aufdem Weg Zu Mehr Demokratie?' in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) 409 <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.23/html>> Erişim 17.04.2025; Strauch (n 33) 17.

⁴⁷ Gebauer (n 46).

⁴⁸ Strauch (n 33) 14; Rudolf von Gneist, *Der Rechtsstaat* (Springer Berlin / Heidelberg 1872) 327.

üyelerinin mutlaka vassal olması gerekmezdi. Üyeler arasında soylular, piskoposlar ve devlet memurları yer almakta, bu kişiler kralı günlük yönetim işlerinde desteklemekte ve aynı zamanda yargı görevini de ifa etmekteydi.

Tüm baronları ve yüksek din adamlarını kapsayacak şekilde genişleyen Büyük Konsey, II. Henry döneminden itibaren Daimi Konsey'in görevlerini üstlenmiştir. Büyük Konsey, kanun koyma ve vergi belirleme yetkisine sahipti. Bu konsey düzenli şekilde toplanmamakla birlikte, yılda üç ila dört kez, dini bayramlar vesilesiyle belirli merkezlerde bir araya gelirdi. Ayrıca en yüksek seyyar (gezici) mahkeme olarak işlev görmektedir. Bu toplantılar sırasında Büyük Konsey, Daimi Konsey'in yetkilerini de devralırdı⁴⁹. Zamanla kral, yalnızca konseyin tavsiyeleriyle ülkeyi yönetmenin yetersiz olduğunu fark etmiş ve gücünü sürdürebilmek adına *Magnum Concilium* ile birlikte yönetme zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁵⁰.

Avam Konseyi (*Commune Consilium*), komünlerin ve sonradan şehirlerin temsilcileriyle genişletilmiş bir Büyük Konsey niteliğindeydi. "Topluluklar" olarak adlandırılan bu temsilciler, daha alt sosyal sınıfları yansıtmaktaydı. Avam Konseyi'nin kuruluş amacı, vergi yasalarının yürütülmesinde rol almak olup, bu görev daha önce Büyük Konsey tarafından üstlenilmekteydi⁵¹.

Bu meclislerin 1176 sonrası ilk ortak toplantısı 1204 yılında gerçekleşmiştir. III. Henry'nin çocuk yaşta tahta geçmesinin ardından, soylular yönetime daha fazla dâhil olmuş, bu bağlamda 1272'den itibaren soylular için yılda dört kez düzenli olarak parlamento toplanmaya başlamış ve bu şekilde Lordlar Kamarası resmen oluşmuştur⁵².

İngiliz hukuk tarihinde vergi yasaları, parlamentoların en geniş katılımlı şekliyle kabul edilmiştir. Baronlar bu yetki için krallığa karşı mücadele etmiş, bu mücadelenin sonunda krala Magna Carta'yı imzalatmışlardır. Magna Carta zamanla Common Law'ın bir parçası hâline gelmiştir. Bu belgenin 12. maddesine göre, baronların vergi mükellefi olmadan önce bu vergileri uygun bulmaları gerekmektedir. Ancak bu durum kralın mali ihtiyaçlarını karşılamamış, dolayısıyla vergi mükellefleri I. Edward döneminde yılda en az bir, III. Edward döneminde ise yılda dört kez toplanmaya başlamıştır. Bu düzenli toplantılar I. Edward döne-

⁴⁹ Gneist (n 48) 340; Strauch (n 33) 15.

⁵⁰ Strauch (n 33) 16; Hatschek (n 38) 70.

⁵¹ Strauch (n 33) 15.

⁵² Kluxen (n 40); Hatschek (n 38); Strauch (n 33) 33.

minde parlamentonun yapısal olarak oluşmasını sağlamıştır. Sonraki aşamada, vergi mükellefi grubunun genişletilmesi gündeme gelmiş, buna karşın yeni katılımcılar karar alma sürecine dâhil olmayı ve yetki talep etmeyi şart koşmuşlardır. Bu gelişmeler, İngiliz parlamenter temsil sisteminin temelini oluşturmuştur⁵³.

14. yüzyıl başlarından itibaren asiller ve avam arasında yapısal bir ayrışma yaşanmıştır⁵⁴. Ancak her iki grup da zaman zaman krallık memurları ve doğrudan krala karşı güç mücadelesinde birleşmişlerdir. Bununla birlikte, baronlar ve kilise derebeyleri, Daimi ve Büyük Konsey'in eski üyeleri olarak, geleneksel olarak kral ile daha yakın ilişkilere sahipti. Bu bağlamda Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası kurulmuştur. Avam Kamarası, temel olarak vergi düzenlemelerinden sorumluydu, diğer görevlerde ise hükümdar Lordlar ile birlikte hareket etmekteydi⁵⁵.

1407 yılından itibaren kral, Lordlar Kamarası'nda başbakan tarafından temsil edilmeye başlanmış ve bu tarihten itibaren Lordlar Kamarası bağımsız bir yapı olarak kabul edilmiştir⁵⁶. 1485'ten itibaren Lordlar Kamarası'ndaki tüm görevlilerin tam listeleri mevcuttur. Başlangıçta bu meclise *domini spirituales et temporales* ya da *domus superior* denilmekteydi. Ancak bu meclis, VIII. Henry döneminden itibaren resmen Lordlar Kamarası olarak adlandırılmıştır⁵⁷. Öte yandan, Avam Kamarası 1363'te kendi katibine, 1384'ten itibaren ise kendi sözcüsüne sahip olmuştur⁵⁸.

İngiltere'nin *Cumhuriyet* dönemi olarak bilinen ve Cromwell'in yönetiminde geçen süreçte Lordlar Kamarası kapatılmıştır. 1642'deki İç Savaş sırasında ruhani liderler Lordlar Kamarası'ndan çıkarılmış, ancak 1661 tarihli *Clergy Act* uyarınca yeniden meclise katılabilmişlerdir. 1649'da, İç Savaş sonrasında monarşi ile birlikte Lordlar Kamarası da kaldırılmıştır. Ancak II. Charles'ın 1660'ta tahta çıkmasıyla monarşi yeniden kurulmuş ve Lordlar Kamarası da parlamentodaki yerini almıştır. Bu süreç, Lordlar Kamarası'nı önemli ölçüde zayıflatmış, biçimsel olarak üst kamara sayılmasına rağmen Avam Kamarası karşısında etkisini büyük ölçüde yitirmiştir. 1689 tarihli Haklar Bildirgesi (Bill of Rights), İngiliz Parlamentosu'nun kral üzerinde ciddi bir otorite kurmasını

⁵³ Karl Loewenstein, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien: Parlament · Regierung · Parteien* (Springer Berlin Heidelberg 1967) 6; Görgen, 'The Survival Of British Monarchy' (n 36) 403-405; Hatschek (n 38) 234; Kluxen (n 40) 68.

⁵⁴ Loewenstein (n 53) 8.

⁵⁵ Gneist (n 48) 379; Strauch (n 33) 39.

⁵⁶ Kluxen (n 40) 102; Hatschek (n 38) 239.

⁵⁷ Kluxen (n 40) 26; Strauch (n 33) 39.

⁵⁸ Kluxen (n 40) 101; Gneist (n 48) 163; Strauch (n 33) 40.

sağlamış⁵⁹, ancak bu belge esasen Avam Kamarası'nın eseri olarak değerlendirilmektedir. Haklar Bildirgesi ile monarkın bazı imtiyazlı yetkilerini kötüye kullanılması hukuka aykırı sayılmıştır⁶⁰.

Lordlar Kamarası, yeniden kuruluşundan sonra zamanla eski gücünü kazanmaya başlamıştır. Bu süreçteki en önemli dönüm noktalarından biri, 1707 tarihli Birlik Yasası (Acts of Union) olmuştur. Bu yasalar ile İskoçya ve İngiltere krallıkları birleşmiş ve Büyük Britanya Krallığı kurulmuştur. Bu birleşmeyle birlikte İngiltere ve İskoçya parlamentoları, Westminster merkezli birleşik bir parlamento çatısı altında toplanmıştır.

Birlik Yasaları, Lordlar Kamarası'na yeni üyelik biçimleri getirmiştir. Bu yasalar sonucunda Lordlar Kamarası'na 16 yeni İskoç soylusu eklenmiş, ancak İskoçya'daki kilise yapısının Presbiteryen olması nedeniyle ruhani üyelik katkısı olmamıştır. Bu gelişmeyle birlikte Lordlar Kamarası'nda ilk kez seçim ilkesi uygulanmış; Avam Kamarası'na 45, Lordlar Kamarası'na ise 16 seçilmiş üye dâhil edilmiştir⁶¹. Bu üyelerin çoğunluğu İngiliz soylusu olmamakla birlikte, 1963'e kadar "sandalyesiz soylular" olarak statü kazanmışlardır⁶².

Lordlar Kamarası'nın modern tarihi, 1783 yılında Pitt'in üst meclisi güçlendirme girişimiyle başlamaktadır⁶³. Bu süreci pekiştiren bir diğer önemli adım, 1800 tarihli Birlik Yasası (*Act of Union 1800*) olmuştur. Büyük Britanya Krallığı ve İrlanda Krallığı parlamentoları tarafından kabul edilen bu yasa ile 1 Ocak 1801 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle, iki krallık birleşerek Büyük Britanya ve İrlanda Birleşik Krallığı oluşturulmuştur⁶⁴.

Bu birleşmeyle birlikte, daha önce bağımsız olan İrlanda Parlamentosu feshedilmiş ve İrlanda, mevcut Büyük Britanya Parlamentosu'nda temsil hakkı elde etmiştir⁶⁵. İrlanda Lordlar Kamarası'nın yerine, İrlanda Kilisesi'nden dört piskopos ve İrlanda soyluları arasından seçilecek 28 temsilcinin Lordlar Kamarası'na katılımı

⁵⁹ Frank Pakenham Longford, *A History of the House of Lords* (Sutton Pub Ltd 1999) 76.

⁶⁰ Nurullah Görgen, 'The Nature And Problems Of The Royal Prerogative In The Legal System' (2024) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1068 <<https://dergipark.org.tr/en/doi/10.15337/suhfd.1410591>> Erişim 23.04.2025.

⁶¹ Jeffrey Stephen, *Scottish Presbyterians and the Act of Union 1707* (Edinburgh University Press 2007) 29.

⁶² Longford (n 59) 90.

⁶³ ibid 101.

⁶⁴ Kluxen (n 40) 503.

⁶⁵ Alvin Jackson, 'Ireland, the Union, and the Empire, 1800-1960' in Kevin Kenny (ed), *Ireland and the British Empire* (Oxford University Press 2005) 124 <<https://academic.oup.com/book/8371/chapter/154057494>> Erişim 22.04.2025.

sağlanmıştır. Ayrıca, İrlanda Avam Kamarası'nın yerine, 100 İrlandalı milletvekili, 658 üyeli Avam Kamarası'na dâhil edilmiştir. Bu sayı, İrlanda'nın toplam nüfus içindeki yaklaşık üçte birlik payına kıyasla önemli ölçüde daha düşüktü⁶⁶.

19. yüzyılın sonlarına doğru, özgürlük hareketleri İngiltere'yi de etkilemiştir. 1787 tarihli Amerikan Anayasası ve 1789 Fransız Devrimi gibi gelişmeler, genel oy hakkına doğru ilerleyişin habercisi olmuştur. İngiltere'de genel oy esasına dayanan seçimler yönünde atılan adımlar, Lordlar Kamarası'nın konumunu gide-rek daha fazla tartışmalı hale getirmiştir. Her ne kadar Avam Kamarası, kralın harcamalarını denetleme yetkisini kazanarak etkili bir konuma gelmişse de, Lord-lar Kamarası uzun süre üst meclis olarak varlığını sürdürmüş ve aristokrat üyeleri, hükümet ile burjuvazi arasında siyasal bir arabulucu rolü üstlenmiştir⁶⁷.

Bu durumu sarsan gelişme, 1832 tarihli ve kamuoyunda “Büyük Reform Ya-sası” olarak bilinen seçim yasası olmuştur. Bu yasa, tabakalardan oluşan toplum yapısından bireyci toplum yapısına geçişte önemli bir dönüm noktasıdır⁶⁸. 1832 Reform Yasası⁶⁹ ile oy hakkına sahip seçmen sayısı 220.000'den 500.000'in üze-rine çıkmıştır⁷⁰. 19. yüzyıldaki reformlar (özellikle 1832, 1867, 1884 ve 1885 Reform Yasaları) seçmen kitlesini genişletti ve modern siyasi partilerin doğması-na yol açtı⁷¹. Lordlar Kamarası'nın bu reformlara karşı direnişi, ancak Kral'ın lehte çoğunluk sağlamak amacıyla gerekli sayıda yeni lord atama tehdidiyle kırılabilmiştir. Bu süreçle birlikte Avam Kamarası, halkın sadece bir bölümünü tem-sil etse de, halktan destek alan bir kurum olarak meşruiyetini büyük ölçüde kay-betmiş olan Lordlar Kamarası karşısında üstünlük kazanmıştır. 1866 yılına gelin-diğinde seçmen sayısı yaklaşık bir milyona ulaşmış, 1867 tarihli seçim yasası ile bu sayı toplumun %16,4'üne tekabül eden 2.223.000 kişiye çıkmıştır⁷². Bu dö-nemde Lordlar Kamarası'nın tamamen kaldırılması yönünde teklifler sunulmuş, ancak hükümdar bu önerilere, üst meclisin alt meclisi “dengeleyici” rolüne vurgu yaparak karşı çıkmıştır. Buna rağmen, siyasal güç dengesi, demokratik meşruiyeti olmayan aristokrat unsurların aleyhine dönüşmüştür⁷³.

⁶⁶ Kluxen (n 40) 505; Longford (n 59) 101.

⁶⁷ Gebauer (n 46) 409.

⁶⁸ Kluxen (n 40) 122.

⁶⁹ Longford (n 59) 108.

⁷⁰ Kluxen (n 40) 123.

⁷¹ Nurullah Görgen, ‘The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model’ (2024) 30 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 155, 158.

⁷² Kluxen (n 40) 128.

⁷³ Gebauer (n 46) 409.

Lordlar Kamarası'nın işleyişini köklü şekilde etkileyen bir diğer gelişme, 1911 Parlamento Yasası olmuştur. Bu yasa ile iki meclis arasındaki yasama eşitliği sona erdirilmiş ve Lordlar Kamarası'nın yasa tekliflerini yalnızca üç parlamento oturumu (en fazla iki yıl) ertelemesine izin verilmiştir. Mali konulardaki yasa tasarılarının ertelenme süresi ise bir ay ile sınırlandırılmıştır. 1911 Yasası, kalıcı bir çözüm olarak değil, daha kapsamlı reformlara zemin hazırlayıcı bir geçiş düzenlemesi olarak tasarlanmıştı. Ancak sonraki süreçte bu hedefler etkin şekilde takip edilmemiş, Lordlar Kamarası'nın üyeleri ağırlıklı olarak kalıtsal olmaya devam etmiştir.

1949 Parlamento Yasası ile Lordlar Kamarası'nın yasaları askıya alma yetkisi iki oturum ya da en fazla bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Böylece Avam Kamarası hem teoride hem de uygulamada Parlamento'nun baskın organı haline gelmiştir. 1958 yılında kabul edilen Yaşam Boyu Asillik Yasası (*Life Peerages Act*), Lordlar Kamarası'nın kalıtsal niteliğini zayıflatmış ve kalıtsal olmayan, yaşam boyu geçerli asillik unvanları ile üyelik oluşturulmasına imkân tanımıştır. Bu düzenlemeyle sayısal bir üst sınır olmaksızın Lord atamaları yapılabilmektedir.

1997 yılında Tony Blair liderliğindeki İşçi Partisi'nin iktidara gelmesiyle birlikte, Lordlar Kamarası'nda yeni bir reform süreci başlatılmıştır. Blair hükümeti, tüm kalıtsal lordların meclisten çıkarılmasını hedefleyen bir yasa çıkarmıştır. Bu reform, kalıtsal üyeliğin kaldırılması yönünde atılan ilk somut adım olmuştur. Ancak, uzlaşma çerçevesinde reformlar tamamlanana kadar 92 kalıtsal soylunun Lordlar Kamarası'nda kalmasına izin verilmiştir. Geri kalan kalıtsal üyeler, 1999 tarihli Lordlar Kamarası Yasası ile görevlerinden alınmıştır.

Ne var ki, bu tarihten sonra reform süreci büyük ölçüde tıkanmıştır. Blair hükümetinin 1998'de başlattığı reformların uzun vadeli hedefi, mevcut geleneksel yapısıyla Lordlar Kamarası'nı ilga ederek, daha demokratik meşruiyete sahip ikinci bir parlamento meclisi kurmaktır. O tarihten itibaren Lordlar Kamarası'nın işlevi, üyelik yapısı ve varlığı gibi konular Parlamento'da, akademik çevrelerde ve kamuoyunda defalarca tartışma konusu olmuştur.

B. Lordlar Kamarası'nın Üye Yapısı

Lordlar Kamarası'nın görevlerini yerine getiren üyeler kimlerden oluşmaktadır? Bu soru, meclisin tarihsel gelişimi boyunca yaşadığı çok sayıda yapısal değişiklik göz önüne alındığında, net bir biçimde cevaplandırılması oldukça güçtür. Zira Lordlar Kamarası, ilk dönemlerinden günümüze kadar çeşitli evrelerden geçmiş; akil adamlar heyeti döneminden Cromwell sonrası yapılanmalara, seçim kanunlarındaki reformlardan çağdaş düzenlemelere kadar sürekli ev-

rilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, tüm bu reform süreçlerine rağmen, İngiliz Lordlar Kamarası hâlâ demokratik rejimlerdeki ikinci meclisler arasında üye sayısı bakımından en kalabalık olanıdır⁷⁴.

Lordlar Kamarası üyeleri farklı şekillerde sınıflandırılabilir. Geleneksel sınıflandırmaya göre üyeler iki ana gruba ayrılır: 1. Lords Spiritual (Ruhani Lordlar): İngiltere Kilisesi'ne mensup üst düzey din adamlarıdır. Mecliste görev yapan 26 piskoposu kapsar. 2. Lords Temporal (Seküler Lordlar): Soylu sınıfı temsil eden seküler üyelerden oluşur ve sayıca mutlak çoğunluğu oluştururlar.

Seküler Lordlar, kendi içinde iki gruba ayrılmaktadır: Kalıtsal Lordlar (Hereditary Peers): Unvanlarını nesilden nesile aktaran ve geleneksel aristokrasiyi temsil eden üyeler ve Yaşam Boyu Lordlar (Life Peers): Unvanları ve üyelik hakları yalnızca yaşam süreleri boyunca geçerli olan, kalıtsal olmayan üyeler. Bu üyeler, “peerage” sistemine dâhil oldukları için İngiliz soyluluğunun bir parçası olarak kabul edilirler ve genellikle “peers” (soylular) olarak adlandırılırlar⁷⁵.

Lordlar Kamarası'nın üye yapısı uzun süredir tartışma konusudur. Bu yapıyı daha iyi anlayabilmek için 1999 tarihli Lordlar Kamarası Yasası öncesi ve sonrası şeklinde bir ayırım yapmak yerinde olacaktır.

1. 1999 Lordlar Kamarası Yasası Öncesi Üye Yapısı

1999 öncesinde Lordlar Kamarası'nın üye yapısı, tarihsel gelişmeler, anayasal teamüller ve çeşitli yasal düzenlemelerin etkisiyle şekillenmiştir. 1999'dan önceki dönemde, Lordlar Kamarası'nın yapısını etkileyen en önemli yasal düzenlemelerden biri, 1958 tarihli Yaşam Boyu Asillik Yasası (*Life Pee-*

⁷⁴ Emil Hübner / Ursula Münch, *Das politische System Großbritanniens: eine Einführung* (Originalausgabe, 2, aktualisierte Auflage, Verlag C H Beck 1999) 140; Strauch (n 33) 98.

⁷⁵ Strauch (n 33) 99; ‘Lords Membership - by Peerage - MPs and Lords - UK Parliament’ <<https://members.parliament.uk/parties/lords/by-peerage>> Erişim 22.04.2025.

Biz “soylu” kavramını kullanmaktayız; ancak yabancı yazarlar, bu kavram için genellikle “peerage” veya “peers” terimlerini tercih etmektedir. Loewenstein, eserinde bu kavram için özel bir başlık açarak kökenini açıklamıştır. Loewenstein’e göre, bu kavram İngiliz anayasa tarihçileri arasında tartışmalı olmakla birlikte, İngiliz adalarının Norman işgali sonrasında ortaya çıkan baronluk kurumuna dayandırılmaktadır. Kilisenin ileri gelenleri de baron olarak Büyük Konsey’de yer almaktaydı. 13.yüzyılda, kral tarafından büyük toprak sahibi baronlar Büyük Konsey’e davet edilirken, daha küçük arazi sahipleri kraliyet şerifi tarafından toplu olarak çağırılmıştır. Sonunda, bu alt baron sınıfı yerel şövalyelerle birlikte temsil hakkı elde etmiş ve “peerage” unvanını kazanmıştır. Gerçek “peerage” kavramının ancak bundan sonra geliştiği görülmektedir. Bunun yanında, Strauch’a göre seküler lordlara “peers” denmekte olup, bu terim II. Edward döneminden itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Bu dönemde baronlara “Peers of the Realm” denmekteydi. Strauch, “peers” kavramının Latince “pares” kelimesinden geldiğini ve “pares”in toplumsal açıdan eşit durumda olan kişiler anlamına geldiğini belirtmektedir. Büyük Konsey’de baronlar kendilerini eşitler arasında kabul etmekte; onların üstünde kral, altında ise halk bulunmaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle, biz de bu kavramı Türkçede “soylu” olarak kabul ettik.

rages Act) olmuştur. Bu yasadan önce, Lordlar Kamarası'ndaki üyeler - hukuk lordları (law lords) ve ruhani lordlar dışında - büyük ölçüde kalıtsal soylulardan oluşmaktaydı⁷⁶.

Bu yapıya yönelik temel eleştiriler iki noktada yoğunlaşmaktaydı: Kalıtsal üyelik sisteminin antidemokratik doğası ve Muhafazakâr Parti üyelerinin sayıca üstünlüğü.

Bu eleştirilere yanıt olarak 1958 yılında yürürlüğe giren Yaşam Boyu Asillik Yasası, Lordlar Kamarası'na ömür boyu geçerli ancak kalıtsal olmayan üyelik biçimini getirmiştir. Böylece, yalnızca yaşam süresi boyunca geçerli olan unvanlarla görevlendirilen kişilerin, ölümle birlikte bu sıfatları sona ermektedir. Bu düzenlemeyle, kalıtsal sisteme karşı olan ancak yetkin kişilerin de meclise katılımı sağlanarak Lordlar Kamarası'nın temsil niteliği artırılmak istenmiştir⁷⁷.

Bu yasadan sonra, çok az sayıda yeni kalıtsal lordluk unvanı verilmiştir⁷⁸. Ayrıca, 1963 tarihli Peerage Act (Lordluk Yasası) ile kalıtsal soylulara, istemeleri halinde unvanlarından feragat etme hakkı tanınmıştır⁷⁹. Bu da üye yapısındaki esnekliği artıran bir diğer önemli reformdur.

1999 yılı öncesinde Lordlar Kamarası, 1.000'in üzerinde üyeye sahipti. Bu özelliğiyle, düzenli şekilde toplanan en büyük yasama meclislerinden biri olarak kabul edilmekteydi. Bu döneme kadar Lordlar Kamarası'nın üye yapısı büyük ölçüde kalıtsal üyelik sistemine dayanıyordu. Özellikle 1958 yılında kabul edilen Yaşam Boyu Asillik Yasası ile farklı türde üyelik biçimlerinin ortaya çıkması, meclisteki çeşitliliği artırmıştır.

Bu kadar yüksek sayıda kalıtsal üyenin bulunmasının temel sebebi, İngiliz monarklarının yüzyıllar boyunca çeşitli gerekçelerle kalıtsal asalet unvanları vermesidir. Zira İngiliz teamül hukukuna göre bir kişiye kalıtsal lordluk unvanı verilmesi, imtiyaz kanunu (Royal Prerogative) çerçevesinde krala tanınmış bir yetkidir. Özellikle 20. yüzyılda bu unvanların sayısı önemli ölçüde artmıştır. Örneğin, 1906 yılında Lordlar Kamarası'nın üye sayısı 602 iken, bu sayı Ocak

⁷⁶ Donald Shell, *The House of Lords* (Manchester University Press 2007) 48.

⁷⁷ Michael Clarke and others, *Politics UK* (Bill Jones, Philip Norton and Isabelle Hertner eds, Tenth edition, Routledge 2022) 452.

⁷⁸ ibid. İşçi Partisi hükümetleri döneminde hiçbir kalıtsal lordluk verilmemiştir. Yalnızca bir Muhafazakâr parti Başbakanı olan Margaret Thatcher, bu tür unvanları önerme girişiminde bulunmuştur. Ancak bu öneri, sadece üç kişi için geçerli olmuştur: Earl of Stockton unvanını alan Harold Macmillan; eski Avam Kamarası Başkanı George Thomas ve fiilen Thatcher'ın yardımcısı olan William Whitelaw.

⁷⁹ ibid.

1999 itibarıyla 1.296'ya ulaşmıştır. Bu üyelerin 759'u kalıtsal lordlardan, 485'i yaşam boyu lordlardan, 12'si hukuk üyelerinden (1876 tarihli *Appellate Jurisdiction Act* kapsamında atanmış yargıçlar) ve 26'sı ruhani üyelerden (iki başpiskopos ve 24 kıdemli piskopos) oluşmaktaydı⁸⁰.

Dolayısıyla, 1999 Lordlar Kamarası Yasası'ndan önce dört temel üyelik tipi mevcuttu: 1. Kalıtsal üyeler (Hereditary Peers), 2. Yaşam boyu üyeler (Life Peers), 3. Ruhani üyeler (Lords Spiritual) ve 4. Hukuk üyeleri (Law Lords).

Ruhani üyeler, İngiltere Kilisesi'ne mensup başpiskopos ve piskoposlardan oluşur. "Lord Spiritual" unvanı, bu kilise yetkililerine verilen resmî sıfattır. Tarihsel olarak, piskoposlar ve başpiskoposlar kraliyetin vasalları ve toprak sahibi baronlar olarak Büyük Konsey'de yer almış; özellikle Orta Çağ'da, yazı bilen din adamlarının yönetim alanlarında istihdam edilmesi nedeniyle mecliste önemli bir konum kazanmışlardır.

Lordlar Kamarası'nda görev yapan ruhani üyelerin sayısı toplamda 26'dır. Bunlardan 5'i ex officio (görev gereği) olarak mecliste sürekli yer alır: Canterbury Başpiskoposu, York Başpiskoposu, Londra Piskoposu, Durham Piskoposu ve Winchester Piskoposu. Geriye kalan 21 ruhani üye, 46 piskoposluk bölgesi içinden kıdem sırasına göre seçilerek Lordlar Kamarası'na katılır⁸¹.

Bu üyelerin her biri belirli bir piskoposluk bölgesini temsil etmese de, sıralama esasına göre geçici olarak üyelik hakkı kazanırlar. Ruhani üyeler, seküler lordlardan (Lords Temporal) ayrı bir kategori olarak değerlendirilir. Piskoposlar, pratikte İngiltere Kilisesi tarafından atanmakla birlikte, atama süreci resmî olarak başbakanın tavsiyesi üzerine monark tarafından gerçekleştirilir. Bu yönüyle yürütme erkinin sürece dâhil edilmesi, atamaları meşrulaştırıcı bir unsur olarak öne çıkmaktadır. Ruhani lordlar, Lordlar Kamarası'ndaki ömür boyu görev yapmayan tek üye grubudur. Zira, İngiltere Kilisesi'ne bağlı olarak görev yapan piskoposlar, yasal olarak 70 yaşında emekliye ayrılmak zorundadır⁸². Böylece, mecliste temsil edilen piskoposluk bölgeleri de düzenli olarak değişir.

Mayıs 2013 itibarıyla İngiltere Kilisesi, yalnızca erkeklerin piskopos olarak atanmasına izin veriyordu. Dolayısıyla diğer dini gruplar gibi kadınlar da Lordlar Kamarası'nda ruhani üye olarak temsil edilmemekteydi⁸³. Ancak bu durum, 2015

⁸⁰ ibid 451-453.

⁸¹ Shell (n 76) 53-54; Meg Russell, *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revived* (Oxford University Press, Incorporated 2013) 72.

⁸² Russell (n 81) 70-72.

⁸³ ibid 72.

tarıhli Lords Spiritual (Women) Act ile değişmiştir. Bu yasa, 2025 yılına kadar geçerli olmak üzere, boşalan her piskoposluk koltuğuna kıdem sırası gözetilmeksizin bir kadın piskoposun atanmasına öncelik tanımaktadır. Günümüzde (2025 itibarıyla), Lordlar Kamarası'nda altı kadın piskopos görev yapmaktadır⁸⁴.

Hukuk lordları, Lordlar Kamarası'nın yasama işlevinin ötesinde yargısal bir rol üstlenmesini mümkün kılan kıdemli yargıçlardan oluşmaktaydı. 2009 yılına kadar Lordlar Kamarası, Birleşik Krallık'taki en yüksek temyiz mercii olarak işlev görmektedir. Her ne kadar bu işlev resmî olarak tüm Lordlar Kamarası'na ait olsa da, fiilen bu görev, "Olağan Temyiz Lordları" (*Lords of Appeal in Ordinary*) olarak bilinen 12 hukuk lordu ve yüksek yargı görevinde bulunmuş bazı kıdemli lordlar tarafından yürütölmektedir.

Bu hâkimlere lordluk unvanı verilmektedir. 1876 yılına kadar verilen bu unvanlar kalıtsal niteliktedir; ancak aynı yıl yürürlüğe giren Appellate Jurisdiction Act 1876 ile birlikte bu unvanlar yalnızca hayat boyu lordluk şeklinde verilmeye başlandı. 1994 yılı itibarıyla görev yapan hukuk lordlarının sayısı 12'ye ulaşmıştır⁸⁵.

Bu yargısal işlev, 2005 tarihli Anayasal Reform Yasası (*Constitutional Reform Act*) kapsamında 2009 yılında kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin faaliyete geçmesiyle birlikte sona ermiştir. Bu tarihten itibaren hukuk lordları, Lordlar Kamarası'ndan ayrılarak Yüksek Mahkeme yargıçları olarak görev yapmaya başlamışlardır.

1958 tarihli Yaşam Boyu Asillik Yasası, farklı meslek gruplarından kişilerin Lordlar Kamarası'na atanmasına olanak tanımış ve Kamaradaki sosyal ve mesleki çeşitliliği artırmıştır. Bu yasa kapsamında verilen unvanlar kalıtsal değildir; yani unvan, sahibinin çocuklarına devredilemez.

Yaşam boyu lordluk unvanları, resmî olarak monark tarafından verilse de, adayları Başbakan belirler. Bu bağlamda asıl belirleyici siyasi aktör başbakan-dır. Yasada, oluşturulabilecek yaşam boyu asil sayısına ilişkin herhangi bir yasal sınır bulunmamaktadır. Geleneksel olarak muhalefet lideri ve diğer parti liderleri de belirli sayıda aday önerme hakkına sahiptir.

Yaşam boyu üyelik için aday gösterilme yolları şunlardır: 1. Bakanlık ataması: Hükümet, bir kişiyi kabineye bakan olarak atayabilmek için aday gösterebilir. 2. Parti siyaseti: Başbakan, kendi partisinden üyeleri Kamaraya atayabile-

⁸⁴ Claire Brader, 'Lords Spiritual in the House of Lords Explained' <<https://lordslibrary.parliament.uk/lords-spiritual-in-the-house-of-lords-explained/>> Erişim 22.04.2025.

⁸⁵ Shell (n 76) 55.

ceği gibi, diğer partilerden de öneride bulunabilir. Ancak diğer partiler için öneri yapılırken ilgili parti liderlerinin görüşü alınır. 3. Dağılma onurları (dissolution honours): Avam Kamarası'ndan ayrılan milletvekilleri, partileri tarafından aday gösterilebilir. 4. İstifa onurları (resignation honours): Görevinden ayrılan bir Başbakan, çalışma arkadaşlarını yaşam boyu lordluk için aday gösterebilir. 5. Kamu hizmeti: Başbakan, kamu hizmetinde bulunan en fazla 10 kişiyi bağımsız yaşam boyu lordluk için aday gösterebilir. 6. Bağımsız adaylık: Lordlar Kamarası Atama Komisyonu, bireysel başvuruları değerlendirerek bağımsız adayları önerebilir⁸⁶.

Tüm bu durumlarda, önerileri değerlendirip uygunluk açısından inceleyen Lordlar Kamarası Atama Komisyonu, etik uygunluğu göz önünde bulundurur. Ancak Başbakanın önerileri Komisyon tarafından veto edilemez⁸⁷.

Yeni lordluk unvanlarının sayısına dair herhangi bir yasal kısıtlama bulunmamakta olup, bu sayı doğrudan Başbakan tarafından belirlenmektedir. Yine gelenek gereği, Başbakan kendi partisinin dışındaki partiler için lordluk önerisinde bulunurken ilgili parti liderinin görüşünü alır ve fiilen kararı o lider verir. Bu unvanlar hem bir onur nişanesi olarak hem de Lordlar Kamarası'nda etkin görev yürütülmesi amacıyla verilebilir⁸⁸. Kalıtsal lordlukların aksine, tüm yaşam boyu lordlara yalnızca baron ya da barones unvanı verilir. Uygulamada bu kişiler genellikle sadece "Lord" şeklinde anılır⁸⁹.

Genel kural olarak, yaşam boyu üyeler için zorunlu emeklilik veya üyeliğin kalıcı şekilde sona ermesine dair bir mekanizma bulunmamaktadır. Ancak bazı istisnalar mevcuttur: Yüksek Mahkeme yargıçlığına atananlar ve Avrupa Parlamentosu üyeliğine seçilenler, bu görevleri süresince Lordlar Kamarası'ndaki üyelikten otomatik olarak diskalifiye edilirler. Fakat bu geçici bir durumdur. Çünkü 1958'den itibaren lordlara izinli ayrılma hakkı tanınmıştır; bu sayede diledikleri zaman oturumlara katılmayabilirler ve daha sonra geri dönebilirler⁹⁰.

1999 yılına dek Lordlar Kamarası'nda Muhafazakâr Parti'nin belirgin bir üstünlüğü söz konusuydu. 1924'te İşçi Partisi ilk kez azınlık hükümeti kurdu-

⁸⁶ David Torrance, 'How Are Life Peers Created?' <<https://commonslibrary.parliament.uk/how-are-life-peers-created/>> Erişim 22.04.2025.

⁸⁷ ibid.

⁸⁸ Shell (n 76) 58.

⁸⁹ Russell (n 81) 73; 'Addressing Members of the Lords' <<https://www.parliament.uk/business/lords/whos-in-the-house-of-lords/how-to-address-a-lord/>> Erişim 22.04.2025.

⁹⁰ Russell (n 81) 70.

ğunda, Lordlar Kamarası'nda yalnızca bir İşçi Partili üye bulunmaktaydı. 1945 yılına gelindiğinde bu sayı 18'e, 1945-1951 arasındaki İşçi Partisi hükümeti döneminde ise 44 yeni üye atamasına ulaşmıştır. Ancak bu üyelerin halefleri her zaman İşçi Partisi'ne sadık kalmamıştır. Dolayısıyla, kalıtsal üyelik sistemi nedeniyle İşçi Partisi Lordlar Kamarası'nda hiçbir zaman belirgin bir çoğunluk sağlayamamıştır. Örneğin 1999 yılında, yalnızca 17 kalıtsal üye İşçi Partisi'ni desteklemekteydi⁹¹.

Tablo 1. 1999 yılı Lordlar Kamarası Üye Dağılımı

Tarih	Kalıtsal Üyeler	Yaşam Boyu üyeler	Ruhani üyeler	Hukuk üyeleri	Toplam
1999	759 üye	485 üye	26 üye	12 üye	1282 Üye
2013	89	648	25	0	762

Kaynak: Norton ve Russell⁹²

2. 1999 Lordlar Kamarası Yasası Sonrası Üye Yapısı

1999 Lordlar Kamarası Reformu, İşçi Partisi hükümeti tarafından, Kamaradaki kalıtsal üyeliğe dayalı yapının kaldırılması amacıyla başlatılmıştır. Reformun ilk hali, tüm kalıtsal lordların Lordlar Kamarası'ndan çıkarılmasını öngörmekteydi. Ancak daha kapsamlı bir anayasal reform süreci tamamlanana dek, belirli sayıda kalıtsal lordun geçici olarak görevde kalmasına karar verilmiştir. Bu uzlaşa doğrultusunda, 1999 yılında yapılan düzenlemeyle, iki kralliyet görevlisi dışında seçimle belirlenen 90 kalıtsal lordun (toplamda 92 lordun) üyeliklerini sürdürebilmesine izin verilmiştir⁹³. Hükümet, bu yaklaşımı bir “geçiş süreci” olarak nitelendirmiş ve bu düzenlemenin Kamaradaki işleyişin sürekliliğini sağlama amacına hizmet ettiğini savunmuştur. Bunun en önemli nedeni, bazı kalıtsal lordların, seçim komitelerinde olduğu gibi, Lordlar Kamarası'nda önemli roller üstlenmiş olmalarıdır⁹⁴. İşçi Partisi hükümeti,

⁹¹ Clarke and others (n 77) 454.

⁹² ibid 453; Russell (n 81) 68.

⁹³ Kalıtsal üyelerin kaldırılması Mart 1999'da Avam Kamarası'nda görüşülmüş ve 340'a karşı 132 oyla kabul edilmiştir; ancak bu düzenleme Lordlar Kamarası'nda güçlü bir muhalefetle karşılaşmıştır. Tartışmalar sonunda, eski Avam Kamarası Başkanı Lord Weatherill tarafından önerilen ve onun adıyla anılan bir uzlaşmaya varılmıştır. “Weatherill Değişikliği” olarak bilinen bu uzlaşma uyarınca, ikinci aşama reform önerileri kabul edilene kadar 92 kalıtsal asil üyenin geçici olarak Lordlar Kamarası'nda kalmasına izin verilmiştir.

‘Hereditary Peers Removed’ <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/overview/hereditarypeersremoved/>> Erişim 22.04.2025.

⁹⁴ Shell (n 76) 49.

bu üyelerin varlığını, geçiş sürecindeki Kamarayı etkin ve istikrarlı bir biçimde çalışır durumda tutarak kurumsal sürekliliği sağlamak amacıyla koruduklarını belirtmiştir. Bu düzenleme, aynı zamanda bir uzlaşma çözümü olarak değerlendirilmiştir. Zira ilgili yasa, iki aşamalı bir reform sürecinin ilk adımı olarak kabul edilmiş; reformun ikinci aşamasında ise, kalıtsal üyelerin tamamının Lordlar Kamarası'ndan çıkarılmasının hedeflendiği ve bu sürecin hızlandırılacağı vurgulanmıştır⁹⁵.

Reform, üç temel değişiklik yaratmıştır⁹⁶. Birincisi, kalıtsal üyelerin büyük çoğunluğunun çıkarılmasıyla birlikte, yaşam boyu atanmış üyelerin sayıca baskın olduğu yeni bir yapı ortaya çıkmıştır. Toplamda 667 kalıtsal üye Lordlar Kamarası'ndan ihraç edilmiştir. İkincisi, üye sayısında ciddi bir düşüş yaşanmıştır; Ekim 1999'da 1.330 olan toplam üye sayısı, Mart 2000 itibarıyla 669'a düşmüştür⁹⁷. Ancak sonraki yıllarda, özellikle yaşam boyu atamalar nedeniyle, bu sayı yeniden artış göstermiştir ve 2020 yılı sonunda Lordlar Kamarası'ndaki üye sayısı 817'ye ulaşmıştır⁹⁸. Üçüncüsü ve en önemlisi, bu reform Lordlar Kamarası'ndaki parti dengesini köklü biçimde değiştirmiştir. 18. yüzyılın sonlarından itibaren Lordlar Kamarası'nda ağırlıklı olarak Muhafazakâr Parti üyeleri üstünlük sağlamış ve bu durum, İşçi Partisi gibi sol eğilimli hükümetler için önemli bir engel oluşturmıştır. Ancak 1999 yılında gerçekleştirilen reform, bu geleneksel dengeyi sona erdirmiştir. Reform öncesinde, Lordlar Kamarası'ndaki parti dağılımı şu şekildeydi: 473 Muhafazakâr Parti üyesi, 168 İşçi Partisi üyesi, 67 Liberal Demokrat üye ve 322 tarafsız üye. 1999 reformuyla birlikte, büyük çoğunluğu kalıtsal olan Muhafazakâr üyelerin Kamaradan çıkarılması sonucu, partiler arasında daha dengeli bir yapı oluşmuştur. Günümüzde bu denge; sayıca daha az olan Liberal Demokrat lordlar, önemli bir grup oluşturan bağımsız üyeler ve ana üç partiye bağlı olmayan, sayıca daha küçük bir grup olan piskoposlar ile diğer lordlar tarafından sağlanmaktadır⁹⁹.

⁹⁵ Russell (n 81) 72-73.

⁹⁶ ibid 68-69.

⁹⁷ 'House of Lords - Annual Report and Accounts 1999-2000' <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldbrief/10402.htm>> Erişim 22.04.2025.

⁹⁸ Clarke and others/ (n 77) 453.

⁹⁹ Russell (n 81) 68-69.

Tablo 2. Lordlar Kamarası'nda Siyasi Partilere Göre Üye Dağılımı

Tarih	Muhafazakâr Parti	İşçi Partisi	Liberal Demokratlar Partisi	Bağımsızlar
1967-1968	314	113	37	215
1975-1976	292	149	30	281
1984-1985	376	122	76	245
1989-1990	397	104	65	260
1994-1995	411	103	51	287
1997-1998	441	174	69	330
2005-2006	204	207	74	227
2013	212	222	89	181
2025	279	213	77	182

Kaynak: Shell ve Russell¹⁰⁰

Tablo 3. Nisan 2025 İtibariyle Lordlar Kamarası'nın Üye Yapısı

Parti/Grup	Toplam	Kalıtsal	Yaşam Boyu	Kadın
Muhafazakar	279	45	234	70
İşçi	213	4	209	88
Liberal Demokratlar	77	4	73	31
Bağımsız	182	33	149	47
Piskoposlar	24			8
Partiyle bağlantısı olmayanlar	39	1	38	11
Küçük Partiler ve diğerleri ¹⁰¹	15			3
Toplam	829	87	718	258

Kaynak: MPs and Lords¹⁰²

¹⁰⁰ Shell (n 76) 68; Russell (n 81) 68.

¹⁰¹ Partiyle bağlantısı olmayanlar (Non-affiliated), kamu görevlerinde bulunan lordları, partilerden ayrılmış olanları ya da partileri tarafından uzaklaştırılmış veya ihraç edilmiş olanları kapsamaktadır. Demokratik Birlik Partisi (Democratic Unionist Party) 6 üye, Ulster Birlik Partisi (Ulster Unionist Party) 3 üye, Yeşiller Partisi (Green Party) 2 üye, Plaid Cymru 2 üye, Muhafazakâr Bağımsız (Conservative Independent) 1 üye ve Lordlar Kamarası Başkanı (Lord Speaker) ile birlikte toplamda 15 üye bulunmaktadır. Bu küçük partilerin üye sayısı yıllara göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, Mayıs 2013 itibarıyla Meclis'te Ulster Birlik Partisi'nden 3, Demokratik Birlik Partisi'nden 4, Birleşik Krallık Bağımsızlık Partisi'nden (United Kingdom Independence Party - UKIP) 2 ve Plaid Cymru'den 2 üye yer almaktaydı. Russell (n 81) 69.

¹⁰² 'Lords Membership - by Peerage - MPs and Lords - UK Parliament' (n 75).

Lordlar Kamarası'nda yer alan üç ana siyasi parti olan İşçi Partisi, Muhafazakâr Parti ve Liberal Demokratlar, hem tarihsel hem de güncel siyasal sistemde iki meclisli yapı içerisinde varlıklarını sürdürmektedir. Bu partiler yalnızca Avam Kamarası'nda değil, aynı zamanda Lordlar Kamarası'nda da temsil edilmektedir. Bununla birlikte, son yıllarda daha küçük partilere mensup lordlar da Lordlar Kamarası'nda yer almaya başlamıştır.

Ancak Avam Kamarası ile karşılaştırıldığında, Lordlar Kamarası'nın en belirgin farkı, parti bağlantısı olmayan üyelerin önemli bir yer tutmasıdır. Bu grubun en geniş kesimini, hükümet ve muhalefet sıralarının ortasında oturdukları için Bağımsız Üyeler (Crossbenchers) olarak adlandırılan üyeler oluşturmaktadır¹⁰³. Bağımsız üyeler, herhangi bir siyasi partiye bağlı olmaksızın, çoğu zaman uzmanlıkları ya da topluma yaptıkları katkılar nedeniyle Kamaraya atanırlar.

Bunun dışında, bağlantısız (Non-affiliated) üyeler olarak bilinen bir diğer grup da mevcuttur. Bu grup; kamu görevlerinde bulunan, görev gereği tarafsız olması gereken kişilerle birlikte, partilerinden istifa eden, ihraç edilen veya siyasi parti üyeliğinden ayrılmış olan lordları kapsar¹⁰⁴. Her iki grup da, Lordlar Kamarası'ndaki siyasi dengeyi koruma ve karar alma süreçlerinde daha bağımsız bir denetim sağlayabilme açısından önem arz etmektedir.

2000 yılında kurulan Lordlar Kamarası Atama Komisyonu (House of Lords Appointments Commission), Kamaradaki üyelik sistemine önemli bir kurumsal katkı sağlamıştır. Dönemin Başbakanı Tony Blair tarafından kurulan bu bağımsız ve danışma nitelikli kamu organı, bakanlıklardan bağımsız olarak faaliyet göstermektedir. Sekiz üyeden oluşan Komisyonun üçü, başlıca siyasi partileri temsilen atanırken; geri kalan dört üye ile Komisyon başkanı, tarafsız ve hükümet dışı kişilerden oluşmaktadır¹⁰⁵.

Komisyonun iki temel işlevi bulunmaktadır: Birincisi, hayat boyu lordluk için önerilen tüm adayları -siyasi partiler tarafından önerilenler dâhil- ahlaki uygunluk ve etik standartlar açısından değerlendirmektir. İkincisi ise, siyasi parti bağlantısı olmayan bireyleri bağımsız lordluk için önermek ve bu adaylık sürecini yürütmektir¹⁰⁶. Komisyon, aday başvurularını alarak, belirli kriterler çerçevesinde kısa liste oluşturur ve mülakat sürecini yönetir. Nihai adaylar,

¹⁰³ Russell (n 81) 69.

¹⁰⁴ Clarke and others (n 77) 454.

¹⁰⁵ 'The Commission - House of Lords Appointments Commission' <<https://lordsappointments.independent.gov.uk/the-commission-2>> Erişim 22.04.2025.

¹⁰⁶ ibid. Bu görev daha önce Politik Onurlar İnceleme Komitesi tarafından yürütülmekteydi.

başbakan aracılığıyla monarka sunulur¹⁰⁷. Ancak burada son karar mercii başba-
kandır.

Lordlar Kamarası'na üye olabilmek için, 21 yaşın üzerindeki herhangi bir Birleşik Krallık, İrlanda veya Commonwealth vatandaşı aday gösterilebilir¹⁰⁸. Ancak, vergi mükellefiyeti açısından Birleşik Krallık'ta ikamet etmeyen adaylar değerlendirme sürecine dahil edilmez. Adayların değerlendirilmesinde, Lordlar Kamarası Atama Komisyonu belirli kriterlere dayalı bir inceleme yürütmektedir. Bu kriterler, ağırlıklı olarak adayların ahlaki ve kişisel niteliklerine odaklanmaktadır. Buna göre:

1. Lordlar Kamarası'nın çalışmalarına hem kendi uzmanlık alanında hem de uzmanlık dışı konularda etkili ve anlamlı katkı sağlayabilecek kişiler,
2. Çeşitli deneyim, beceri ve yetkinlikleriyle kendi alanlarında başarı elde etmiş kişiler,
3. Kamaradaki çalışmalar için gerekli zamanı ayırmaya istekli olan kişiler,
4. Etkin bir üye olabilmek için gerekli beceri ve niteliklere sahip, bağımsız hareket edebilecek kişiler,
5. Özellikle dürüstlük ve bağımsızlık gibi üstün kişisel özelliklere sahip bireyler,
6. Siyasi açıdan tarafsız kalabilecek, partizanca davranmayacak kişiler ve
7. Vergi amaçlı olarak Birleşik Krallık'ta ikamet eden bireyler adaylık için uygun kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Lordlar Kamarası'nın günümüzdeki karma yapısı, siyasi temsiliyet ile uzmanlığa dayalı bağımsız katkıyı bir araya getirmeyi amaçlayan bir sistemin ürünüdür. Bu yapı, hem parlamenter denetim hem de yasama sürecinde farklı seslerin ve uzmanlık alanlarının temsilini sağlayarak Birleşik Krallık parlamenter sisteminin çoğulcu niteliğini güçlendirmektedir.

¹⁰⁷ ibid; Russell (n 81) 74.

¹⁰⁸ 'Criteria Guiding the Assessment of Nominations for Non-Party Political Life Peers - House of Lords Appointments Commission' <<https://lordsappointments.independent.gov.uk/how-to-apply-2/criteria-guiding-the-assessment-of-nominations-for-non-party-political-life-peers-2>> Erişim 22.04.2025.

¹⁰⁹ ibid.

a. Lordlar Kamarası'nın Sosyal ve Mesleki Yapısı: Çeşitlilik, Cinsiyet, Temsil ve Eleştiriler

1999 Lordlar Kamarası Yasası'nın ardından yapılan reformlar, yalnızca Kamaradaki üye sayısı ve parti dengesini değil, aynı zamanda üyelerin sosyal ve mesleki yapısını da derinden etkilemiştir. Reform öncesinde Kamarada ağırlıklı olarak kalıtsal lordlar bulunmaktaydı. Bu üyeler çoğunlukla büyük toprak sahipleri gibi üst sınıf elit tabakadan gelmekteydi. Ancak reformla birlikte, yaşam boyu lordluk sistemi ön plana çıkmış; üyelik, belirli alanlarda başarı göstermiş bireylere verilmiştir. Bu gelişme, Lordlar Kamarası'nın daha geniş bir toplumsal yelpazeyi temsil etmesini sağlamış ve çeşitliliği artırmıştır.

Yaşam boyu atanan lordlar; siyaset, hukuk, akademi, kültür, medya, spor ve kamu hizmeti gibi çeşitli alanlarda başarı göstermiş kişiler arasından seçilmektedir. Bununla birlikte, bazı eleştirmenler, bu bireylerin toplumun geneline göre ayrıcalıklı ve sıra dışı olduklarını ve bu nedenle toplumun ortalama bireyini temsil etmekte yetersiz kaldıklarını ileri sürmektedir¹¹⁰.

Lordlar Kamarası üyeleri arasında en çok temsil edilen meslek grupları arasında hukukçular, öğretim üyeleri, kamu görevlileri, sendikacılar ve eski parlamenterler yer almaktadır¹¹¹. 2006 yılında yaklaşık 200 üyenin daha önce Avam Kamarası'nda milletvekilliği yaptığı tespit edilmiştir; bu da toplam üye sayısının dörtte birinden fazlasına tekabül etmektedir¹¹². 2025 itibarıyla yayımlanan bir rapora göre, Lordlar Kamarası üyeleri en çok şu sekiz disiplinden gelmektedir: politika, kamu hizmeti, hukuk, bilim ve akademi, sendikalar, kültür ve medya, spor ve uluslararası ilişkiler. Özellikle, siyasal geçmişi olan üyelerin oranı dikkat çekicidir; üyelerin yaklaşık %21'i daha önce Avam Kamarası'nda milletvekilliği yapmıştır¹¹³.

Mesleki çeşitlilik açısından önemli bir adım olarak değerlendirilen bu yapı, aynı zamanda bazı eleştirilerin de odağı olmuştur. Birinci eleştiri, belirli meslek gruplarının -örneğin akademisyenler, avukatlar veya eski milletvekilleri- aşırı

¹¹⁰ Clarke and others (n 77) 454.

¹¹¹ ibid.

¹¹² Shell (n 76) 63.

¹¹³ Eve Collyer Merritt, 'Who Is in the House of Lords? Members with Backgrounds and Professional Experience in Public Life' <<https://lordslibrary.parliament.uk/house-of-lords-backgrounds-in-public-life/>> Erişim 22.04.2025.

Buna ek olarak, seçilmiş iki eski belediye başkanının yanı sıra; 181 eski Avam Kamarası üyesi, 30 eski Avrupa Parlamentosu üyesi, 11 eski İskoçya Parlamentosu üyesi, 12 eski Galler Parlamentosu üyesi, 12 eski Kuzey İrlanda Meclisi üyesi, Londra Meclisi'nde görev yapmış 11 üye ve 40 eski veya hâlen görevde olan belediye meclis lideri bulunmaktadır.

temsil edilmesi, buna karşın el işçiliği, zanaatkârlık gibi emek temelli mesleklerin neredeyse hiç temsil edilmemesidir. Nitekim, 2009 yılında bu tür mesleklerden sadece bir kişinin Lordlar Kamarası'nda yer aldığı belirtilmiştir. İkinci eleştiri ise, artık aktif olarak varlık göstermeyen ya da güncelliğini yitirmiş mesleklerden gelen kişilerin üyeliklerini sürdürmesidir¹¹⁴. Bu durum, ömür boyu üyelik sisteminin bir sonucu olarak değerlendirilmekte ve Kamaradaki temsili güncellikten uzaklaştırdığı düşünülmektedir.

Üyelerin yaş profili de Lordlar Kamarası'nın bir diğer dikkat çeken özelliğidir. Üyeler, genel olarak Avam Kamarası'na kıyasla daha yaşlıdır ve genellikle kariyerlerinin geç dönemlerinde bu göreve atanırlar. 2006 yılında üyelerin ortalama yaşı 68 iken, 2013'te bu rakam 69'a yükselmiş; aynı yıl Avam Kamarası üyelerinin ortalama yaşı ise 53'tür. Ayrıca 2013 itibarıyla, 80 yaşın üzerinde 136 lord varken, yalnızca 50 yaşın altında olan 26 lord bulunmaktaydı. 2020 yılında da ortalama yaş yine 69 olarak raporlanmıştır¹¹⁵.

Genç üyeler nadiren kalıtsal lordlar arasından çıkmakla birlikte, yaşam boyu lordluk unvanları genellikle belirli bir mesleki ya da toplumsal başarıdan sonra verildiğinden, Kamaradaki yaş ortalamasının yüksekliği yapısal bir özellik olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶.

Lordlar Kamarası'na kadınların katılımı ilk kez 1958 tarihli Hayat Boyu Lordluk Yasası (Life Peerages Act) ile mümkün hale gelmiştir. Bu tarihten önce yalnızca kalıtsal unvanlarla üyelik mümkün olduğundan, kadınların Kamarada yer alma imkânı bulunmamaktaydı. 1958 sonrası dönemde kadınların sayısı sınırlı olmakla birlikte zaman içinde kademeli olarak artmıştır. Özellikle kalıtsal üyelerin sayısının azaltılması ve yaşam boyu unvanların kadınlara da verilmesiyle birlikte, Lordlar Kamarası'ndaki kadın temsiline dikkate değer bir artış yaşanmıştır. 1990 yılında Lordlar Kamarası'nda 80 kadın üye bulunmaktaydı; bu sayı toplam üyeliğin yalnızca %7'sine karşılık gelmekteydi. Ancak 2013 yılı itibarıyla, kadınların oranı hem Lordlar Kamarası'nda hem de Avam Kamarası'nda yaklaşık %22,5 seviyesine ulaşmıştır. Kasım 2020 itibarıyla kadın üye sayısı 223'e yükselmiş ve bu oran toplam üyelerin %28'ine karşılık gelmiştir¹¹⁷.

¹¹⁴ Russell (n 81) 77-78.

¹¹⁵ ibid 69-78; Shell (n 76) 67.

¹¹⁶ Otuzlu yaşlarında lordluk unvanı alanlar da bulunmaktadır. Örneğin, 1998 yılında Lord Alli 34 yaşında, Baroness Warsi 34 yaşında ve Nat Wei 33 yaşında lordluk unvanı almıştır. Ayrıca, Lord Freyberg kalıtsal üye olarak 23 yaşında lord olmuştur. Clarke and others (n 77) 454.

¹¹⁷ ibid; Russell (n 81) 78-79.

Nisan 2025 tarihinde ise bu sayı 258'e ulaşmış ve kadınlar, Lordlar Kamarası'nın yaklaşık %31'ini oluşturmuştur. Ayrıca, dini temsilde de önemli bir değişim yaşanmış; sekiz kadın piskopos Lordlar Kamarası'na dahil olmuştur. Kadınların temsil oranının hâlâ düşük olduğu yönünde eleştiriler bulunmakla birlikte, 1999 reformundan bu yana birçok kadın, Lordlar Kamarası'nda üst düzey pozisyonlara atanmıştır. Bu durum, temsil çeşitliliği açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir¹¹⁸.

Lordlar Kamarası'nın toplumsal çeşitliliği yansıtmaya kapasitesi de zaman içinde artış göstermiştir. Eleştirilere rağmen, günümüzde Lordlar Kamarası'nda engelli bireyler, Siyah ve Asyalı üyeler, Müslümanlar ve LGBTQ+ topluluğuna mensup üyeler de görev yapmaktadır. Özellikle, bağımsız ve tarafsız çalışan Atama Komitesi, son yıllarda etnik azınlıklardan bireylerin Kamaraya katılımını arttırmaya yönelik çaba göstermiştir. Her ne kadar bu konudaki veriler genellikle öz tanımlamaya dayalı olduğundan net rakamlar vermek zor olsa da, Ocak 2012 tarihli bir araştırmaya göre Avam Kamarası'nda 28 (%4) ve Lordlar Kamarası'nda 42 (%5) etnik azınlık mensubu üye yer almaktaydı¹¹⁹.

Ele alınacak son nokta Lordlar Kamarası üyelerinin görev anlayışına ilişkindir. Avam Kamarası üyeleri milletvekilliğini tam zamanlı bir meslek olarak görürken, Lordlar Kamarası üyelerinin önemli bir bölümü bu görevi farklı şekillerde tanımlamaktadır. 2007 yılında yapılan bir ankette lordların yalnızca %27'si görevlerini tam zamanlı olarak değerlendirmiş; %41'i ise bu görevi başka ücretli işlerle birlikte yürütülen yarı zamanlı bir sorumluluk olarak gördüklerini ifade etmiştir¹²⁰.

Sonuç olarak, Lordlar Kamarası'nın üye profili zaman içinde değişmekte; cinsiyet eşitliği, etnik çeşitlilik ve farklı toplumsal grupların temsili yönünde ilerleme kaydedilmektedir. Ancak temsilin niteliği ve kapsayıcılığı hâlâ çeşitli eleştirilerin konusudur. Bu bağlamda, Lordlar Kamarası'nın yapısı, demokratik temsil ilkeleri çerçevesinde dönüşüm geçirmeye devam etmektedir.

C. Lordlar Kamarası'nın İngiliz Anayasal Düzenindeki Yeri: Görevleri ve Fonksiyonları

Günümüzde Lordlar Kamarası'nın fonksiyonları genel hatlarıyla Avam Kamarası'na benzese de, kapsam bakımından daha sınırlıdır. Bunun temel ne-

¹¹⁸ Russell (n 81) 78-79.

¹¹⁹ Clarke and others (n 77) 454-455; Russell (n 81) 78-79.

¹²⁰ Russell (n 81) 79.

deni, siyasi açıdan Lordlar Kamarası'nın geçmişe kıyasla Avam Kamarası ile eşit konumda olmamasıdır¹²¹.

Tarihsel süreçte Kamaraya ait bazı yetkiler ya tamamen kaldırılmış ya da fiilen kullanılamayacak ölçüde zayıflatılmıştır. Örneğin, Lordlar Kamarası, geçmişte üstlendiği yargısal işlevini 2005 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu ile kaybetmiş ve temyiz mahkemesi rolü 2009 yılında kurulan bağımsız Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne devredilmiştir.

Lordlar Kamarası'nın günümüzde üç temel fonksiyonu olduğu ifade edilebilir: a) Yasama: Yasa tasarılarını incelemek ve yasama sürecine katkı sağlamak, b) Hükümeti denetleme: Yürütmeyi hesap vermeye zorlamak, c) Tartışma: Ulusal düzeyde müzakere ve kamu politikalarını inceleme platformu oluşturmak¹²². Bu bağlamda, hükümeti denetleme, kamu politikasını inceleme ve ulusal bir müzakere ve tartışma platformu oluşturma işlevlerinin birbirleriyle yakından ilişkili olduğu söylenebilir; bu nedenle, bu işlevler tek bir başlık altında birlikte ele alınabilir.

Bu üç fonksiyon birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Lordlar Kamarası genel kurulu, zamanının yaklaşık %60'ını yasama faaliyetlerine, %40'ını ise hükümeti denetleme ve çeşitli politikaların tartışılmasına ayırmaktadır¹²³.

Lordlar Kamarası'nın en temel ve önemli görevi yasama faaliyetidir. Yasama süreci, yasa tasarılarının incelenip onaylanmasını kapsar. Yasa tasarıları, hem Avam Kamarası'nda hem de Lordlar Kamarası'nda başlatılabilir.

Lordlar Kamarası'ndaki yasama süreci, şu aşamalardan oluşur: birinci okuma, ikinci okuma, komite aşaması, rapor aşaması ve üçüncü okuma. Bu süreç, Avam Kamarası'ndaki prosedürlerle büyük ölçüde benzerdir. Lordlar Kamarası tarafından yapılan değişiklikler, Avam Kamarası'na gönderilir; bu değişiklikler kabul edilebilir, değiştirilebilir ya da reddedilebilir. Bu süreç iki

¹²¹ Shell (n 76) 458.

¹²² 'What Does the House of Lords Do? | The Constitution Unit - UCL - University College London' <<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/explainers/what-does-house-lords-do>> Erişim 22.04.2025; Russell (n 81) 79; 'What Does the House of Lords Do? - UK Parliament' <<https://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/what-the-lords-does/>> Erişim 22.04.2025.

¹²³ Yasama süreci genellikle Avam Kamarası'nda başlar. Her iki meclis de tasarrın taslağını tartışmak, incelemek ve değişiklikler önermek amacıyla belirli aşamalardan geçer. Tasarrın yasalalaşabilmesi için her iki meclisin de son metin üzerinde uzlaşması gerekir. Ardından metin, monarkın onayına sunulur ve Kraliyet Onayı'nın verilmesiyle birlikte yasa haline gelir.

'Making Laws: House of Lords Stages' <<https://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/making-laws/>> Erişim 22.04.2025.

meclis arasında gidip geldiğinden dolayı “masa tenisi” (ping-pong) olarak adlandırılmaktadır¹²⁴.

Eskiden Lordlar Kamarası’nın yasa tasarılarını veto etme yetkisi bulunmaktaydı. Ancak, 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Yasaları ile bu yetki büyük oranda sınırlandırılmıştır. Artık Lordlar Kamarası, bir yasa tasarısını yalnızca belirli koşullarda ve sınırlı sürelerle geciktirebilir. 1911 tarihli yasa ile veto yetkisi kaldırılmış ve yasa tasarısının en fazla iki yıl geciktirilebileceği kabul edilmiştir. 1949 tarihli yasa ise bu süreyi bir yıla indirmiştir¹²⁵. Bu durum, halk tarafından seçilmemiş bir meclisin, seçilmiş temsilcilerden oluşan Avam Kamarası’nı yasa yapma sürecinde kısıtlamasını engellemek amacıyla düzenlenmiştir.

Yasama sürecindeki etkisini sınırlayan bir diğer unsur da teamüllerdir. Özellikle 1945 genel seçimlerinden sonra kabul edilen Salisbury-Addison ya da Salisbury teamülü uyarınca, Lordlar Kamarası, iktidar partisinin seçim bildirgesinde yer alan vaatleri yasalaştırma çabalarına engel olmamayı kabul etmiştir¹²⁶. Bu bağlamda, Lordlar Kamarası, bu tür yasa tasarılarını reddetmemekte ya da işlevsiz hâle getirecek değişiklikler yapmamaktadır.

Lordlar Kamarası’nın yasa tasarılarını ayrıntılı şekilde inceleyebilmesi üç temel özelliğine dayanmaktadır: 1. Seçilmemiş Olma Durumu: Meşru olarak yasa tasarılarının temel ilkelerini reddetme hakkına sahip değildir. Bu nedenle, daha çok yasa metinlerinin teknik ve uygulamaya dönük ayrıntılarına odaklanır. 2. Uzman Üyelik: Hukuk, bilim, eğitim, iş dünyası gibi alanlarda uzmanlaşmış kişilerden oluşan üyeler, yasa tasarılarını politik değil, uzmanlık temelli değerlendirmeye imkânına sahiptir. 3. Zaman Avantajı: Lordlar Kamarası, yasa tasarılarını daha ayrıntılı biçimde ele almak için zamana sahiptir. Buna karşılık, Avam Kamarası, siyasi veya mali nedenler gibi çeşitli sebeplerle, yasa tasarılarını aynı derecede detaylı inceleme imkânına genellikle sahip değildir. Bu özellikleriyle Lordlar Kamarası, yasa tasarılarının daha iyi tasarlanmasını ve tutarlı olmasını sağlayan önemli bir denetim işlevi üstlenmektedir. Genellikle yaptığı değişiklikler Avam Kamarası tarafından da kabul edilmektedir. Dolayısıyla Lordlar Kamarası’nın denetim rolü, Avam Kamarası’yla rekabet eden bir işlevden ziyade, onu tamamlayıcı bir işlev olarak değerlendirilmektedir¹²⁷.

¹²⁴ Russell (n 81) 132; ‘Making Laws: House of Lords Stages’ (n 122).

¹²⁵ Bazı istisnai durumlarda -örneğin, bir parlamentonun görev süresini uzatan bir yasa tasarısı, ikincil mevzuat veya Lordlar Kamarası’ndan gelen yasa tasarıları söz konusu olduğunda- veto yetkisi kesin ve bağlayıcıdır. Clarke and others (n 77) 458; Russell (n 81) 81-82; ‘The Parliament Acts - UK Parliament’ <<https://www.parliament.uk/about/how/laws/parliamentacts/>> Erişim 22.04.2025.

¹²⁶ Russell (n 81) 84.

¹²⁷ Clarke and others (n 77) 459-460.

Lordlar Kamarası'nın ikinci temel fonksiyonu, yürütme organını denetlemek, kamu politikalarını incelemek ve ulusal düzeyde bir müzakere ve tartışma platformu oluşturmaktır. Bu amaçla Lordlar Kamarası tarafından çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Bu yöntemlerin başlıcaları genel tartışmalar ve soru önergeleridir. Ayrıca, seçme komiteleri (select committees) ile resmi olmayan parti toplantıları da hükümeti denetleme araçları arasında yer almaktadır¹²⁸.

Lordlar, kamu politikalarını özellikle seçme komiteleri aracılığıyla incelemektedir. Bu komiteler, hükümet politikalarının oluşumunu doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyebilecek nitelikte raporlar üretmektedir¹²⁹.

Lordlar Kamarası'ndaki tartışmalar, Avam Kamarası'nda olduğu gibi önergeler temelinde gerçekleştirilir. Bu önergeler belirli bir görüşü ifade edebileceği gibi, sadece “not edilmesi” şeklinde de olabilir. “Not edilmesi” önergeleri; komite raporlarının müzakeresi, diğer üyelerin gündeme getirmek istedikleri konuların ele alınması veya hükümetin Lordlar Kamarası'nın görüşlerini duymak istediği hususların tartışılması için kullanılır. Lordlar, Avam Kamarası'na kıyasla daha az partizan bir ortamda politika tartışmaları yürütebilmekte ve seçmen baskısı ile parti disiplini gibi etkenlerden görece bağımsız oldukları için, partiler arası çatışmaların merkezinde yer almayan kamu politikası meselelerini gündeme getirme konusunda daha fazla imkâna sahiptir. Bu yönüyle Lordlar Kamarası, hükümet politikalarının denetlenmesinde ve şekillendirilmesinde önemli bir işleve sahiptir¹³⁰. Avam Kamarası'ndan farklı olarak, tartışmalar için belirlenmiş “muhalefet günleri” uygulaması yoktur. Bunun yerine, Perşembe günlerinin oturumlarının ilk yarısı genel tartışmalara ayrılır¹³¹.

Tartışmalara katılmak isteyen tüm lordlar söz alabilir ve Avam Kamarası'na göre burada daha nitelikli bir tartışma ortamı oluşma olasılığı yüksektir. Bunun temel nedeni, Lordlar Kamarası üyeleri arasında parti disiplininin daha zayıf olmasıdır. Ayrıca, çeşitli uzmanlık alanlarından gelen lordlar, tartışmalarda daha etkin bir konumda bulunmaktadır. “İkinci Okuma” tartışmaları ya da “Kısa Tartışma Soruları” gibi belirli formatlarda, üyelerin konuşma sıraları önceden belirlenmektedir. Her hafta bir gün, iki genel tartışma için ayrılır. Ayda bir kez tartışma konuları kura ile belirlenmekte; önerge sunan lordların girişim-

¹²⁸ ibid 462.

¹²⁹ ‘What Does the House of Lords Do? - UK Parliament’ (n 121); ‘What Does the House of Lords Do? | The Constitution Unit - UCL - University College London’ (n 122).

¹³⁰ Clarke and others (n 77) 460.

¹³¹ Russell (n 81) 206.

leri sonucunda bu önergeler Gündem Kağıdı'nda yer almakta ve bunlardan ikisi rastgele seçilmektedir. Diğer tartışma günlerinin konuları ise dönüşümlü olarak siyasi partilere ve bağımsız üyelere tahsis edilmektedir. Bu iki tartışma toplamda beş saat sürebilirken, kura ile belirlenenler her biri otomatik olarak iki buçuk saatle sınırlıdır¹³².

Genel Kurul'da gündeme alınan sorular sözlü sorular ve kısa tartışma soruları olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıca, detaylı veya teknik cevaplar gerektiren sorular yazılı olarak da yöneltiler. Örneğin, 2015-2016 yasama yılında 8.000'den fazla yazılı soru yöneltilmiştir. Bu tür sorular bilgi edinmeyi amaçlar ve genellikle ilgili bakan tarafından yanıtlanır. Sorulara on iş günü içinde cevap verilmesi beklenir ve verilen yanıtlar *Hansard*'da yayımlanır¹³³.

Sözlü sorular ise her oturumun başında gerçekleştirilen “Soru Zamanı” sırasında ele alınır. Bu bölüm en fazla 30 dakika sürer ve günde en fazla dört soru gündeme alınır. Meclis üyeleri, herhangi bir konuda soru yöneltebilir. Sözlü sorular Avam Kamarası'nda da bulunmaktadır; ancak orada sorular belirli bir bakana hitaben sorulurken, Lordlar Kamarası'nda hükümete genel olarak yöneltilir. İlgili alandaki bakan bu soruları yanıtlar ve verilen yanıtlar üzerinden ek sorular sorulması mümkündür¹³⁴.

Avam Kamarası'nda sözlü sorular, belirli bir sıra dâhilinde her bakanın ayda yaklaşık bir kez cevap vermesiyle sınırlıyken, Başbakan her hafta sadece yarım saat boyunca soruları yanıtlamaktadır. Lordlar Kamarası'nda ise tüm sorular hükümete hitaben yöneltildiğinden, günlük gündem sabit değildir ve tüm hükümet departmanlarını kapsayabilir¹³⁵.

Genellikle oturumların sonunda bir “Kısa Tartışma Sorusu” ele alınır. Akşam yemeği saatine denk geldiğinde bu tartışma genellikle 60 ila 90 dakika arasında sürer. Bu tür sorular Perşembe günleri gerçekleştirilen iki genel tartışma arasında veya Büyük Komite'de ele alınabilir. Tartışmaya katılmak isteyen lordlar önceden kayıt yaptırır ve tartışmanın sonunda ilgili bakan tarafından cevap verilir¹³⁶.

¹³² Clarke and others (n 77) 462-463.

¹³³ Russell (n 81) 81; ‘Role and Work of the House of Lords’ <<https://www.parliament.uk/about/faqs/house-of-lords-faqs/role/>> Erişim 22.04.2025.

¹³⁴ Clarke and others (n 77) 463.

¹³⁵ Russell (n 81) 202.

¹³⁶ Clarke and others (n 77) 463.

Lordlar Kamarası, yürütme organını denetleme işlevi kapsamında son yıllarda özellikle soruşturma komitelerinden yoğun biçimde yararlanmaktadır. Lordlar Kamarası komiteleri, kamu politikalarını, önerilen yasaları ve hükümet faaliyetlerini ayrıntılı biçimde incelemektedir. Bu komiteler, genellikle toplamda 12 üyeden oluşan ve belirli politika alanlarını değerlendirmek üzere görevlendirilen küçük gruplardır. Hangi üyelerin hangi komitede yer alacağına ise Lordlar Kamarası karar verir. Komite üye sayısı genellikle 10 ila 18 arasında değişmekte olup, tipik bir komite dört Muhafazakâr, dört İşçi Partili, iki Liberal Demokrat ve iki bağımsız üyeden oluşur¹³⁷.

Lordlar Kamarası'nda iki ana tür seçme komite (select committee) bulunmaktadır: 1. Kalıcı komiteler, her parlamento döneminde kurulur ve geniş konu başlıklarını ele alır. 2. Özel inceleme komiteleri, güncel bir konuyu araştırmak üzere geçici olarak kurulur ve çalışmalarını genellikle bir yıl içinde tamamlar¹³⁸.

Bu çerçevede, Lordlar Kamarası komiteleri çeşitli kategorilere ayrılmaktadır: Araştırma komiteleri (veya dönemsel komiteler), geçici komiteler, yasama komiteleri ve iç işleyişe yönelik komiteler. Özellikle dönemsel komiteler her yasama yılında belirli politikaları incelemek amacıyla oluşturulurken, ad hoc komiteler ise belirli bir meseleye ilişkin kısa süreli derinlemesine incelemeler yürütmektedir¹³⁹.

Avam Kamarası'ndaki komitelerden farklı olarak, Lordlar Kamarası komiteleri hükümetin bakanlık yapısına paralel bir biçimde organize edilmemiştir. Avam Kamarası'ndaki seçme komiteler, büyük ölçüde hükümet departmanlarının faaliyetlerini izlemekle görevliken ve sürekli çalışırken, Lordlar Kamarası komiteleri daha analitik ve uzun vadeli incelemeler gerçekleştirir. Bu yönüyle, Lordlar Kamarası komiteleri hükümetin hesap verebilirliğini sağlamada önemli bir işleve sahiptir¹⁴⁰.

¹³⁷ 'Lords Select Committees' <<https://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/lords-select-committees/>> Erişim 22.04.2025.

¹³⁸ Lordlar Kamarası'ndaki kalıcı seçmeli komiteler şunlardır: Yapılı Çevre Komitesi (Built Environment Committee), İletişim ve Dijital Komitesi (Communications and Digital Committee), Anayasa Komitesi (Constitution Committee), Ekonomik İşler Komitesi (Economic Affairs Committee), Çevre ve İklim Değişikliği Komitesi (Environment and Climate Change Committee), Sanayi ve Düzenleyici Kurumlar Komitesi (Industry and Regulators Committee), Uluslararası Anlaşmalar Komitesi (International Agreements Committee) ve Kamu Hizmetleri Komitesi (Public Services Committee).

'Select Committees' <<https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/>> Erişim 22.04.2025.

¹³⁹ 'Select Committees' (*Institute for Government*, 23 May 2024) <<https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/select-committees>> Erişim 22.04.2025.

¹⁴⁰ Clarke and others (n 77) 463; Russell (n 81) 81.

Lordlar Kamarası'ndaki seçme komiteleri, çoğunlukla ilgili alanlarında uzman kişilerden oluşur ve bu durum hazırlanan raporların parlamenter ve akademik çevrelerde ciddi biçimde dikkate alınmasına neden olur. Anayasa Komitesi (Constitution Committee) ile Yetki Devri ve Düzenleyici Reform Komitesi (Delegated Powers and Regulatory Reform Committee), yasama sürecine doğrudan katkı sunan önemli örneklerdir. Ayrıca, İnsan Hakları Ortak Komitesi (Joint Committee on Human Rights) gibi, her iki meclisin üyelerinden oluşan ortak komiteler de mevcuttur. Bu komitelerin hazırladığı raporlar, parlamento tartışmalarına ve yasa yapım sürecine önemli ölçüde yön vermektedir¹⁴¹. Nitekim 2020 yılı itibarıyla Lordlar Kamarası'ndaki komite sayısı 17'ye ulaşmıştır¹⁴².

Lordlar Kamarası'ndaki üyeler, kendi partilerinin liderleri ve gruplarıyla ilişkilerini çeşitli düzeylerde sürdürmektedir. Parti toplantıları, liderler, parti yöneticileri ve Lordlar Kamarası'ndaki partili üyeler arasında iletişim ve politika koordinasyonuna hizmet eder¹⁴³. Bu sayede lordlar, partilerinin politikalarının şekillendirilmesinde doğrudan rol oynayabilmektedir.

Lordlar Kamarası'nın bir diğer önemli işlevi ise gündem oluşturma fonksiyonudur. Avam Kamarası da bu tür işlevi yerine getirebilir; ancak Lordlar Kamarası, özellikle kamuoyunda yeterince ilgi görmeyen ya da seçmenler nezdinde popüler olmayan konuların gündeme taşınmasında daha serbesttir. Avam Kamarası üyeleri, seçmen baskısı veya parti disiplini nedeniyle bu tür konulardan kaçınabilirken, Lordlar Kamarası üyeleri toplum açısından önemli gördükleri her konuda görüş bildirme ve tartışma yürütme özgürlüğüne sahiptir¹⁴⁴.

Bunların yanı sıra Lordlar Kamarası'nın başka görevleri de bulunmaktadır. Örneğin, bazı üyeler hükümette görev alabilir. Her ne kadar Kabine üyeleri teamül gereği çoğunlukla Avam Kamarası'ndan seçilse de, Başbakan siyasi ve yönetsel gerekçelerle Lordlar Kamarası'ndan da bakan atayabilmektedir. Ancak bu atamalar oldukça sınırlı sayıdadır (genellikle 2 ila 4 arası). 2005 yılına kadar geleneksel olarak iki lord -Lord Şansölyesi (*Lord Chancellor*) ve Lordlar Kamarası Lideri- Kabine'de görev alırken, 2005 tarihli Anayasal Reform Yasası'ndan sonra Lord Şansölyesi artık Lordlar Kamarası üyesi olmayan bir kişi-

¹⁴¹ 'A Smaller House of Lords: The Report of the Lord Speaker's Committee on the Size of the House - Public Administration and Constitutional Affairs Committee - House of Commons' <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmpubadm/662/66204.htm>> Erişim 22.04.2025.

¹⁴² Clarke and others (n 77) 463.

¹⁴³ ibid 467.

¹⁴⁴ ibid 460.

den, yani Avam Kamarası'ndan seçilmektedir. Son olarak, nadir olmakla birlikte Lordlar bireysel olarak özel üyeler yasa tasarısı (private members' bills) sunabilirler. Ancak bu tür tasarıların yasalasma oranı oldukça düşüktür¹⁴⁵.

Netice itibarıyla, Lordlar Kamarası, yasama sürecine katkı, yürütmenin denetlenmesi ve kamu politikalarının incelenmesi gibi temel görevlerini günümüzde de etkili biçimde sürdürmektedir.

III. LORDLAR KAMARASI'NIN GELECEKTEKİ KONUMU

Lordlar Kamarası'nın mevcut durumu oldukça tartışmalıdır. Bu kurumun varlığı, üye yapısı ve oynadığı rol üzerine çeşitli alternatifler uzun süredir gündemde yer almakta ve farklı senaryolar üzerinde değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu alternatifler genel olarak dört başlıkta toplanabilir: (a) mevcut haliyle korunması, (b) reforme edilmesi, (c) tamamen yeniden yapılandırılması, (d) tamamen feshedilmesi¹⁴⁶. Lordlar Kamarası'nın tümüyle kaldırılması, İngiliz siyasi sistemi açısından oldukça güç bir ihtimal olarak değerlendirilmektedir. Kaldırılması meselesi başlı başına ayrı bir tartışma konusu olduğundan, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte, Lordlar Kamarası'nın üye yapısı ve üstlendiği roller zaman içinde değişen toplumsal ve siyasal talepler doğrultusunda sürekli olarak yeniden değerlendirme konusu olmaktadır. Bu bağlamda, reform taleplerinin süreklilik arz ettiği ve bu taleplerin kapsamı ile gerçekleşme ihtimalinin başta iktidar partisi olmak üzere, siyasi partilerin tutumuna, kamuoyu desteğine ve ülkedeki sosyal-siyasal gelişmelere bağlı olarak şekillendiği söylenebilir. Bu doğrultuda, Lordlar Kamarası'nın yapısal örgütlenmesi ve üye profili giderek daha profesyonel ve etkin bir nitelik kazanmaktadır. Ayrıca, Kamaraya yapılan atamalara ilişkin teamüllerde de zaman içinde önemli değişimler gözlenmektedir¹⁴⁷.

Nitekim, 5 Eylül 2024 tarihinde, İşçi Partisi liderliğindeki Keir Starmer hükümeti tarafından, Lordlar Kamarası'ndaki 92 kalıtsal lordun üyeliğini sonlandırmayı amaçlayan *Lordlar Kamarası (Kalıtsal Soylular) Yasa Tasarısı (The House of Lords (Hereditary Peers) Bill)* Avam Kamarası'na sunulmuştur¹⁴⁸.

¹⁴⁵ ibid 459-461.

¹⁴⁶ Philip Norton, *Reform of the House of Lords* (Manchester University Press 2017); Clarke and others (n 77) 470.

¹⁴⁷ Russell (n 81) 299.

¹⁴⁸ 'House of Lords (Hereditary Peers) Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament' <<https://bills.parliament.uk/bills/3755>> Erişim 22.04.2025; 'House of Lords: MPs Back Ending All Hereditary Peers' <<https://www.bbc.com/news/articles/c0rg98rl9p2o>> Erişim 22.04.2025.

Yasa tasarısı, Avam Kamarası'nda tüm aşamaları geçerek 435'e karşı 73 oyla kabul edilmiştir. Hâlihazırda yasa tasarısı, Lordlar Kamarası'nda birinci ve ikinci okumaları ile komite aşamasını geçmiş olup rapor aşamasındadır¹⁴⁹. Tasarının temel amacı, kalıtsal soyluluk ile Lordlar Kamarası üyeliği arasındaki kalan bağın ortadan kaldırılması ve bu doğrultuda tüm kalıtsal lordların üyelikten çıkarılmasıdır. Bu çerçevede, söz konusu tasarının 1999 yılında gerçekleştirilen reformun ikinci aşaması olarak değerlendirilebileceği ifade edilebilir. Muhafazakâr Parti bu yasa tasarısına destek vermezken, İşçi Partisi ve diğer bazı partiler tasarının arkasında durmaktadır.

Benzer şekilde, piskoposların Lordlar Kamarası üyeliklerinin sona erdirilmesine yönelik girişimler de olmuştur. Örneğin, Muhafazakâr Parti milletvekillerinden Sir Gavin Williamson, İngiltere Kilisesi piskoposlarının Lordlar Kamarası'ndan çıkarılmasını öngören öneriler sunmuştur. Ancak, bu öneriler Avam Kamarası'nda milletvekilleri tarafından reddedilmiştir¹⁵⁰.

Lordlar Kamarası'nın üye yapısına yönelik reform talepleri uzun süredir tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Bu konuda birçok kamuoyu yoklaması gerçekleştirilmiştir. Özellikle University College London Anayasa Birimi tarafından 2022 yılında gerçekleştirilen bir araştırmaya¹⁵¹ göre, mevcut Lordlar Kamarası atama sistemi ve üye yapısı kamuoyu desteğinden yoksundur. Araştırma kapsamında halktan 2000'in üzerinde kişiye Lordlar Kamarası hakkında üç temel soru yöneltilmiş ve katılımcılardan “Sizin görüşünüze en yakın olan hangisidir?” şeklinde seçenekler arasında tercih yapmaları istenmiştir. Anket, ikinci meclisin hem üye yapısına hem de üstlendiği role ilişkin kamuoyu eğilimlerini ölçmeyi amaçlamıştır.

¹⁴⁹ ‘House of Lords (Hereditary Peers) Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament’ (n 148).

¹⁵⁰ Williamson, bir grup din adamının “yasalarımız üzerinde söz hakkına sahip olmasının” temelde adaletsiz olduğunu savunmuştur. “Ben bir Anglikan olarak, Katolik olan çocuklarımdan neden daha fazla temsili hakka sahip olmam gerektiğini anlayamıyorum,” demiş ve Lordlar Kamarası'ndaki 26 piskoposun yalnızca İngiltere'den geldiğini, dolayısıyla “muhtemelen günümüz dünyasını yansıtmadıklarını” ifade etmiştir. ‘House of Lords: MPs Back Ending All Hereditary Peers’ (n 148).

¹⁵¹ Alan Renwick and others, ‘Public Preferences for Integrity and Accountability in Politics Results of a Second Survey of the UK Population Third Report of the Democracy in the UK after Brexit Project’ (The Constitution Unit 2023) <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution_unit/files/ucl_cu_report3_digital_final.pdf>.

Bu anket, YouGov tarafından, Birleşik Krallık'ta Brexit Sonrası Demokrasi Projesi'nin ikinci nüfus anketi kapsamında gerçekleştirilmiştir. YouGov (Britanya merkezli uluslararası bir internet tabanlı piyasa araştırma ve veri analiz şirketi), 26 Ağustos ile 5 Eylül 2022 tarihleri arasında 4.105 katılımcıyla çeşitli konularda görüşme yapmıştır. Araştırma sonuçlarını içeren rapor, “Siyasette Dürüstlük ve Hesap Verebilirliğe Yönelik Halk Tercihleri” başlığı altında yayınlanmıştır.

İlk soru, Lordlar Kamarası'nın üye yapısının nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkindir. Katılımcıların %29'u, "Lordlar Kamarası, halka demokratik şekilde hesap verebilir olması için seçilmiş üyeler içermelidir." görüşünü desteklemiştir. %28'i ise, "Lordlar Kamarası, uzmanlar ve siyasi partilerden bağımsız kişiler içermelidir; bu nedenle üyeleri atanmalıdır." seçeneğini tercih etmiştir. Katılımcıların %18'i bu soruya "Bilmiyorum" yanıtını verirken, %26'sı her iki seçeneğe eşit derecede katıldığını ifade etmiştir. Bu sonuçlar, Lordlar Kamarası üyelerinin seçilme yöntemine ilişkin kamuoyunda güçlü bir uzlaşının olmadığına ortaya koymaktadır. Buna karşılık, katılımcıların seçimle gelen üyeler ile atanmış üyeleri neredeyse eşit oranda desteklediği görülmektedir¹⁵².

İkinci soruda, katılımcılara üyelerin nasıl atanması gerektiği sorulmuştur. Katılımcıların yalnızca %6'sı, mevcut sistemde Başbakan'ın atamalarda temel rol oynadığı yöntemi desteklediğini belirtmiştir. Buna karşılık, %58'i üyelerin bağımsız bir kurul tarafından atanması gerektiği görüşünü savunmuştur. %19 "Bilmiyorum" yanıtını verirken, %17'si her iki yöntemi de eşit derecede desteklediğini ifade etmiştir¹⁵³.

Üçüncü soru ise Lordlar Kamarası'nın büyüklüğüne ilişkindir. Katılımcıların sadece %3'ü, Kamaradaki üye sayısına herhangi bir sınır getirilmemesi gerektiğini savunmuştur. Buna karşılık, %65'i "Lordlar Kamarası'nın üye sayısı, Avam Kamarası'ndan fazla olmamalıdır." görüşünü benimsemiştir. %23 "Bilmiyorum" yanıtını verirken, %9 her iki seçeneğe de eşit derecede katıldığını ifade etmiştir. Bu veriler, kamuoyunun büyük çoğunluğunun Lordlar Kamarası'nın Avam Kamarası'ndan daha büyük olmaması gerektiği yönünde görüş bildirdiğini göstermektedir¹⁵⁴.

Sonuç olarak, Lordlar Kamarası, üye yapısı, çalışma yöntemleri ve anayasal fonksiyonları bakımından uzun yıllardır ciddi eleştirilere konu olmasına rağmen varlığını sürdürmeyi başarmıştır. Bu durum, büyük ölçüde kurumun zaman içerisinde değişen siyasal, toplumsal ve hukuksal koşullara uyum sağlayabilme kabiliyetinden kaynaklanmaktadır.

¹⁵² ibid; 'Majority of Public Support House of Lords Appointments Reform | The Constitution Unit - UCL - University College London' <<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/news/2022/oct/majority-public-support-house-lords-appointments-reform>> Erişim 22.04.2025.

¹⁵³ Renwick and others (n 151) 9-10; 'Majority of Public Support House of Lords Appointments Reform | The Constitution Unit - UCL - University College London' (n 152).

¹⁵⁴ Renwick and others (n 151) 9-10; 'Majority of Public Support House of Lords Appointments Reform | The Constitution Unit - UCL - University College London' (n 152).

Kamaradaki reform talepleri ve zaman zaman gündeme gelen yapısal değişiklik önerileri, kurumun tamamen işlevsiz olmadığını, aksine dönüşmeye açık bir yapı sergilediğini göstermektedir. Bu çerçevede, Lordlar Kamarası'nın esnek ve kademeli biçimde değişime uyum sağlayabilmesi, tamamen feshedilmesi yönündeki radikal taleplerin kamuoyu ve siyaset kurumu nezdinde yeterli karşılık bulamamasına yol açmaktadır. Her ne kadar reform sürecinin hızı, kapsamı ve yöntemi tartışma konusu olsa da, Lordlar Kamarası'nın kendini yenileme potansiyeli, kurumsal devamlılığının en önemli dayanaklarından biri olmuştur.

Günümüz koşullarında, Birleşik Krallık'ta tek meclisli bir parlamenter sistemin benimsenmesi yönünde güçlü bir siyasal iradenin veya kamuoyu desteğinin bulunmadığı söylenebilir. Bu bağlamda, Lordlar Kamarası'nın yakın gelecekte de anayasal sistemin bir parçası olarak varlığını sürdüreceği; ancak zaman içinde yeniden yapılandırılmasına yönelik tartışmaların ve reform girişimlerinin devam edeceği öngörülebilir. Dolayısıyla, Lordlar Kamarası, köklü tarihine rağmen durağan bir yapı değil; aksine, anayasal işlevlerini güncel talepler doğrultusunda dönüştürebilen dinamik bir kurum niteliğindedir.

SONUÇ

Çift meclisli parlamentolar, tarihsel bir süreç içerisinde ortaya çıkmış kurumsal yapılardır. Bazı ülkeler yasama organını tek bir meclis şeklinde tasarlar-ken, bazıları ise çift meclisli yapıları tercih etmiştir. Bu bağlamda ikinci meclisler, başlangıçta kurumsallaşmış uzlaşılardan bir yansıması olarak tanımlanabilir. Bu meclislerin varlığı ve etkinliği; uzlaşmayı zorunlu kılan sosyo-politik koşulların devam edip etmemesine, yeni çatışmaların kurumsal yollarla yatıştırılması gereksinimine ya da ikinci meclisin başka işlevleri üstlenme kapasitesine bağlı olarak şekillenmektedir.

Birleşik Krallık'taki Lordlar Kamarası, çift meclisli parlamenter sistemlerin tarihsel ve kurumsal gelişimi açısından benzersiz bir örnek teşkil etmektedir. Asırlardır anayasal yapının bir parçası olarak varlığını sürdüren bu kurum, yalnızca tarihsel mirasıyla değil, geçirdiği dönüşümlerle de dikkat çekmektedir. Kalıtsal üyelikten atanmış uzmanlara kadar uzanan çeşitlilikteki üye yapısı, temsilin farklı boyutlarına imkân tanımakla birlikte, demokratik meşruiyet açısından da yoğun tartışmalara konu olmaktadır.

Lordlar Kamarası'nın bugüne kadar varlığını sürdürebilmesinin en temel nedenlerinden biri, zaman içerisinde geçirdiği kademeli reformlarla değişen siyasal ve toplumsal koşullara uyum sağlayabilme yetisidir. 1999 tarihli Lordlar

Kamarası Yasası ile kalıtsal üyeliklerin büyük oranda kaldırılması; günümüzde ise atama mekanizmalarının gözden geçirilmesi ve reform taleplerinin artması, bu dönüşüm sürecinin sürekliliğini ortaya koymaktadır. Kamaranın fonksiyonları, özellikle yasama süreçlerine sunduğu uzman katkısı ve yürütme karşısındaki dengeleyici rolü sayesinde, çeşitli eleştirilere rağmen anayasal sistem içerisinde işlevselliğini korumaktadır.

Birleşik Krallık'ta yakın gelecekte tek meclisli bir yasama sistemine geçilmesi öngörülmemektedir. Gerek kamuoyundan gelen reform talepleri gerekse siyasi partilerin gündeminde yer alan değişiklik önerileri, Lordlar Kamarası'nın daha demokratik, şeffaf ve hesap verebilir bir yapıya doğru evrileceğini göstermektedir.

Bu durum, Lordlar Kamarası'nı yalnızca Birleşik Krallık bağlamında değil, aynı zamanda çift meclisli parlamentoların gelecekteki konumlarını değerlendirmek açısından da önemli bir örnek hâline getirmektedir. Zira Lordlar Kamarası gibi reform süreçlerinden geçmeyen ve demokratikleşme ile uyum sağlayamayan ikinci meclislerin, çağdaş siyasal sistemlerde varlıklarını sürdürmeleri giderek zorlaşmaktadır. Bu bağlamda, çift meclisli sistem kurmayı hedefleyen ülkelerin Lordlar Kamarası deneyiminden faydalanmaları önemli bir gereklilik olarak öne çıkmaktadır. Zira köklü tarihine ve yöneltilen eleştirilere rağmen Lordlar Kamarası, zaman içinde değişen toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde evrilmeyi başarmaktadır.

Ayrıca Lordlar Kamarası, halkın manipülasyonuna açık karar süreçleri, siyasi partilerin olumsuz etkileri, popülizm, düşük nitelikli yasama ve liderlerin meclis üzerinde orantısız etkisi gibi tek meclisli sistemlere yöneltilen birçok eleştiriye karşı kurumsal bir denge unsuru olarak işlev görmeye devam etmektedir. Bu yönüyle Lordlar Kamarası, çift meclisli sistemlerin günümüz demokrasilerinde nasıl sürdürülebilir kılınabileceğine dair önemli dersler sunmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

‘A Smaller House of Lords: The Report of the Lord Speaker’s Committee on the Size of the House - Public Administration and Constitutional Affairs Committee - House of Commons’ <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmpubadm/662/66204.htm>> Erişim 22 Nisan 2025.

‘Addressing Members of the Lords’ <<https://www.parliament.uk/business/lords/whos-in-the-house-of-lords/how-to-address-a-lord/>> Erişim 22 Nisan 2025.

Arsel İ, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)* (Doğuş Matbaacılık 1964).

Baldwin N, ‘The Membership and Work of the House of Lords’ in Brice Dickson and Paul Carmichael (eds), *The House of Lords: its parliamentary and judicial roles* (Hart Publishing 1999).

Brader C, ‘Lords Spiritual in the House of Lords Explained’ <<https://lordslibrary.parliament.uk/lords-spiritual-in-the-house-of-lords-explained/>> Erişim 22 Nisan 2025.

Clarke M and others, *Politics UK* (Bill Jones, Philip Norton and Isabelle Hertner eds, Tenth edition, Routledge 2022).

Coakley J, ‘The Strange Revival of Bicameralism’ (2014) 20 *The Journal of Legislative Studies* 542.

‘Criteria Guiding the Assessment of Nominations for Non-Party Political Life Peers - House of Lords Appointments Commission’ <<https://lordsappointments.independent.gov.uk/how-to-apply-2/criteria-guiding-the-assessment-of-nominations-for-non-party-political-life-peers-2/>> Erişim 22 Nisan 2025.

Davies JM, ‘The House of Lords: Britain’s Second Chamber in Transition’ in Rajya Sabha (ed), *Second Chambers: Bicameralism Today*.

Gebauer B, ‘Das Britische Oberhaus: Aufdem Weg Zu Mehr Demokratie?’ in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.23/html>> Erişim 17 Nisan 2025.

Gneist R von, *Der Rechtsstaat* (Springer Berlin / Heidelberg 1872).

Görge N, ‘The Survival Of British Monarchy: Transition From Absolute Monarchy To Constitutional Monarchy’ (2024) 28 *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 399.

- , 'THE NATURE AND PROBLEMS OF THE ROYAL PREROGATIVE IN THE ENGLISH LEGAL SYSTEM' [2024] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/en/doi/10.15337/suhfd.1410591>> Erişim 23 Nisan 2025.
- , 'The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model' (2024) 30 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 155.
- Haas CM, 'Sein Oder Nicht Sein: Bikameralismus Und Die Funktion Zweiter Kammern' in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.1/html>> Erişim 17 Nisan 2025.
- , 'Zweite Kammer Erster Klasse: Der US-Senat' in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.23/html>> Erişim 17 Nisan 2025.
- Hatschek J, *Handbuch der mittelalterlichen und neueren Geschichte: Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Victoria* (Georg von Below ed, Oldenbourg Wissenschaftsverlag 1913).
- 'Hereditary Peers Removed' <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/overview/hereditarypeersremoved/>> Erişim 22 Nisan 2025.
- 'House of Lords - Annual Report and Accounts 1999-2000' <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldbrief/10402.htm>> Erişim 22 Nisan 2025.
- 'House of Lords (Hereditary Peers) Bill - Parliamentary Bills - UK Parliament' <<https://bills.parliament.uk/bills/3755>> Erişim 22 Nisan 2025.
- 'House of Lords: MPs Back Ending All Hereditary Peers' <<https://www.bbc.com/news/articles/c0rg98rl9p2o>> Erişim 22 Nisan 2025.
- Hübner E and Münch U, *Das politische System Großbritanniens: eine Einführung* (Originalausgabe, 2, aktualisierte Auflage, Verlag C H Beck 1999).
- 'Inter-Parliamentary Union, National Parliaments' <<https://www.ipu.org/national-parliaments>> Erişim 17 Nisan 2025.
- İlhan A, 'ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN MEMLEKETİMİZDE TATBİKİ HUSUSUNDA BAZI DÜŞÜNCELER' (1955) 12 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.
- Jackson A, 'Ireland, the Union, and the Empire, 1800-1960' in Kevin Kenny (ed), *Ireland and the British Empire* (Oxford University Press 2005) <<https://academic.oup.com/book/8371/chapter/154057494>> Erişim 22 Nisan 2025.
- Jahn D, *Einführung in die vergleichende Politikwissenschaft* (2. Aufl. 2013, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2013).

- Kama S, 'Parlamberter Hükümet Sistemi Olarak "Westminster Modeli" Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme' (2016) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161.
- Kluxen K, *Geschichte Englands: von den Anfängen bis zur Gegenwart* (Kröner 1968).
- Lijphart A, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (2nd edn, Yale University Press 2012).
- Loewenstein K, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien: Parlament · Regierung · Parteien* (Springer Berlin Heidelberg 1967).
- Longford FP, *A History of the House of Lords* (Sutton Pub Ltd 1999).
- 'Lords Membership - by Peerage - MPs and Lords - UK Parliament' <<https://members.parliament.uk/parties/lords/by-peerage>> Erişim 22 Nisan 2025.
- 'Lords Select Committees' <<https://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/lords-select-committees/>> Erişim 22 Nisan 2025.
- 'Majority of Public Support House of Lords Appointments Reform | The Constitution Unit - UCL - University College London' <<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/news/2022/oct/majority-public-support-house-lords-appointments-reform>> Erişim 22 Nisan 2025.
- 'Making Laws: House of Lords Stages' <<https://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/making-laws/>> Erişim 22 Nisan 2025.
- Marschall S, *Parlamentarismus: eine Einführung* (2nd edn, Nomos 2016).
- Merritt EC, 'Who Is in the House of Lords? Members with Backgrounds and Professional Experience in Public Life' <<https://lordslibrary.parliament.uk/house-of-lords-backgrounds-in-public-life/>> Erişim 22 Nisan 2025.
- Norton P, *Reform of the House of Lords* (Manchester University Press 2017).
- Renwick A and others, 'Public Preferences for Integrity and Accountability in Politics Results of a Second Survey of the UK Population Third Report of the Democracy in the UK after Brexit Project' (The Constitution Unit 2023) <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution_unit/files/ucl_cu_report3_digital_final.pdf>
- 'Role and Work of the House of Lords' <<https://www.parliament.uk/about/faqs/house-of-lords-faqs/role/>> Erişim 22 Nisan 2025.
- Russell M, *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revived* (Oxford University Press, Incorporated 2013).
- Schwarz-Liebermann von W, *Struktur Und Funktion Der Sogenannten Zweiten Kammer, Mohr Siebeck* (Mohr Siebeck 1958).
- 'Select Committees' (*Institute for Government*, 23 May 2024) <<https://www.institutefor government.org.uk/explainer/select-committees>> Erişim 22 Nisan 2025.

‘Select Committees’ <<https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/>> Erişim 22 Nisan 2025.

Shell D, *The House of Lords* (Manchester University Press 2007).

Stephen J, *Scottish Presbyterians and the Act of Union 1707* (Edinburgh University Press 2007).

Strauch S, *House of Lords: Geschichte und Stellung des höchsten Gerichts im Vereinigten Königreich* (LIT 2003).

Sturm R SS, ‘Wozu Zweite Kammern? Zur Repräsentation Und Funktionalität Zweiter Kammern in Westlichen Demokratien’ [1992] Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen.

‘The Avalon Project: Magna Carta’ <<https://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>> Erişim 21 Nisan 2025.

‘The Commission - House of Lords Appointments Commission’ <<https://lordsappointments.independent.gov.uk/the-commission-2>> Erişim 22 Nisan 2025.

‘The Parliament Acts - UK Parliament’ <<https://www.parliament.uk/about/how/laws/parliamentacts/>> Erişim 22 Nisan 2025.

‘The Second Chambers of Parliaments and Their Functions in the 21st Century’ <<https://www.parlament.ch/de/reden/Seiten/reden-archiv/reden-2006/rede-buettiker-2006-09-29/Seiten/default.aspx>> Erişim 17 Nisan 2025.

Torrance D, ‘How Are Life Peers Created?’ <<https://commonslibrary.parliament.uk/how-are-life-peers-created/>> Erişim 22 Nisan 2025.

Tsebelis G and Money J, *Bicameralism* (Cambridge University Press 1997).

Uran Murphy P, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Yetkin Yayınları 2008).

‘What Does the House of Lords Do? | The Constitution Unit - UCL - University College London’ <<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/explainers/what-does-house-lords-do>> Erişim 22 Nisan 2025.

‘What Does the House of Lords Do? - UK Parliament’ <<https://www.parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/what-the-lords-does/>> Erişim 22 Nisan 2025.

Zink W, ‘Der Belgische Senat - Institution Unter Denkmalschutz?’ in Gisela Riescher, Sabine Ruß and Christoph M Haas (eds), *Zweite Kammern* (Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH 2010) <<https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.1524/9783486710106.211/html>> Erişim 17 Nisan 2025.

Yargılama Sürecinde Hâkim/Heyet Değişikliği Yaşanması: Doğrudan Doğrualık İlkesi Bağlamında Bir Değerlendirme^(*)

Changes in the Composition of the Criminal Court During the Trial: An Assessment in the Context of the Principle of Immediacy

Kerim ÇAKIR^(**)
İbrahim AKAR^(***)

Öz:

Doğrudan doğrualık ilkesi, ceza muhakemesinin en temel ilkelerinden biridir. Bu ilke, tüm delillerin, olabildiğince en orijinal halleriyle, duruşmaya getirilerek tarafların tartışmasına açılması ve hâkimin duruşmada tartışılmış bulunan bu delillerden edindiği kanaate göre hüküm vermesi anlamına gelir. Bu ilke gereğince hâkim ile delil arasına başka bir aracı girmemeli, hâkim tüm delillerle ilk elden temas kurarak, kanaatini doğrudan edinmelidir. İlke bu şekilde ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmada yardımcı bir rol üstlenmektedir. İlke aynı zamanda tüm delillerin aleni bir duruşmada ortaya konulmasını ve tarafların tartışmasına açılmasını sağlayarak adil bir yargılama yapılmasını da temin etmiş olmaktadır.

Doğrudan doğrualık ilkesinin bu fonksiyonlarını hakkıyla yerine getirebilmesi, duruşmada ortaya konulmuş delillerden hareketle oluşan kanaatin nihai kararda ifadesini bulmasıyla mümkündür. Başka bir ifadeyle, hükmün delillerden hareketle yargılama sürecinde oluşan kanaate göre verilmesi gerekir. Bu ise hâkim/heyetin tüm yargılama boyunca aynı kalmasını,

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.07.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 19.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1737392

Bu makaleye atıf için; ÇAKIR, Kerim / AKAR, İbrahim, “Yargılama Sürecinde Hâkim/Heyet Değişikliği Yaşanması: Doğrudan Doğrualık İlkesi Bağlamında Bir Değerlendirme”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 501-535

Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan “*Ceza Muhakemesinde Doğrudan Doğrualık İlkesi*” adlı doktora tezinden üretilmiştir.

^(**) Doç. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: hozcan@29mayis.edu.tr
Orcid: 0000-0003-1821-9935

^(***) Arş. Gör., Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı; Doktora Öğrencisi, Marmara Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: ibrahim.akar2@bogazici.edu.tr
Orcid: 0000-0003-0317-9037

değişmemesini gerektirir. Yargılama sürecinde hâkim/heyet değişikliği yaşanması halinde, yeni hâkim/heyet duruşmada ortaya konulmuş olan delillerden değil, duruşma tutanaklarından ve dava dosyasından hareketle kanaatini edinirse belgeye dayalı oluşmuş dolaylı bir kanaate göre hüküm verilmiş olacaktır. Bu şekilde verilecek bir hüküm, kural olarak adil yargılanma hakkıyla ve doğrudan doğruyalık ilkesiyle bağdaşmaz.

Ancak Türkiye de dahil tüm yargı düzenlerinde çeşitli nedenlere bağlı olarak mahkeme hâkim/heyetinde değişiklik yaşandığı da bir vakıdır. İşte bu makalede, yargılama sırasında yaşanacak olacak hâkim/heyet değişiklikleri, AİHM ve AYM kararları ışığında, doğrudan doğruyalık ilkesi penceresinden bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Çalışmamızda kanun ve uygulamamız irdelenmiş, Türk hukukunda hâkim/heyet değişikliği yaşanmasına bağlanan sonuçların yüksek mahkeme kararları ve doğrudan doğruyalık ilkesinin gerekleri ile ne oranda örtüştüğü ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Hâkim/Heyet Değişikliği, Doğrudan Doğruyalık İlkesi, Adil Yargılanma Hakkı, Delillerin Tartırılması, Vicdani Kanaat.

Abstract:

The principle of immediacy constitutes one of the fundamental principles of criminal procedure. This principle requires that all evidence, to the extent possible in its original form, be brought before the court and subjected to an adversarial examination by the parties, and that the judge renders a decision based on the evidence discussed during the trial. In accordance with this principle, no intermediary should come between the judge and the evidence; the judge must directly engage with all evidence and form his/her conviction firsthand. In this manner, the principle assumes a supporting role in achieving the primary objective of criminal procedure, which is to ascertain the material truth. At the same time, by ensuring that all evidence is presented in a public hearing and subjected to an adversarial examination, the principle also guarantees the conduct of a fair trial.

For the principle of immediacy to properly serve its functions, the final judgment must reflect the conviction that is formed based on the evidence presented during the trial. In other words, the judgment should be rendered in accordance with the conviction formed during the trial based on the evidence. This, in turn, necessitates the continuity of the judge/panel throughout the proceedings without any change. In the event of a change in the composition of the criminal court during the trial, if the newly appointed judge/panel forms its conviction not on the basis of the evidence presented at trial but by relying on the transcripts and the case file, the judgment would be rendered based on an indirect conviction derived from documentary sources. As a rule, a judgment rendered in such a manner would be incompatible with the right to a fair trial and the principle of immediacy.

However, it is a fact that in all judicial systems, including that of Turkey, changes in the judge/panel may occur due to various reasons. This article evaluates the issue of changes in the composition of the criminal court during the course of the trial from the perspective of the principle of immediacy, in light of the judgments of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Turkey. In this study, the relevant legislation and its practical application are examined, and it is sought to determine the extent to which the consequences attached to the replacement of the judge/panel in Turkish law align with the requirements of the principle of immediacy and the jurisprudence of the high courts.

Keywords:

Changes in the Composition of the Criminal Court, The Principle of Immediacy, Right to a Fair Trial, Adversarial Examination of the Evidence, Conscientious Conviction.

Extended Summary:

As in every legal system, changes in the judge/judicial panel frequently occur during the course of proceedings within the Turkish legal system as well. When a portion of the trial is conducted by one judge/panel and subsequently continued by a new judge/panel, a significant issue arises as to whether the new judge/panel can form a sound conscientious conviction regarding the facts of the case. Indeed, when the new judge/panel has not directly engaged with the evidence, and instead attempts to learn about the proceedings conducted by the previous judge/panel solely through reading the hearing transcripts and continues the trial from where it was left off, it becomes difficult to reach an accurate conclusion concerning the case. For this reason, a change in judge/panel carries the risk of violating the right to a fair trial and the principle of immediacy, which constitutes a crucial element of this right.

In this study, the issue of changes in the judge/judicial panel during the proceedings is examined within the context of the principle of immediacy. The principle of immediacy is one of the fundamental principles of criminal procedure. This principle requires that all evidence be brought before the court in its most original form possible, be available for discussion by the parties, and that the judge should render a judgment based on this evidence. According to this principle, there must be a continuous and direct relationship between the judge and the evidence, and no intermediary should come between them. The principle of immediacy is premised on the notion that learning about the facts of the case directly from the source, first-hand, will be more beneficial in reaching the truth. It therefore prioritizes the direct hearing of persons possessing knowledge about the case by the court over the reading of minutes containing their statements. In this respect, the principle favors orality over written procedure and directness over indirectness.

In this manner, the principle of immediacy serves both to facilitate the ascertainment of the material truth and to contribute to the fairness of the proceedings by ensuring that all evidence is presented publicly in the hearing and subjected to collective discussion by the parties. For the principle of immediacy to properly fulfill these functions, it is necessary that the conviction formed based on the evidence presented during the hearing be reflected in the final judgment. In other words, the judgment should be rendered in accordance with the conviction formed during the proceedings based on the evidence. This, in turn, requires that the judge/panel remain the same throughout the proceedings without any changes. As a rule, a change in the judge/panel during the proceedings constitutes a violation of the principle of immediacy.

However, the principle of immediacy cannot be interpreted as an absolute obstacle to any changes in the composition of the court. Changes in the judge/panel may become unavoidable due to certain compelling reasons. The ECtHR adopts the general approach of determining whether adequate measures have been taken to enable the new judge/panel to sufficiently understand the evidence and the claims and defenses presented. In this respect, the ECtHR examines in each case whether it would be sufficient for the new judge/panel to rely solely on reading the transcripts. In cases where a significant witness is involved, particularly when the majority of the panel has changed, it requires the re-examination of such a witness. On the other hand, the ECtHR generally considers it sufficient for the new judge/panel to read the hearing transcripts in situations where only one judge of the panel has changed while the others remain the same, or where the credibility of the witness is not in dispute.

In Turkish law, changes in the judge/panel may occur for various reasons. In cases where a change in the judge/panel occurs due to the recusal of a judge or a finding of lack of jurisdiction, the law stipulates that, as a rule, the hearing should be restarted from the beginning. Within this framework, the new judge/panel will re-examine all defendants and witnesses and will re-engage with all evidence from the beginning. However, this solution is limited only to cases of recusal and lack of jurisdiction. The general provision related to changes in the judge/panel in the Turkish Code of Criminal Procedure (CCP) is the institution of “substitute judge”. According to the law, a substitute member who has followed the hearings may continue from where the replaced judge

has left off. However, it should be noted that, in practice, the institution of substitute judges is never utilized.

In Turkish practice, the new judge/panel generally continues from where the replaced judge/panel has left off, attempting to learn about the previous proceedings by reading the hearing transcripts. This practice is incompatible with the requirements of the right to a fair trial and the principle of immediacy. In our opinion, when a change in the judge/panel occurs, the new judge/panel should, at a minimum, re-engage with the significant evidence directly.

Another problematic aspect regarding changes in the composition of the court within Turkish law is where the judgment is rendered by one judge but the reasoning is drafted by another judge. According to the law, if the judge who rendered the judgment becomes unable to write the reasoning for any reason, a new judge is required to draft the reasoning in accordance with the judgment rendered. This provision in the CCP constitutes a clear violation of the principle of immediacy. Ideally, it is the judgment that should be written in accordance with the reasoning, not the reasoning in accordance with the judgment. That being said, in our view, if the judge becomes unable to draft the reasoning after rendering the judgment, the new judge should either restart the hearing or, at the very least, re-examine the significant evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi uygulamamızda tüm delillerin bir celsede ortaya konularak tarafların tartışmasına açıldığına ve yargılamanın bu şekilde bitirildiğine pek rastlanmamaktadır. Uygulamada neredeyse her zaman yargılama süreci birden çok celseden oluşmakta ve her bir celsede farklı ceza muhakemesi işlemleri yapılmaktadır. Bu çerçevede bir celsede sanık dinlenirken, bir diğerinde tanıklar dinlenebilmekte, başka bir celsede ise bir belge delili okunarak tartışmaya açılabilir. Bu şekilde ilerleyen yargılama sürecinde ortaya konulan bu delillerden mahkeme hâkiminin/heyetinin vicdani kanaati şekillenmeye başlamaktadır. Ancak muhakeme bu şekilde belli bir aşamaya getirildikten sonra herhangi bir nedenle hâkim/heyet değişikliği yaşanabilmektedir. Böyle bir durumda yeni hâkim/heyet o ana kadar yapılmış olan işlemleri tekrarlayıp tekrarlamayacağı, önceki işlemlere ait tutanakları okumasının yeterli olup olmayacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. İşte bu çalışmada hâkim/heyet değişikliğinden kaynaklanan bu sorun, doğrudan doğruluk ilkesi bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Çalışmanın ilk kısmında doğrudan doğruluk ilkesinin genel çerçevesi ortaya konulmuş, ilkenin anlamı, fonksiyonu ve türleri kısaca izah edilmiştir. Devamında doğrudan doğruluk ilkesinin hâkim/heyet değişikliği ile olan ilişkisi ele alınmıştır. Bundan sonra ise AİHM ve AYM'nin bu meseleye yaklaşımı üzerinde durulmuş, yüksek mahkemelerin hangi somut olayda ne şekilde kararlar verdiği ortaya konulmuştur. Konunun teorik boyutları ve konuyla ilgili yargısal içtihatlar bu şekilde açıklandıktan sonra, çalışmanın son kısmında Türk hukukundaki durum ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle Türk hukukunda ret veya görevsizlik nedeniyle hâkim/heyet değişikliği yaşanmasına bağlanan sonuçlar değerlendirilmiştir. Sonrasında ret ve görevsizlik dışında bir nedenle (görev yeri değişikliği gibi) hâkim/heyet değişikliği yaşanması konusu tartışılmıştır. Bundan sonra, kanun yollarında bozma kararı verilmesi üzerine dosyanın kararı bozulan mahkemeden başka bir mahkemeye gönderilmesi ve buna bağlı olarak yaşanan hâkim/heyet değişikliğinin sonuçları irdelenmiştir. Son olarak ise CMK md. 232/5 kapsamında hükmün bir hâkim tarafından verilip gerekçenin başka bir hâkim tarafından yazılması meselesi ele alınmıştır.

I. GENEL OLARAK DOĞRUDAN DOĞRULUK İLKESİ

Doğrudan doğruluk ilkesi, ceza uyumsuzluğunun esası hakkında karar verecek olan mahkemenin davaya konu olaya ilişkin kanaatini ancak duruşmaya getirilmiş ve tarafların kolektif katılımıyla üzerinde tartışılmış bulunan deliller-

den edinmesini, hükmünü de ancak bu delillere dayandırabilmesini ifade etmektedir¹. Doğrudan doğruyalık ilkesi, CMK’da bir kavram olarak açıkça zikredilmiş olmamakla birlikte, kanunun birçok hükmü ilkenin gereklilikleri göz önünde bulundurularak kaleme alınmıştır. Doğrudan doğruyalık ilkesinin kanundaki en somut ifadesi, “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*” şeklinde kaleme alınmış olan CMK md. 217/1 hükmüdür².

Bu şekilde tanımlanabilecek olan doğrudan doğruyalık ilkesinin izlerini, yargılama sürecinde delillerin ele alınma ve değerlendirilme biçiminden hareketle, Roma İmparatorluğu Cumhuriyet Dönemi’nin ilk zamanlarına kadar sürmek mümkündür³. Ancak ilke ceza muhakemesinde müstakil bir kavram olarak, gizlilik ve yazılılığın hakim olduğu Orta Çağ tahkik sistemine karşı yürütülen reform çabalarının temel bir sloganı ve bu yöndeki mücadelenin kazanımlarından biri olarak 19. Yüzyıl’da ortaya çıkmıştır⁴. Denilebilir ki günümüzdeki anlamıyla doğrudan doğruyalık ilkesi, Orta Çağ tahkik sisteminin yazılı/gizli yargılama usulüne bir tepki olarak doğmuştur⁵. Ceza muhakemesinin son iki yüzyılına damgasını vurmuş olan bu ilke, günümüzde etkisini ve önemini hala korumaktadır.

Doğrudan doğruyalık ilkesi doktrinde çoğunlukla “*şekli anlamda doğrudan doğruyalık*” (formal view of the principle of immediacy) ve “*maddi anlamda doğrudan doğruyalık*” (substantive view of the principle of immediacy) olarak

¹ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 22. Baskı, Beta, İstanbul, 2024, s. 793; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ALAN, Esra / GEZER, Özge Sırma / SAYGILAR, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / TÜTÜNCÜ, Efser Erden / TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 145; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2024, s. 149; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 79; TRECHSEL, Stefan, **Human Rights in Criminal Proceedings**, Oxford University Press, 2005, s. 224; TURANJANIN, Veljko, “The Principle of Immediacy Versus the Efficiency of Criminal Proceedings: Do Changes in the Composition of the Trial Panel Violate the Right to a Fair Trial?”, **Nordic Journal of Human Rights**, 2021, 39:1, s. 75.

² YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 822; ÖZTÜRK/DİĞERLERİ, s. 146.

³ ANDRZEJ, Chmiel, “Immediacy Principle in the Roman Criminal Procedure”, **Krytyka Prawa**, 2016, 8(2), s. 4.

⁴ ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 43.

⁵ DAMASKA, Mirjan, “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, **University of Pennsylvania Law Review**, 1973, 121(3), s. 517; MELIM, Mafalda Moura, “Immediacy at the First Instance Trial”, **Fairness in Criminal Appeal, A Critical and Interdisciplinary Analysis of the ECtHR Case-Law**, Ed. Helena Morão/Ricardo Tavares da Silva, Springer, 2023, s. 125.

ikiye ayrılarak incelenmektedir⁶. Şekli anlamda doğrudan doğruluk ilkesi, hâkimin sadece duruşmada ortaya konulmuş delillerden edindiği kanaate göre hüküm vermesi anlamına gelmektedir⁷. Buna göre, hâkim tüm delillerle doğrudan ve sürekli bir ilişki ve temas kurmalı, deliller mahkeme huzurunda tartışılmalı, delillerle mahkeme arasına herhangi bir araç girmemeli, hâkim deliller hakkında başka bir hâkimin “gözü ve kulağıyla” bilgi sahibi olunmamalıdır⁸. Şekli anlamda doğrudan doğruluk ilkesi gereğince hâkimin vicdani kanaatinin oluşum süreci ancak “duruşmada” ortaya konulan delillerle gerçekleşebilecektir⁹. Bu çerçevede mahkeme; tarafları, tanıkları ve yargılamaya katılan diğer kişileri duruşmada bizzat görüp dinleyecek, belge delilini okuyacak, belirti delili söz konusuysa bunu duruşma salonunda veyahut da mahalde keşfe konu yapacaktır¹⁰. Bu şekilde uyuşmazlık konusu olay duruşmada tekrarlanmış, dosya üzerinden karar verilmemiş olacaktır¹¹. Şekli anlamda doğrudan doğruluk ilkesi, hükme etki edebilecek olan tüm delillerin duruşmaya getirilmesini, bu delillerin tartışmaya açılmasını (*çelişme ilkesi*), esas hakkında karar verecek olan hâkimin tüm duruşma boyunca hazır olmasını ve değişmemesini gerektirmektedir¹². Görüldüğü üzere şekli anlamda doğrudan doğruluk ilkesi, yargılamada delillerin kim tarafından ve nasıl inceleneceği ile ilgili bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır¹³. Buna karşılık maddi anlamda doğrudan doğruluk ilkesi ise, hâkimin yapacağı değerlendirmelerde hangi delilleri esas alacağıyla ilgilidir. Başka bir ifadeyle şekli anlamda doğrudan doğruluk ilkesi, hâkimin delillerden ne şekilde bilgi sahibi olacağıyla ilgilenirken maddi anlamda doğrudan doğruluk ilkesi, delillerin kalitesiyle ilgilenmektedir¹⁴. Bu ilke uyarınca mah-

⁶ GROENHUIJSEN, Marc S. / SELÇUK, Hatice, “The principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of European Human Rights Law”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, 126(1), s. 249.

⁷ HOFMANN, Robin, “Formalism Versus Pragmatism - A Comparative Legal and Empirical Analysis Of The German And Dutch Criminal Justice Systems With Regard To Effectiveness And Efficiency”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, 28(4), s. 469.

⁸ ŞAHİN, s. 28; GÖKPINAR, Mahmut, “Ceza Muhakemesinin Temel Bir İlkesi Olarak Delillerin Doğrudan Doğruluğu”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, C. 14, S: 2, s. 948.

⁹ Doktrinde buna “*yer bakımından doğrudan doğruluk*” da denilmektedir. Bkz. ŞAHİN, s. 29.

¹⁰ ÖZTÜRK/DİĞERLERİ, s. 145-146; ARTUÇ, Mustafa / ELMAS, Mehmet Tevfik, *Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 119; ÇEVİK, Yasin, *Ceza Muhakemesinde İspat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 81.

¹¹ GÖKPINAR, s. 948.

¹² TURANJANIN, s. 75-76.

¹³ TURGUT, Bahar, *Ceza Muhakemesinde Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025, s. 29.

¹⁴ ŞAHİN, s. 34; GÖKCAN, Hasan Tahsin, “İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları”, *TAAD*, 2012, Y.3, S. 10, s. 441; GÖKPINAR, s. 950.

keme, değerlendirmelerinde maddi olaya en yakın olan ve güvenilir bulunan delilleri dikkate almalı, kanaatini de yine bu delillerden hareketle oluşturmalıdır¹⁵. Buna göre mahkeme, olayı temsil eden asıl, birincil/doğrudan delilleri (orijinal deliller), bu asıl delillerin yeniden üretimi (*reproduction*) olan ikincil/dolaylı delillere tercih etmelidir¹⁶. Bu ikincil deliller ancak birincil delillere ulaşılamaması halinde kullanılmalıdır¹⁷. İlke uyarınca mahkeme kullanımına hazır olan delillerden en doğrudan olan, esasa ve olaya en yakın olan, başka bir ifadeyle “*kullanılması halinde ispatlanması gereken konuyu açıklamaya en çok yaklaştıran*” delili seçmeli ve bunu kullanmalıdır¹⁸. Kısaca ifade etmek gerekirse maddi anlamda doğrudan doğrualık ilkesi, delili ve delilin kaynağını orijinal haliyle incelemeyi talep etmektedir¹⁹. Maddi anlamda doğrudan doğrualık ilkesinin kabullerine göre, delil ile hâkim arasına ne kadar çok aracı girerse, delilin değeri de o oranda düşecektir²⁰. Bu sebeple, ispatı gereken olayla ilgili olarak en doğrudan sonuçların çıkarılmasına imkan tanıyan delillere yönelinmelidir²¹.

Doğrudan doğrualık ilkesi olayı kaynağından, ilk elden öğrenmenin gerçeğe ulaşma konusunda daha yararlı olacağı kabulünden hareket etmekte, mahkemenin olaya ilişkin bilgi sahibi olan kişileri bizzat dinlemesini, onların ifadelerini içeren tutanakların okunmasına tercih etmektedir. Bu yönüyle ilke, yazılılığa karşı sözlülüğü, dolaylılığa karşı doğrudanlığı üstün tutmaktadır. Ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşmada en güvenilir yol, mahkemenin delillerle doğrudan temas kurması, deliller arasında en iyisine yönelmesi, olayı olabildiğince kaynağından, ilk elden öğrenmeye çalışmasıdır²². Doğrudan doğrualık ilkesi, mahkemenin birincil delil kaynakları olan sanık, tanık ve mağdurları ve yine bilirkişileri bizzat dinlemesini gerektirmekte, bunların ifadelerini içeren tutanakların dinleme yerine geçecek şekilde okunmasını kural olarak yasaklayarak mahkeme ile maddi gerçek arasına “*kağıttan bir duvar*” örülmesine engel olmaktadır²³. İşte doğrudan doğrualık ilkesi bu şekilde ceza

¹⁵ BEULKE, Werner, “Muhakeme İlkeleri”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 451.

¹⁶ GROENHUIJSEN/SELÇUK, s. 9.

¹⁷ GÖKPINAR, s. 950.

¹⁸ ARSLAN, Aziz Serkan, “Doğrudanlık İlkesi”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, 2014, C. 4, S. 2, s. 137.

¹⁹ ÇEVİK, s. 81-82.

²⁰ ŞAHİN, s. 33.

²¹ GÖKPINAR, s. 950.

²² ŞAHİN, s. 34.

²³ ARSLAN, s. 135.

muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşmada önemli araç olarak ortaya çıkmaktadır²⁴.

Doğrudan doğrualık ilkesi, sadece maddi gerçeğe ulaşmaya hizmet etmekle kalmamakta, tüm delillerin aleni duruşmada tarafların bilgisine sunulmasını ve bu deliller üzerinde kolektif bir tartışma yürütülmesini temin etmesi itibarıyla yargılamanın adil olmasına da katkıda bulunmaktadır. İlke bu fonksiyonunu özellikle tanıkların dinlenmesi noktasında icra etmektedir. Gerçekten de doğrudan doğrualık ilkesi tüm tanıkların duruşmada hazır edilerek dinlenmesini sağladığı için savunma tarafının bu tanıkları sorgulaması ve onlarla yüzleşmesi mümkün olmaktadır²⁵. İlke bu şekilde tanık sorgulama hakkını temin ettiği gibi daha genelde, tüm delillerin duruşmada ortaya konulmasını, tarafların duruşmada bu delilleri inceleyebilmesini ve deliller üzerinde yapılacak tartışmalara aktif bir şekilde katılmasını sağlayarak çelişmeli bir yargılama gerçekleştirilmesini de temin etmektedir²⁶.

II. HÂKİM/HEYET DEĞİŞİKLİĞİ VE DOĞRUDAN DOĞRUALIK İLKESİ İLİŞKİSİ

Tüm hukuk düzenlerinde çeşitli nedenlere bağlı olarak hâkim/heyet değişiklikleri yaşanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, özellikle de yargılamanın yıllara yayıldığı senaryolarda, hâkim/heyet değişikliği yaygın olarak görülmektedir²⁷. Türk yargı düzeninde de mahkeme hâkiminin veya heyetinin değişmesi sıklıkla rastlanan bir durumdur. Bu değişiklikler, fiili nedenlerden kaynaklanabildiği gibi hukuki nedenlerden de kaynaklanabilmektedir. Deprem, uzun süreli hastalık, ölüm gibi bir nedene bağlı olarak mahkeme hâkiminin/heyetinin değişmesi fiili nedenlere; hâkimin davadan çekinmesi veya reddi, görevsizlik, bozma kararı üzerine dosyanın kararı bozulan mahkemeye değil başka bir mahkemeye gönderilmesi, dosyaların üst yetkili mahkemede birleştirilmesi, bir üst dereceli mahkemeye terfi ve başka bir yer mahkemesine atanma gibi bir nedene bağlı olarak mahkeme hâkiminin/heyetinin değişmesi ise hukuki nedenlere örnek olarak verilebilir. Bu hâkim/heyet değişikliği sebeplerinden uygulamada en sık karşılaşılanı ise hiç kuşkusuz Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından

²⁴ TURGUT, s. 44.

²⁵ SPENCER, John R, "Proactive Policing and the Principles of Immediacy and Orality", **Invading the Private- State Accountability and New Legislative Methods in Europe**, Ed. Stewart Field/Caroline Pelsler, Routledge, Londra, 1998, s. 359.

²⁶ TURGUT, s. 44.

²⁷ TURANJANIN, s. 77, 82.

her yıl çıkarılan adli yargı kararnameleleri ile hâkimlerin görev yerlerinin değıştirmesidir. HSK tarafından her yıl yüzlerce hatta binlerce hâkimin görev yeri ve dolayısıyla mahkemesi değıştirilmektedir²⁸.

İster fiili ister hukuki bir nedenden kaynaklanmış olsun değışen hâkimin/heyetin daha önce yaptığı işlemlerinin akıbetinin ne olacağı önem arz etmektedir. Gerçekten de duruşmada tanık veya sanık dinlenmiş, deliller üzerinde bir takım tartışmalar yapılmış, keşif yapılmış, muhakeme belli bir aşamaya getirilmiş, hâkimin/heyetin vicdani kanaati bu işlemlerin sonucunda şekillenmeye başlamış ve ancak bundan sonra hâkim/heyet değışikliği yaşanmış olabilir. Böyle bir durumda yeni hâkim/heyetin o ana kadar yapılmış olan işlemleri tekrarlayıp tekrarlamayacağı, önceki işlemlere ait tutanakları okumasının yeterli olup olmayacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Belirtelim ki bu sorun doğrudan doğruyalık ilkesi ile yakından ilgilidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, doğrudan doğruyalık ilkesi çerçevesinde tüm delillerin duruşmada ortaya konulması, mahkeme huzurunda tartışılması, olayın adeta duruşmada yeniden “canlandırılması” gerekir. Bu şekilde delillerle doğrudan temas kurmuş, tanıkları dinlemiş olan hâkim/heyet, sanığın ceza hukuku sorumluluğu konusunda çok önemli bilgilere ve izlenimlere sahip olacaktır. Doğaldır ki yargılama boyunca bu şekilde oluşmaya başlayan kanaatin yargılama sonunda kurulacak hükümde ifadesini bulabilmesi için mahkemenin aynı kalması, değışmemesi gerekir²⁹. Yargılamada hâkim/heyet değışikliği yaşandığında ve bu yeni hâkim/heyet o ana kadarki işlemleri tutanaklardan okumakla yetinerek duruşmaya kaldığı yerden devam ettiğinde, kanaatini doğrudan doğruyalık ilkesi çerçevesinde duruşmada ortaya konulmuş delillerden değil, tutanakların delilleri yansıtılabildiği oranda dolaylı yoldan edinmiş olmaktadır. Bu noktada duruşmada gerçekleşen her şeyin, söylenen her sözün, yapılan tüm tartışmaların tutanağa eksiksiz geçirilmesinin imkansız olduğu da hesaba katılmalıdır. Özellikle duruşmaya katılan sanığın, tanığın veya diğer kişilerin jest ve mimikleri, ses tonları, vurguları, terlemesi, kızarması, heyecanlanması, paniklemesi gibi onların güvenilirliği konusunda hâkimde bir kanaat oluşturmaya yardımcı olacak hususların tutanağa bağlanması mümkün değildir³⁰. Bunun da ötesinde uygulamada hâkim/başkan çoğu kez tarafları sadece kısaca dinlemekte,

²⁸ <https://www.trthaber.com/haber/gundem/3-bin-423-hakim-ve-savcinin-gorev-yeri-degisti-782345.html>
Çevrimiçi: 7.05.2024, 13:10.

²⁹ MELİM, s. 128; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 776.

³⁰ KAFES, Veli, “Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması”, **CHKD**, 2015, C. 3, S. 2, s. 192-193.

sonrasında bu ifadeleri özet halinde ve kendi kelimeleriyle tutanağa geçirtmektedir. Bu durum, kimi hallerde davanın seyri bakımından önemli olabilecek bazı hususların duruşma tutanağına geçirilmemesiyle veya söylendiğinden farklı şekilde geçirilmesiyle sonuçlanmaktadır³¹. Bu gerçekler, duruşma tutanaklarının hüküm kurmak için her zaman için elverişli araçlar olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu bakımdan denilebilir ki vicdani kanaat, hâkimden hâkime ciro edilecek tutanaklarla oluşturulamaz³². Tüm bu hususlar gözetildiğinde hâkim/heyette meydana gelecek bir değişikliğin doğrudan doğrularlık ilkesini tehlikeye sokacağı kolaylıkla anlaşılabilecektir³³.

Doğrudan doğrularlık ilkesi gereğince hâkim delillerle duruşmada doğrudan bir ilişki kurmalı ve bu ilişki süreklilik arz etmelidir. Bunun için ise duruşmada delillerle temas kuran ve bu delillerden hareketle nihai bir karar verecek olan hâkimin yargılama süresince değişmemesi gerekir³⁴. Doğrudan doğrularlık ilkesi, delillerle temasa geçip onları incelemiş olan hâkim/heyet ile davanın esası hakkında hüküm kuracak hâkimin/heyetin aynı olmasını gerektirir³⁵. Başka bir ifadeyle, karar verecek olan hâkim/heyet, duruşmayı baştan sona kadar izlemiş hâkim/heyet olmalıdır³⁶. Buna doktrinde mahkeme heyetinin devamlılığı ilkesi (*the principle of continuity of judicial panel*) de denilmektedir³⁷. Buna göre duruşmada yapılacak işlemler, bu işlemleri yapacak kişiler (hâkimler) ve bunların yapılacağı yer ve zaman arasında bir bağlılık olmalı (*bağlılık ilkesi*), duruşma işlemleri önceden duyurulan yer ve zamanda aynı kişiler tarafından yapılmalıdır³⁸. Kısa ve öz bir şekilde ifade etmek gerekirse, doğrudan doğrularlık ilkesi

³¹ Duruşma tutanaklarının duruşmanın içeriğini yansıtırma noktasındaki bu yetersizliği, tutanakların kanun yollarındaki denetimlerde de yeterli katkıyı sağlayamamasına sebebiyet vermektedir. Bkz. CUMHUR, Şahin / NESLİHAN, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 537.

³² SELÇUK, Sami, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, İstanbul, 2013, s. 334.

³³ MELİM, s. 128.

³⁴ ŞAHİN, s. 28; GÖKPINAR, s. 948.

³⁵ “the immediacy principle entails that the court examining the evidence must also be the one determining the destiny of the charge” Bkz. MELİM, s. 128. Benzer yönde bkz. TANER, Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 130. Hâkimin tüm yargılama süresince hazır bulunması ve değişmemesi gereğini ifade etmek için doktrinde *kişisel doğrudan doğrularlık* kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. GÖKPINAR, s. 948.

³⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 538. Benzer şekilde istinaf mahkemesinde açılan duruşmada hazır bulunan hâkimler ile hükme katılacak hâkimlerin de aynı olması gerekir. Bkz. GÖKCAN, s. 441.

³⁷ CAMELİA, Mihaela Bobasu / GHİDİRMİC, Bogdan, “Brief Considerations on the Principle of Immediacy in Criminal Proceedings”, **Journal of Law and Public Administration**, 2021, 7(14), s. 100.

³⁸ KARAKEHYA, Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2007, s. 71.

kendisine delil sunulacak olan süjenin değişmesini (kural olarak) engellemektedir³⁹.

Bir ideal olarak yargılama sürecinde herhangi bir değişikliğin yaşanmaması, yargılamaya başlayan hâkim/heyetin duruşmanın bütününden edindiği kanaate göre hüküm vermesi gerekir. Ancak bu süreçte kaçınılmaz olarak hâkim/heyet değişikliği yaşandığı da bir gerçektir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi doğrudan doğruyalık ilkesi, hâkim/heyet değişikliğinin yaşanmamasını gerektirmekle birlikte, bunun mutlak bir engel olmadığını da ifade etmek gerekir⁴⁰. Başka bir ifadeyle, ceza yargılamalarında sırf hâkim/heyet değişikliğinin yaşanmış olması her zaman için adil yargılanma hakkının ve bu hakkın çok önemli bir unsuru olan doğrudan doğruyalık ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Alınacak çeşitli önlemlerle, hâkim/heyet değişikliğinin yarattığı sıkıntıların giderilmesi mümkündür. Aşağıda öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarında konunun ne şekilde ele alındığı ortaya konulacak, devamında ise Türk hukukundaki mevcut yasal durum ve uygulama, bu içtihatlardan hareketle bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

III. AİHM VE AYM’NİN HÂKİM/HEYET DEĞİŞİKLİĞİ MESELESİNE YAKLAŞIMI

AİHM’e göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 6/1 ve 6/1-3(d), sanıklara yargılama sırasında aleyhe olan tanıkları sorgulama ve bunlara karşı koyma konusunda uygun ve gerekli imkanların sağlanmasını gerektirmektedir⁴¹. Sanığın dava konusu hakkında nihai kararı verecek olan hâkim huzurunda tanıklarla yüzleşmesi ceza yargılamalarının önemli bir ayağıdır. Bir mahkemenin bu yüzleşme sırasında tanıkların davranışları ve güvenilirlikleri konusundaki gözlemleri sanık bakımından önemli sonuçlar doğurabileceğinden, doğrudan doğruyalık ilkesi yargılamada önemli bir teminatır⁴². AİHM’e göre doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince ceza yargılamalarında nihai hüküm, yargılamada ve özellikle de deliller ortaya konulurken hazır bulunan hâkim tarafından verilmelidir⁴³. Bu sebeple önemli bir tanığın dinlenmesinden sonra mahkeme

³⁹ ŞAHİN, s. 28.

⁴⁰ MELİM, s. 129; TURANJANIN, s. 82; YILDIRIM, Akif, “Yargılamada Hâkim (Heyet) Değişiklikleri ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, C. 11, S. 118, s. 190.

⁴¹ AİHM, P.K.-Finlandiya, 37442/97, 09.07.2002, (HUDOC).

⁴² AİHM, Beraru-Romanya, B. No: 40107/04, 18.03.2014, para. 64, (HUDOC).

⁴³ AİHM, Cutean-Romanya, B. No: 53150/12, 02.12.2014, para. 61, (HUDOC).

heyetinde bir değişikliğin yaşanması kural olarak o tanığın tekrardan dinlenmesini gerektirir⁴⁴. AİHM'e göre aynı durum sanıklar bakımından da geçerli olup sanığın da dava hakkında nihai kararı verecek olan hâkim huzurunda bizzat dinlenmesi gerekir⁴⁵.

Ancak AİHM, doğrudan doğrualık ilkesinin yargılama makamında meydana gelebilecek değişiklikler önünde mutlak bir engel olarak yorumlanamayacağını, çok bariz bir takım idari veya usuli nedenlere (*very clear administrative or procedural factors*) bağlı olarak değişiklik olmasının kaçınılmaz olabileceğini kabul etmektedir. Ancak AİHM böyle bir durumda, yeni hâkim/heyetin dava konusu olaya ilişkin delilleri ve olayda ileri sürülen savunma ve iddiaları çok iyi anlamasını sağlayacak önlemlerin alınmış olmasını aramaktadır. Bu bağlamda AİHM'e göre, tanığın güvenilirliği konusunda herhangi bir tartışmanın bulunmadığı hallerde onun ifadesini içeren tutanakların yeni hâkim tarafından okunması yeterli bir önlem olarak kabul edilebilecekken önemli bir görüş veya tanık söz konusu ise bunların yeni hâkim/heyetçe yeniden dinlenmesi gerekebilecektir⁴⁶. Dolayısıyla AİHM, bazı hallerde hâkim/heyet değişikliği dolayısıyla oluşan sorunun tutanak okunması suretiyle telafi edilmesinin mümkün olabileceğini kabul etmektedir⁴⁷. AİHM bu konuda somut olayın şartlarından hareketle tutanak okumanın yeterli bir önlem olup olmadığına karar vermektedir. AİHM'in bu konuya ilişkin çeşitli davalarda verdiği kararları incelemek faydalı olacaktır.

AİHM, tek hâkimli bir mahkemede başvuruçunun tüm tanıklarının ve diğer sanıkların (*co-accused*) dinlenmesinden sonra hâkim değişikliğinin yaşandığı bir olayda, yeni hâkimin söz konusu bu tanıkları ve sanıkları yeniden dinlememiş olmasını Sözleşme'nin ihlali olarak kabul etmiştir. AİHM, başvuruçunun mahkumiyetine dayanak yapılan delillerin hiçbirinin yeni hâkim huzurunda ortaya konmadığına işaret ederek yeni hâkimin tutanaklara erişim imkanının bulunmasının doğrudan doğrualık bakımından oluşan eksikliği telafi etmeyeceğine karar vermiştir⁴⁸. Keza AİHM, görev (madde yönünden yetki) nedeniyle

⁴⁴ AİHM, P.K.-Finlandiya, 37442/97, 09.07.2002, (HUDOC); AİHM, Graviano-İtalya, B. No: 100756/02, 10.02.2005, para. 38, (HUDOC); AİHM, Beraru-Romanya, B. No: 40107/04, 18.03.2014, para. 64, (HUDOC); YILDIRIM, s. 190.

⁴⁵ AİHM, Cutean-Romanya, B. No: 53150/12, 2.12.2014, para. 60, (HUDOC).

⁴⁶ AİHM, P.K.-Finlandiya, 37442/97, 09.07.2002, (HUDOC); Chernika-Ukrayna, 53791/11, 12.03.2020, para. 48, (HUDOC); TURANJANIN, s. 82.

⁴⁷ MELİM, s. 137; TURANJANIN, s. 82.

⁴⁸ AİHM, Beraru-Romanya, B. No: 40107/04, 18.03.2014, para. 64-66, (HUDOC)..

dosyanın bir mahkemeden başka bir mahkemeye gönderildiği bir olayda sanığın kendisinin ve tanıkların ilk mahkeme tarafından dinlenmiş ve fakat mahkumiyet kararı veren ikinci mahkeme tarafından dinlenmemiş olmasının adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir. AİHM, mahkumiyet kararı vermiş olan yeni mahkemenin sanık ve tanıkları doğrudan dinlemediği gibi, bu kararı onayyan temyiz mahkemelerinin de sanığı veya tanıkları doğrudan dinlemediklerine işaret etmiştir. AİHM, söz konusu mahkumiyet kararının tek dayanağının sanık ve tanık anlatımları olmadığını ve fakat mahkemelerin belli bir oranda da olsa mahkumiyet gerekçesinde bu anlatımlara dayandığını vurgulamıştır. AİHM bunun da ötesinde mahkumiyet kararı veren yerel mahkemenin suçun unsurlarının ve özellikle de suçun manevi unsurunun (kast) olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle görevli olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre tüm bu hususlar sanığın mahkumiyet kararı veren mahkemece bizzat dinlenmesi gerektiğini daha da artırmaktadır. AİHM söz konusu mahkeme değişikliğinin yargılamanın sonucunu etkileme amacına yönelik olmadığını, yeni mahkeme hâkiminin tarafsızlığı konusunda bir kuşku bulunmadığını ve ayrıca sanığın ve tanıklarının ifadelerini içeren tutanakların yeni mahkemenin eli altında bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak AİHM, söz konusu tutanakların yeni mahkemenin erişiminde olmasının doğrudan doğrualık bakımından oluşan eksikliği telafi etmeyeceğini, hâkim değişikliğinin doğrudan doğrualık ilkesini ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁴⁹. Yine temyizde bozulup dosyanın ilk kararı veren mahkemeden farklı bir mahkemeye gönderildiği ve bu yeni mahkemenin mahkumiyet kararının verilmesinde beyanları belirleyici olan tanıkları dinlenmeden onların ifadelerini içeren tutanaklara dayanarak hüküm kurduğu bir diğer olayda da AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, yeni mahkemenin davadaki üç önemli tanığı da yeni yargılamada (*retrial*) dinlemediğine vurgu yapmış, bunlardan ikisinin hastalık dolayısıyla yeni mahkemede dinlenmemiş olmasının kabul edilebilir olduğuna ve fakat üçüncü tanığın mahkemede hazır edilmesi için gerekli ve yeterli çabanın harcanmadığına işaret etmiştir. Diğer taraftan AİHM, hastalık dolayısıyla yeni mahkeme huzurunda dinlenemeyen iki tanığın ilk mahkeme huzurunda da dinlenmediğine, onların soruşturma aşamasındaki ifadelerinin okunmasıyla yetinildiğine ayrıca vurgu yapmıştır. AİHM burada yeni mahkemenin üç önemli tanığı da bizzat dinlenmemiş olmasının yanı sıra, iç hukuk kuralları çerçevesinde mümkün olmasına bu tanık beyanlarının herhangi bir video kaydının da alınmadığını, sanığın mahkeme huzurunda bu tanıklarla yüzleşme fırsatı bulamadığını,

⁴⁹ AİHM, Cutean-Romanya, B. No: 53150/12, 2.12.2014, para. 60-73, (HUDOC).

beyanları içeren tutanakların yeni mahkemenin eli altında olmasının söz konusu bu üç tanık beyanının tam olarak anlaşılabilmesi bakımından yeterli bir güvence sağlamadığını, sonuç olarak yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığını karara bağlamıştır⁵⁰. İkisi bilirkişi, ikisi de diğer sanıklar olmak üzere toplam on yedi tanığın dinlenmesinden sonra davaya yedek hâkim (*substitute judge*) tarafından devam edilen bir başka olayda da AİHM doğrudan doğrualık ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Tek hâkimli mahkemede yapılan bu yargılamada AİHM, yedek hâkimin hiçbir sözlü tartışmada hazır bulunmadığını, tanıkları dinlemediğini, başvuruca sadece duruşma tutanaklarına göre mahkum ettiğini vurgulamıştır. AİHM, tek hâkim tarafından yürütülen ve karmaşık olan bu olayda yedek hâkimin duruşmada kararın verilmesinde belirleyici rolü olan tanık beyanlarını doğrudan dinlemediğini ve davranışlarını gözlemlemediğini, bu kişilerin güvenilirlikleri konusunda kişisel bir kanaat edinme imkanının bulunmadığını, bu haliyle dava konusu delillerin yeterince anlaşılabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. AİHM, bu şartlar altında tanık beyanlarını içeren duruşma tutanaklarının doğrudan doğrualık bakımından oluşan eksikliği telafi etmeyeceğini, sonuç olarak doğrudan doğrualık ilkesinin ihlal edildiğini karara bağlamıştır⁵¹.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla giden bir davaya konu olayda da mahkumiyet kararının büyük ölçüde tanık beyanlarına dayandığı dosyada mahkeme heyeti defalarca değişmiştir. Bu olayda tanıkların dinlendiği celselere katılan heyetten sadece bir hâkim hükme katılmış, hükmü tanıkların dinlenildiği celselere katılmayan heyet başkanı ve bir üyenin yer aldığı hâkimler heyeti vermiştir. AYM'ye göre tanıkların dinlendiği celselere katılmayan hâkimler, gözlemleyemedikleri tanıkların güvenilirlikleri hakkında bizzat fikir sahibi olamamış, kanaatlerini tutanaklar üzerinden oluşturmuşlardır. AYM'ye göre hükmün gerekçesinde tanıklar beyanda bulunurken yapılacak gözlemler sonucunda elde edilebilecek izlenimlere de yer verilmiş, tanık beyanlarının delil değeri belirlenirken bu izlenimlere atıf yapılmıştır. AYM'ye göre, değişen mahkeme heyeti tarafından bu izlenimlerin sadece tutanakların okunmasıyla elde edilmesi ve buna göre karar verilmesi doğrudan doğrualık ilkesi ile bağdaşmaz. AYM bu olayda, tanıkların tekrar dinlenilmesi yoluna neden başvurulmadığı veya bu tanıkların dinlenilmesini imkânsız hâle getiren ya da aşırı derecede zorlaştıran bir nedenin bulunduğu konusunda bir gerekçenin gösterilmediğine de özellikle işaret etmiştir. AYM sonuç olarak, doğrudan doğrualık ilkesine

⁵⁰ AİHM, Chernika-Ukrayna, B. No: 53791/11, 12.03.2020, para. 53-78, (HUDOC).

⁵¹ AİHM, Svadnidze-Gürcistan, B. No: 37809/08, 25.07.2019, para. 34-38, (HUDOC).

uyulmaması dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵².

Ancak her hâkim/heyet değişikliği yaşandığı durumda ilgili kişinin duruşmada dinlenmesi yerine tutanak okunmasıyla yetinilmesinin adil yargılanma hakkını ve doğrudan doğruyalık ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmamalıdır. AİHM her heyet değişikliğinin ardından ilgili delillerin duruşmada yeni heyet huzurunda mutlaka yeniden ortaya konulması gerektiği yönünde kararlar vermemektedir. AİHM doğrudan doğruyalık ilkesinin bazı haklı istisnalarının olabileceğini kabul etmektedir. Örneğin AİHM, sekiz kişilik bir heyetten oluşan mahkemede bir hâkimin değiştiği ve fakat diğer yedi hâkimin aynı kaldığı bir olayda AİHS md. 6'nın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. AİHM, heyetteki yedi hâkimin tüm yargılama boyunca aynı kaldığına ve delillerin bizzat bu hâkimler huzurunda ortaya konduğuna işaret etmiştir. AİHM'e göre bu şartlar altında yeni gelen hâkimin tanıkların ifadelerini içeren tutanakları okuma fırsatına sahip olması onun duruşma sırasında hazır bulunmamış olmasını telafi etmektedir. AİHM, sonuç olarak bu olayda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁵³. Keza mahkeme başkanının değişip ve fakat meslekten olmayan üç hâkimin (*lay judges*) aynı kaldığı bir davada, AİHM adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu olayda, tüm tanıkların mahkeme huzurunda dinlendiğini ve başvuru tarafından sorguya çekilebildiğini, başkan değişmiş olsa dahi diğer üç hâkimin aynı kaldığını, başvurunun hiçbir aşamada tanıkların güvenilirliği konusunda bir itirazda bulunmadığını, bu şartlar altında tanıkların ifadelerini içeren tutanakların okunmasının doğrudan doğruyalık bakımından oluşan eksikliği telafi edebileceğini, mahkumiyet kararının sadece tanık anlatımlarına dayanmadığını ve ayrıca hâkimin sonuca haksız bir etkide bulunmak amacıyla değiştirilmediğini belirterek, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır⁵⁴. Beş hâkimden oluşan heyetteki bir hâkimin değiştiği bir başka olayda da AİHM, benzer bir şekilde adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM bu olayda mahkumiyet kararının dayanağı olan tanığın güvenilirliği konusunda başvurunun sürekli olarak itirazları olduğunu ve ayrıca bu tanığın kararın verilmesin-

⁵² AYM, Erdal Sonduk Başvurusu, B. No: 2020/23093, 15.02.2024, para. 66-72, (Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası).

⁵³ AİHM, Gravano-İtalya, B. No: 100756/02, 10.02.2005, para. 39, (HUDOC).

⁵⁴ AİHM, P.K.-Finlandiya, 37442/97, 09.07.2002, (HUDOC). Başkanın değişmeyip diğer üyelerin değişmesi halinde tüm duruşmanın yenilenmesine gerek olmadığı, önceden yapılan işlemlerin yeni üyelere okunmasının yeterli olacağı ve fakat üyelerin değişmeyip başkanın değişmesi halinde duruşmanın her halükarda yenilenmesi gerektiği görüşü için bkz. TURANJANIN, s. 81.

de belirleyici bir rolünün olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM, heyetteki dört hâkimin sanığı ve diğer tüm tanıkları bizzat dinlediğine, özellikle de mahkumiyet kararının dayanağını oluşturan söz konusu tanığın bu dört hâkim huzurunda dinlenmiş olduğuna, başvurucunun da bu tanığı ilgili hâkimler huzurunda sorgulama imkanına sahip olduğuna vurgu yapmıştır. AİHM'e göre söz konusu bu tanığı dinleyen hâkimlerden biri değişmiş olmakla birlikte, yeni hâkimin bu tanığın ifadelerini içeren tutanakları okuma imkanına sahip olması, doğrudan doğrualık bakımından oluşan eksikliği telafi etmektedir. AİHM, bu olayda da sonuç olarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁵⁵. Keza temyizde bozulan bir dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine değil, başka bir mahkemeye gönderildiği ve dolayısıyla mahkeme heyetinin tamamıyla değiştiği bir başka olayda da AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. AİHM bu olayda, başvurucunun ilk yargılamada tüm tanıkları -mağdur ve üç polis memurunu- sorgulama şansına sahip olduğunu, temyizdeki bozmanın sanığın suçluluğu konusunda değil, teknik bir takım sebeplere dayandığını ve ayrıca beyanları büyük oranda mahkumiyet kararının dayanağını oluşturan mağdurun dosyanın gönderildiği yeni mahkemece tekrardan dinlendiğini vurgulamıştır. AİHM'e göre, her ne kadar sanık bir takım sebeplerle bu yeni mahkeme huzurunda mağduru çapraz sorguya çekememişse de gerek bu mağdurun yeni mahkemece tekrar dinlenmiş olması gerekse de mağrurun çapraz sorguya çekildiği ilk yargılamaya ait tutanakların ve mahkumiyet kararında önemli etkisi bulunmayan polis memurlarının ifadelerini içeren tutanakların mahkemenin eli altında bulunması yeni mahkemenin delillerle ilgili yeterince kanaat edinmesine yetecek mahiyettedir. AİHM burada doğrudan doğrualık ilkesinden adil yargılanma hakkını ihlal edecek boyutta bir sapmanın yaşanmadığına karar vermiştir⁵⁶.

Keza AYM kararına konu bir olayda da yargılamanın üçüncü celsesinde heyette değişiklik olmuştur. Ancak anılan bu celsede yargılamanın tek tanığı yeni heyet tarafından dinlenmiştir. AYM bu olayla ilgili yaptığı değerlendirmede, başvuruçuların ve müdafinin duruşmada hazır bulunduğunu, tanığın beyanın alınmasından sonra tanığa soru sorabilme fırsatı bulduklarını ve tanığın beyanlarına karşı itirazlarını dile getirebildiklerini ifade etmiştir. AYM yine söz konusu tanığın tek ve belirleyici delil olmadığını, mahkûmiyetin bu tanığın beyanları üzerine inşa edilmediğini, mahkumiyet kararında müşteki ve tanık anlatımlarına, olay yerinde yapılan keşif ve sonrasında düzenlenen bilirkişi raporuna, ban-

⁵⁵ AİHM, Škaro-Hrvatistan, B. No: 6962/13, 6.12.2016, para. 22-31, (HUDOC).

⁵⁶ AİHM, Famulyak-Ukrayna, B. No: 30180/11, 26.03.2019, para. 40-47, (HUDOC).

ka dekontlarına ve diğer delillere dayanıldığını ifade etmiştir. AYM sonuç olarak burada adil yargılanma hakkı ve doğrudan doğruyalık ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁵⁷.

AİHM'in hâkim/heyet değişikliği konusunda yukarıda değindiğimiz kararları incelendiğinde kararların mahkeme heyetinin tamamının mı bir kısmının mı değiştiğine ve ayrıca yeni hâkimin/heyetin önceden ortaya konulmuş olan delillerle yeniden temasa geçip geçmediğine göre farklılaştığı görülmektedir. AİHM, doğrudan doğruyalık ilkesinden hareketle mahkeme heyetinin tamamıyla değiştiği ve yeni gelen heyetin iddia tanıklarını tekrardan bizzat dinlemediği hallerde tereddütsüz bir şekilde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır⁵⁸. AİHM'in temel yaklaşımı, delillerin ve ileri sürülen iddia ve savunmaların yeni hâkim/heyet tarafından yeterince anlaşılıp anlaşılmadığı noktasında toplanmaktadır. AİHM bu noktada her somut olayda yeni hâkim/heyetin tutanak okumakla yetinmesinin yeterli olup olmayacağına bakmakta⁵⁹, önemli bir tanığın söz konusu olduğu ve özellikle de heyetin çoğunluğunun değiştiği durumlarda, söz konusu tanığın yeniden dinlenmesi gerektiğine karar vermektedir. AİHM diğer taraftan, heyetten bir hâkimin değişip diğerlerinin aynı kaldığı durumlarda ise genel olarak yeni hâkimin duruşma tutanaklarını okumasının yeterli olacağına karar vermektedir.

AYM'nin de tutumunun AİHM kararlarıyla paralel olduğunu belirtmek gerekir. AYM, hâkim/heyet değişikliği konusunda hangi hallerde tutanak okumakla yetinilebileceğini sınırlayıcı olmayacak şekilde bir liste halinde sıralamıştır. AYM'ye göre;

“... mahkeme kompozisyonunda yaşanan değişiklik sonrası tanığın tekrar dinlenmeyerek beyanlarının tutanaktan okunması -somut olayın özel koşullarında- doğrudan doğruyalık ilkesine yönelik eksiklikleri telafi edebilir:

⁵⁷ AYM, Yusuf Deniz Dilsizoğlu ve Aral Ali Ersin Başvurusu, B. No: 2013/4711, 16.12.2015, para. 45-50, (Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁸ TURANJANIN, s. 82-83.

⁵⁹ TURANJANIN, s. 85. AİHM içtihatları değerlendirildiğinde kararların genel olarak doğrudan doğruyalık ilkesinin gerekleriyle uyumlu olduğunu belirtmek gerekir. Ancak AİHM, hâkim/heyet değişikliği konusundaki tavrını uzun süren yargılamalar bakımından göstermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiri herhangi bir heyet değişikliği olmasa bile birden fazla celseden oluşan ve uzun süren yargılamalarda hâkimin duruşmadaki kanaatini unutup tutanakları okumaya yöneleceğinden hareket etmektedir. Bkz. TURANJANIN, s. 85. İfade etmek isteriz ki AİHM'in uzun süren yargılamalarda konuyu doğrudan doğruyalık ilkesi bağlamında ele alması gerçekten de bir eksikliktir. AİHM uzun süren yargılamalar konusunu daha çok makul sürede yargılanma hakkı bağlamında ele almaktadır.

- i. İnandırıcılık sorunu taşımayan veya karmaşık nitelikte olmayan teknik meselelerle ilgili uyumsuzlukların söz konusu olduğu,
- ii. Tanık beyanının sanığın hukuki durumuna önemli ölçüde etkide bulunmadığı, diğer bir ifadeyle tanık beyanının önem derecesi itibarıyla tanığın yeniden dinlenmesini gerekli kılmadığı,
- iii. Mahkûmiyetin üst/yüksek yargılama aşamasında sübut konusu sorgulanmaksızın teknik nedenlerle bozulduğu ve bu nedenle bozma sonrası yargılamada tanık beyanlarının tartışmalı olmaktan çıktığı,
- iv. Tanık beyanı üzerinde taraflar arasında bir tartışmanın bulunmadığı (tarafların tanık beyanlarına itiraz etmediği),
- v. Toplu mahkemelerde tanıkları dinleyen hâkimlerin çoğunluğunun nihai kararı veren heyette bulunduğu/değişmediği,
- vi. Tanıkların yeniden dinlenilmesini imkânsız hâle getiren (tanığın ölümü, bitkisel hayata girmesi, bulunduğu yerin tüm çabalara rağmen öğrenilememesi vb. gibi) ya da aşırı derecede zorlaştıran (tanığın akıl hastalığına tutulması veya adli yardım anlaşılmaması bulunmayan bir ülkede bulunup ne zaman yurda döneceğinin bilinmemesi gibi) koşulların bulunduğu,
- vii. Tanığın güvenilirliğinin tartışma konusu olmadığı, örneğin tanık beyanının hâkimin/mahkemenin doğrudan temas ettiği diğer birçok doğrulayıcı delille de desteklendiği durumlar⁶⁰.

IV. TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA HÂKİM/HEYET DEĞİŞİKLİĞİ

A. Hâkimin Reddi veya Görevsizlik Nedeniyle Hâkim/Heyet Değişikliği Yaşanması

Ceza muhakemesinde hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde (CMK md. 22, 23) ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir sebebin bulunması halinde hâkimin reddi istenebilir (CMK md. 24/1). Bu hâllerde hâkimin kendisinin de çekinmesi mümkündür (CMK md. 30/1-2). Buradaki ret isteminin kabulü veya hâkimin çekinmesinin uygun bulunması halinde, merci davaya bakmakla başka

⁶⁰ AYM, Erdal Sondak Başvurusu, B. No: 2020/23093, 15.02.2024, para. 62, (Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası).

bir hâkimi veya mahkemeyi görevlendirecektir (CMK md. 27/4, 30/2)⁶¹. Dolayısıyla bu halde inceleme konumuz bağlamında bir hâkim/heyet değişikliği yaşanmış olmaktadır. Böyle bir durumun yaşanması halinde önceki hâkim/heyetin yaptığı işlemlerin akıbetinin ne olacağı konusu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Kanuna göre reddi istenen hâkim, ret hakkında bir karar verinceye kadar yalnızca gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabilir (CMK md. 29/1). Ret isteminin kabulüne karar verildiğinde ise gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşma tekrarlanır (CMK md. 29/3). Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılan işlemler haricinde, duruşma baştan itibaren yeniden yapılacaktır⁶². Gecikmesinde sakınca bulunan hal, aciliyeti dolayısıyla başka bir hâkimin göreve başlamasına kadar bekletilemeyecek olan durumları ifade eder. Bir işlemin yapılmaması halinde sonradan o işlemin yapılması imkansız veya çok zor olaksa gecikmesinde sakınca bir hal var demektir⁶³. Örneğin, ölümcül bir hastalığı bulunan bir tanığın, görevlendirilecek olan yeni hâkimin beklenmesi halinde, artık dinlenmesi mümkün olmayacaksa, reddi istenen hâkimin bu tanığı dinlenmesi geçerlidir⁶⁴. Bu durumda yapılan dinlemeye ilişkin tutanakta, tanığın bu sebeple dinlendiğinin belirtilmesi gerekir⁶⁵. Böyle bir dinlemeye ilişkin tutanak, sonradan görevlendirilen hâkim/heyet tarafından kullanılabilir, bunlar dışındaki tüm işlemler ise baştan tekrarlanacaktır. Bu çerçevede, reddolunan hâkimin yerine gelecek olan hâkim, daha önceden dinlenmiş dahi olsalar sanığı, tanıkları ve diğer delilleri tekrar dinleyecektir. Böylece hükmü verecek olan hâkim/heyet delilleri doğrudan öğrenmiş olacaktır⁶⁶. Kanaatimizce kanunda ret ve çekilme dolayısıyla yaşanabilecek olan hâkim/heyet değişikliğine bağlanmış olan bu sonuçlar AİHM içtihatlarıyla ve doğrudan doğruyalık ilkesinin gerekleriyle uyumludur.

Hâkim/heyet değişikliği yaşanmasıyla sonuçlanan bir diğer husus ise dosyanın görevsizlik sebebiyle görevli olan mahkemeye gönderilmesi durumunda söz konusu olmaktadır. CMK md. 7/1'e göre, yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür. Bu çerçevede görevli mahkeme (yeni hâkim/heyet) tarafından yenilenmesi

⁶¹ YENİSEY/NUHOĞLU, a.g.e., s. 265.

⁶² TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığını Şüpheyi Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi" *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, 13(2), s. 1128.

⁶³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 267; TURHAN, s. 1120.

⁶⁴ TURHAN, s. 1121.

⁶⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 268.

⁶⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 267.

mümkün olan tüm işlemler tekrarlanacak, sanık, tanık, dinlenmesine karar verilen bilirkişi yeniden dinlenecek, yeni mahkeme keşfi bizzat yapacak, tüm deliller yeniden ortaya konularak değerlendirilecektir⁶⁷. Ancak görevsiz mahkeme tarafından dinlenen tanık, görevli mahkemece dinlenmeden önce ölmüş veya akıl hastalığına yakalanmışsa ya da bulunduğu yer öğrenilemezse, önceki dinleme dinleme geçerliliğini koruyacaktır⁶⁸. Dolayısıyla bu dinlemeye ilişkin tutanakların görevli yeni mahkeme tarafından okunması ve hükme esas alınması mümkündür⁶⁹. Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışındaki tüm işlemlerin geçersiz sayılıp bunların yenilenmesi; doğrudan doğruluk, sözlülük ve yüz yüzelik ilkelerinin bir gereği⁷⁰ olup CMK'daki mevcut hükümler söz konusu bu ilkelere ve AİHM içtihatlarıyla uyumludur⁷¹.

B. Ret ve Görevsizlik Dışında Bir Nedenle Hâkim/Heyet Değişikliği Yaşanması

Yukarıda izah ettiğimiz iki düzenleme de hâkim/heyet değişikliği konusunda sadece ret ve görevsizlik konularıyla sınırlı olarak soruna bir çözüm getirmektedir. Bu noktada ret veya görevsizlik dışında bir nedenle, -görev yeri değişikliği, ölüm, izne çıkma gibi- hâkim/heyet değişikliğinin yaşanması halinde ne yapılabileceği sorusu hala cevaplanması gereken bir soru olarak ortada durmaktadır.

⁶⁷ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 259. “Delil kaynaklarıyla yüzyüzelik ve doğrudanlık kuralları uyarınca ilişki kurulmak, sözlülük kuralı gereğince de tanıklar duruşma yapan yargıçlarca bizzat dinlenmek, dolaylı delil niteliğindeki tutanaklarla yetinmeyip duruşmada edinilen izlenimlere göre hüküm kurulmasını sağlamak yönünden görevli mahkeme tarafından, görevsizlik kararı veren mahkemece dinlenen tanıkların yeniden dinlenmeleri zorunludur.” Yargıtay 4. C.D., 25.1.1996, E. 1995/8314, K. 1996/576, Aktaran: YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Seçkin, 16. Bası, Ankara, 2019, s. 327.

⁶⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 260.

⁶⁹ TAŞKIN, Mustafa, “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 7, s. 1039.

⁷⁰ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 259.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi de söz konusu bu CMK hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan bir başvuruya ilişkin olarak şu yerinde tespitleri yaparak hükmü Anayasaya uygun bulmuştur: “Ceza yargılamasına adil ve etkin bir ceza kovuşturması yapılması suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yönelik diğer bir ilke ise 5271 sayılı Kanun’un delilleri takdir yetkisini düzenleyen 217. maddesinde düzenlenmiştir. “Yüzyüzelik” veya “doğrudan doğruluk” şeklinde ifade edilen bu ilkeye göre hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecek ve bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilecektir. Bu bağlamda ceza yargılamasında esas olan yargılamayla ilgili işlemlerin kanunda belirlenen görevli mahkeme tarafından yapılması ve bu işlemler sonucu elde edilen delillerin bu mahkeme tarafından takdir edilip karar verilmesidir. İtiraz konusu kuralın, bu ilkenin ceza yargılamasında tam ve etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak suretiyle adil bir yargılama yapılmasına ve bu yargılama sonucunda verilecek hükmün maddi gerçeğe örtüşmesine hizmet ettiğinde kuşku yoktur. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında adil yargılanma ilkesi dikkate alınarak düzenlenen itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır” AYM, 2018/11 E., 2018/86 K. ve 11.7.2018 T., (Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası).

Hâkim/heyet değişikliği konusundaki genel nitelikli bir hüküm, “yedek hâkimlik” kurumunu düzenleyen CMK md. 188/3’te bulunmaktadır⁷². Buna göre; “*Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilir*”⁷³. Bu hüküm çerçevesinde yedek hâkim, herhangi bir nedenle duruşmaya katılamayan hâkimin yerine geçecek ve işlemlere kaldığı yerden devam edilecektir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki buradaki yedek üyenin hâkim değişikliği dolayısıyla duruşmaya kaldığı yerden devam edebilmesi için önceki oturumlara katılmış olması, delillerin ortaya konulması ve tartışılması sürecinde hazır bulunmuş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, yedek üyenin de duruşmanın başından itibaren adeta mahkeme heyetindeymiş gibi kürsüde yer alması gerekir⁷⁴. Bu şekilde, yerine geçtiği hâkimin işlerine devam edebilmesi de mümkün olacak, kanaatini tutanakları okuyarak değil, bizzat duruşmadan ve delillerden edinmiş olacaktır⁷⁵. Yedek hâkimlik kurumunun bu şekilde uygulanması, doğrudan doğruyalık ilkesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan sorunları çözebilecek niteliktedir⁷⁶. Ancak ifade edelim ki CMK’daki bu hüküm kağıt üzerinde kalmış, yedek üyelik kurumu neredeyse hiç uygulanmayan kadük bir kuruma dönüşmüştür⁷⁷.

Uygulamamızda her hâkim/heyet değişikliğinden sonra yeni gelen hâkim/heyet işleri kaldığı yerden devam ettirmekte, beyanının önemine bakmaksızın önceden dinlenmiş olan tanıkların ifadelerini içeren tutanakları okun-

⁷² KARAKEHYA, s. 71; TANER, s. 132; YILDIRIM, s. 190; GÖKPINAR, s. 948.

⁷³ Bu hükmün gerekçesi doğrudan doğruyalık ilkesi bağlamında oldukça önemli tespitler içermektedir: “Maddenin son fıkrası hukukumuz yönünden çok önemli bir konuyla ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına ve adil yargılama ilkesine göre bütün kovuşturma evresinde aynı hâkimlerin görev yapmaları ve hükmü vermeleri gerekir; doğru olan da budur. Ülkemizde uzun süren parçalı yargılama uygulaması, maalesef bir dava görülürken hâkimlerin değişmesine neden olmaktadır. Bu gibi hâllerde, yeni hâkim huzurunda bütün usul işlemlerinin yenilenmesi adil yargılama gereğidir. Tasarı, davanın bir duruşmada ve bir günde görülmesini ilke olarak kabul etmiştir; dolayısıyla parçalı yargı uygulaması ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte maddenin son fıkrası, bir duruşmada bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerini almak ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilmesini öngörmüştü” CMK md. 188 gerekçesi.

⁷⁴ SCHROEDER/VERREL, s. 173; TANER, s. 132.

⁷⁵ Benzer yönde bkz. CENTEL/ZAHER, s. 803.

⁷⁶ “Bir oturumda bitmeyecek davada herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oylamaya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilecektir. Anılan hüküm uyarınca hükmü hangi hâkim verecekse duruşmaya o hâkimin katılması gerekir. Ancak emekli ya da tayin olacağı yahut sağlık durumu nedeniyle belli bir tarihten sonra duruşmaya katılamayacağı bilinen bir mahkeme üyesinin yerine geçmek üzere yedek üye de bulundurulabilecektir. Bu durumda yedek üyenin de duruşmaya katılarak tanıkları bizzat dinlemesi/sorgulaması suretiyle hâkim/heyet değişikliği nedeniyle doğrudan doğruyalık ilkesine aykırılık söz konusu olmayacaktır.” AYM, Erdal Sondak Başvurusu, B. No: 2020/23093, 15.02.2024, para. 49, (Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası).

⁷⁷ BİRTEK, Fatih, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 472, dn. 32.

makla yetinmektedir. Duruşma tutanaklarında “*hâkim/heyet değişikliği dolayısıyla önceki tutanaklar okundu*” ifadesine sıklıkla rastlanmaktadır⁷⁸. Açık ki “*duruşma tutanağı marifetiyle*” doğrudan doğruya bir vicdani kanaat edinilmesi her olayda mümkün değildir. Sürekli değişen hâkimlerin/heyetlerin dosyadan okuyarak edindikleri kanaat CMK md. 217/1’de sözü edilen vicdani kanaat olmayıp yazılı belgelerden öğrenilebildiği kadarıyla ulaşılan “*dolaylı ve belgeye dayalı kanaat*”tir⁷⁹. Bu şekilde gelişen uygulamamızın yukarıda değindiğimiz AİHM içtihatlarıyla uyumlu olmadığı ve doğrudan doğruluk ilkesini ihlal ettiği açıktır⁸⁰.

Esasen mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, yeni hâkim/heyetin daha önceden dinlenmiş olan bir tanığı veya sanığı tekrardan duruşmaya çağırıp dinlemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir mahkemede hâkim/heyet değişikliği yaşandığında, ilgili kişilerin duruşmaya çağırılıp yeniden dinlenmesi mümkündür. Ancak daha önceden dinlenmiş sanıkları, tanıkları tekrardan dinlemek, zaten iş yükünün fazlalığından yakınan hâkimlerin iş yükünü daha da artıracığından, bu konudaki uygulamanın iyileştirilmesini mahkemelerin inisiyatifine bırakmak gerçekçi gözükmemektedir. Kanaatimizce bu konuda yasal bir düzenleme yapılarak bir hâkim/heyet değişikliği yaşanması halinde önemli tanıkların ve diğer önemli ve tartışmalı delillerin yeniden dinlenmesi/ortaya konması gereği açıkça hükme bağlanmalıdır. Böylelikle yeni hâkim/heyet dava konusu bakımından belirleyici önemi bulunan delilleri tekrardan dinlemiş, duruşmada hazır edilecek olan sanık da yeni hâkim/heyet huzurunda tanıklara soru sorma imkanı bulmuş olacaktır. Bu durum sanığın hakkın da nihai kararı verecek olan hâkim/heyetin kanaatine etki edebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Böyle bir düzenlemenin adil yargılanma hakkı bakımından olası hak ihlali kararlarının önüne geçmek konusunda çok önemli olacağı kanaatindeyiz.

Ancak dikkat etmek gerekir ki hâkim/heyet değişikliği yaşandığı her durumda duruşmanın başa sarılıp tüm işlemlerin tekrarlanmasına gerek yoktur.

⁷⁸ Duruşma tutanağına, önceki tutanakların okunduğu yazılmakla birlikte gerçekte bunların çoğu kez okunmadığı ifade edilmektedir. Bkz. TANER, s. 133.

⁷⁹ CENTEL/ZAFER, s. 803; TANER, s. 132-133; BİRTEK, s. 472, dn. 33; YILDIRIM, s. 191.

“*Duruşmaya katılmayan yargıçların vicdani kanı yargısı oluşturmaması olanaksızdır ve duruşmanın olmazsa olmaz ilkelerinin zorunlu sonucu olarak, yasaktır. Bu yüzden de duruşma yapan ile hüküm kuran yargıçlar, Türkiye dışında, yeryüzünün her ülkesinde aynıdır, asla değiştirilmezler.*” Bkz. SELÇUK, s. 333.

⁸⁰ YILDIRIM, s. 191. Centel/Zafer’e göre de mahkeme heyetinde bir hâkimin ölmesi veya görevden ayrılması gibi sebeple değişiklik olması durumunda, duruşma tekrarlanmalı, tutanak okunmasıyla yetinilmemelidir. Yazarlara bu doğrudan doğruluk ilkesinin bir gereğidir. Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 803.

Yeni hâkim/heyetin her durumda yargılamayı baştan ele alması davaların uzamasına ve makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açabilir⁸¹. Nitekim AİHM ve AYM içtihatlarında da özellikle tanık beyanın mahkumiyet kararında belirleyici önemde olmadığı, tanık beyanı hakkında tarafların bir itiraz ileri sürmediği veya tanığın ölmesi gibi bir nedenle dinlenmesinin mümkün olmaması gibi hallerde, yeni/hâkim heyetin tutanak okumakla yetinebileceği ifade edilmektedir.

Bu noktada tutanak okumaya alternatif bir diğer yöntem ise duruşmadaki dinlemelerin kayıt altına alınarak bunların yeni hâkim/heyet tarafından izlenmesidir. Bu şekilde yeni hâkim/heyet önceki dinlemeleri bu kayıtlardan izleyerek tarafların beyanları sırasındaki jestlerini, mimiklerini, vurgularını vs. değerlendirebilmesi mümkün olacak ve böylelikle yeni hâkim/heyet cansız tutanaklardan olayı hatırlamak zorunda kalmamış olacaktır. Belirtelim ki CMK md. 52/3 ve md. 219/1 çerçevesinde bu şekilde kayıt alınması mümkündür. Bu kayıtların kişilerin duruşmada bizzat dinlenmesine eşdeğer olmadığını unutmadan, bazı somut durumlarda yeni hâkim/heyetin bu kayıtları izlemesinin doğrudan doğruyalık ilkesini sağlayabileceğini kabul etmek gerekir⁸².

C. Kanun Yollarında Hükmün Bozulması Üzerine Dosyanın Hükmü Bozulan Mahkemeden Başka bir Mahkemeye Göndermesi

Yukarıda Türk hukukunda hâkimin reddi, görevsizlik, görev yeri değişikliği, ölüm gibi bir nedene bağlı olarak yargılama sürecinde hâkim/heyet değişikliği yaşanması ve bunun sonuçları üzerinde duruldu. Tüm bu hallerde yargılama devam ederken, başka bir ifadeyle henüz uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak nihai bir karar verilmeden önce bir hâkim/heyet değişikliği yaşanmış olmaktadır. Ancak hâkim/heyet değişiklikliği her zaman için devam eden bir yargıla-

⁸¹ CHIHAI, Gabriela-Nicoleta, “Considerations on the Right to a fair trial Trial-Breaching of the Principles of Contradictory and Immediacy By Changing The Composition of the Panel of Judges”, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, S. VII, Vol. 11(60), No. 2, 2018, s. 46.

⁸² “yeni hâkimlerin öncesinde toplanan delilleri ve davada ileri sürülen argümanları/görüşleri tam ve doğru olarak anlayabilmelerini sağlamak için duruşmanın önceki oturumlarında yapılan işlemlerin ses ve görüntü kaydedici teknik araçlarla tespit edilmesi de telafi edici güvence olarak değerlendirilebilir. Nitekim 5271 sayılı Kanun’un 52. maddesinde tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya seslerin kayda alınabileceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun’un 180. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise uzaktaki tanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmesi imkânı getirilmiştir. Bu dinlemenin de kayda alınması mümkündür. Video kaydı hiçbir surette tanığın huzurda fiziken beyanda bulunmasının eş değeri sayılmasa da savunmanın soru sorma imkânını elde ettiği tanığın bütün davranış ve tepkilerinin tüm detaylarıyla gözlemlenebildiği bir video kaydının izlenmesi ve tarafların bilgisine sunulması da -somut olayın özel koşullarında- doğrudan doğruyalık ilkesinin ihlalini önleyebilir.” AYM, Erdal Sonduk Başvurusu, B. No: 2020/23093, 15.02.2024, para. 60, (Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası).

mada yaşanmayabilir. Bazı hallerde mahkeme hükmünü verip dosyadan el çektikten sonra, kanun yollarında verilen bu hüküm bozulmakta ve bu bozma kararı üzerine dosya, gereğinin yapılması için mahkemesine değil, başka bir mahkemeye gönderilmektedir. Belirtelim ki bu durumda da makale konumuz kapsamında kalacak şekilde teknik anlamda bir hâkim/heyet değişikliği yaşanmış olmaktadır. Böyle bir durum hem bölge adliye mahkemelerince hem de Yargıtayca verilen bozma kararları üzerine yaşanabilmektedir.

CMK md. 280/2-e'ye göre bölge adliye mahkemesi, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra, *“İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine”* karar verir. Buna göre, ilk derece mahkemesinin kararında hukuka kesin aykırılık hallerinden biri - mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması, duruşmada bulunması zorunlu bir kişinin yokluğunda duruşma yapılması gibi- varsa, verilen hüküm bozulacak ve dosya, ya ilk derece mahkemesine gönderilecek ya da bölge adliye mahkemesince uygun görülecek başka bir ilk derece mahkemesine gönderilecektir. Benzer şekilde CMK md. 280/2-f kapsamında -muhakeme şartının gerçekleşmemiş olması gibi bir nedenle- verilecek bir bozma kararı sonrasında da dosya, kararı bozulan mahkemeye gönderebileceği gibi, uygun görülecek başka bir ilk derece mahkemesine de gönderilecektir.

Belirtelim ki bölge adliye mahkemesi tarafından verilen bir bozma kararı üzerine dosya, kararı bozulan mahkemenin kendisine gönderilecek olursa makale konumuz bağlamında herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu durumda kararı bozulan mahkeme, bozma kararı doğrultusunda yeni bir hüküm verecektir. Ancak dosyanın kararı bozulan mahkeme dışındaki bir mahkemeye gönderilmesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği, makale konumuz bağlamında çözülmesi gereken bir sorundur. Bu konuda kanunda dosyanın mahkemeye *“yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere”* gönderileceği ifade edilmiş ancak yeni mahkemenin tüm işlemleri tekrarlayıp tekrarlamayacağı konusunda açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu konuda hâkim/heyet değişikliği konusunda şu ana kadar yaptığımız açıklamalardan ayrılmanızı gerektiren bir durum söz konusu değildir. Bozma üzerine dosya kendisine gönderilen yeni mahkeme, bozmaya sebebiyet veren hukuka aykırılığı giderecek⁸³ ve uyumsuzluk konusu olayla ilgili ola-

⁸³ Bölge adliye mahkemelerinin bozma kararlarına direnilmesi mümkün değildir. Bkz. CMK md. 284/1.

rak önceki mahkemenin kararından bağımsız yepyeni bir karar verecektir. Bu durumda bu yeni mahkeme doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince, tüm delillerle duruşmada temasa geçmeli, dosya üzerinden hüküm kurmakla yetinmemelidir. Bu kapsamda yeni mahkeme sanık ve tanıkları bizzat dinlemeli, gerekli olması halinde keşif yapmalı ve bu şekilde vicdani kanaatini doğrudan temas kurduğu delillerden edinmelidir. Yeni mahkemenin böyle yapmayıp dosya üzerinden hüküm vermesi doğrudan doğruyalık ilkesine aykırı olacaktır.

Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi kapsamında verilecek bir bozma kararı sonucunda dosyanın hangi mahkemeye gönderileceği ise CMK md. 304/2’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yargıtay, dosyayı 303 üncü maddede belirtilenlerin dışında kalan hâllerde yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir. (Ek cümleler: 20/2/2019-7165/8 md.) Ancak bozma kararı, a) İstinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise dosya, gereği için kararı veren ilk derece mahkemesine, b) Hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise dosya, gereği için kararı veren ilk derece mahkemesine ya da bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtayca uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine, gönderilir.*” Görüldüğü üzere Yargıtay da bozma kararı üzerine dosyayı hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya ilk derece mahkemesine gönderebilecektir. Belirtelim ki burada da dosyanın kararı bozulan mahkemeye gönderilmesi halinde, herhangi bir hâkim/heyet değişikliği yaşanmış olmayacağından, inceleme konumuz bağlamında bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Dosyanın yeni bir bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde nasıl hareket edileceği konusunda ise CMK md. 307/1-2’de açık bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, “(1) *Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesi, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar.* (2) *Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine de davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanamamış olsa da duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her hâlde dinlenmesi gerekir.*” Bu hükme göre yeni mahkeme, tarafları sadece bozmaya karşı diyeceklerini sormak için çağıracaktır. Ancak bu kişilere ulaşılamaması veya bunların duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam olunarak dava yokluklarında bitirilebilecektir. Kanaatimizce bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak verdiği bir kararın Yargıtayca CMK md. 289’daki hukuka kesin aykırılık hallerinden birinin varlığı sebebiyle bozulması üzerine dosyanın yeni bir bölge adliye mahkemesine gönderilmesi durumunda, bu yeni mahkemenin tarafları ve diğer delilleri yeniden dinlemesi doğrudan doğruyalık ilkesine daha uygun olacaktır.

D. Hükümün Bir Hâkim, Gerekçenin ise Başka Bir Hâkim Tarafından Yazılması

Türk hukukunda hâkim/heyet değişikliği yaşanması konusunda değinilmesinde fayda gördüğümüz bir diğer husus ise yargılamanın bir hâkim/heyet tarafından yapıpı verilen hükmün gerekçesinin başka bir hâkim/heyet tarafından yazılması hususudur. Öncelikle ifade gerekir ki doğrudan doğruluk ilkesi gereğince yargılamayı yaparak, başka bir ifadeyle tanıkları dinleyerek ve diğer delillerle temasa geçerek hüküm kuran hâkim/heyet ile bu hükmün gerekçesini yazan hâkim/heyet aynı olmalıdır⁸⁴. Hüküm gerekçesi, duruşmada ortaya konulan delillerden edinilen kanaati yansıttığından ve varılan sonucun neden öyle olduğunu anlamaya yaradığından, duruşmada hazır bulunmamış, delillerle temasa kurmamış olan bir hâkimin/heyetin kurulmuş olan bir hükmün gerekçesini yazması söz konusu olamaz.

Ancak CMK'da 2016 yılında yapılan bir değişiklikle hükmün ve gerekçenin farklı hâkimler tarafından yazılmasının önü açılmıştır. CMK md. 232/5'e göre; *"Hüküm sonucu tefhim edildikten sonra gerekçeli karar imzalanmadan hâkim ölür veya herhangi bir sebeple kararı imzalayamayacak hâle düşerse, yeni hâkim, tefhim edilen hükme uygun olarak gerekçeli kararı bizzat yazarak imzalar. Toplu mahkemelerde böyle bir durumun gerçekleşmesi hâlinde, hüküm diğer hâkimler tarafından imzalanır ve başkan veya en kıdemli hâkim tarafından, hükmün altına diğer hâkimin imza edememesinin sebebi yazılarak imza olunur."* CMK md. 232'deki bu düzenleme doğrultusunda gerekçe, kurulan kısa karara göre, kanundaki ifadesiyle *"tefhim olunan hükme uygun olarak"* yazılmaktadır⁸⁵. Oysa olması gereken gerekçenin hükme göre değil, hükmün gerekçeye göre yazılmasıdır. Zira hükme göre yazılacak bir gerekçe vicdani kanaatin değil, hükmün açıklandığı bir metin olacaktır⁸⁶. Gerçekten de burada söz konusu olan yeni hâkimin başkasının yerine geçip onun hükmünü ve vicdani kanaatini gerekçelendirmeye çalışması gibi bir durumdur ki bunun kabulü mümkün değildir. CMK'nın bu hükmü doğrudan doğruluk ilkesinin açık bir ihlali niteliğindedir⁸⁷.

⁸⁴ TURANJANIN, s. 84; CHIHAI, s. 44.

⁸⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 713.

⁸⁶ BİRTEK, s. 472.

⁸⁷ BİRTEK, s. 553; 474. Doktrinde Taner, buradaki düzenlemenin doğrudan doğruluk ilkesine aykırı olduğunu belirttikten sonra bu hükmün adil yargılanma hakkının ihlalinin kanundan kaynaklanması haline tipik bir örnek teşkil ettiğini ifade etmektedir. bkz. TANER, s. 137.

Nitekim AİHM de benzer şekilde, hâkimin yaptığı yargılama sonucunda mahkumiyet hükmü kurup bu hükmün gerekçesini yazmadan emekli olduğu bir olayda, yeni atanan hâkimin hükmün gerekçesini yazmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. AİHM'e göre hükmün gerekçesi, sanığın kanun yollarına başvuru hakkını kullanabilmesi bakımından önemli olduğu gibi daha genel anlamda adaletin tesisi ve keyfiliğin önlenmesi bakımından da önem arz etmektedir. AİHM'e göre hâkimin verdiği bir kararı, objektif dayanaklarını göstererek gerekçelendirmek zorunda olduğunu bilmesi keyfiliğin önündeki önemli bir teminatır. Keza verilen kararı gerekçelendirme yükümlülüğü halkın ve sanığın karara olan güvenini güçlendirecek ve ayrıca hâkimde var olan olası bir önyargının tespit edilmesini ve bu önyargı içeren kararın yeni bir yargılama yapılması suretiyle düzeltilmesini mümkün kılacaktır. AİHM'e göre, gerekçeli kararın başka bir hâkim tarafından yazılması halinde, söz konusu gerekçeli karar umulan bu faydaları sağlayamayacaktır. Gerekçeli kararın başka hâkimlerce yazılmış olması bu konudaki eksikliği giderici bir mahiyette değildir. Zira bu durumda hâkim, onu mahkumiyet kararı vermeye ikna eden gerekçeleri yazmış değildir. AİHM bu olayda, sonradan gerekçeli kararı yazan hâkimlerin, delillerin ortaya konulması aşamasında hiç hazır bulunmadığına, gerekçeli kararlarını sadece dava dosyası üzerinden yazdıklarına, özellikle dikkat çekmiştir. AİHM, hükmü kuran hâkimin ise sadece dosyaya dayanmadığını, sanıkları ve tanıkları bizzat dinlediğini, onların güvenilirlikleri konusunda bir kanaate sahip olduğunu, keza başvuru sahipleri bizzat dinlediği için kasten hareket edip etmedikleri konusunda bir kanaatinin oluştuğunu, tüm bunların hâkimin verdiği hükme esas olan olayın ne şekilde gerçekleştiği konusundaki kabulde etkili olduğunu vurgulamıştır. AİHM'e göre tam da bu yüzden hâkimin duruşmadan edindiği bu kanaatin hükmün gerekçesinde yazılması gerekir. AİHM'e göre hüküm kuran hâkimin emekliye ayrılmış olması sözü edilen bu ilkelerden ayrılmak bakımından haklı bir gerekçe değildir. Diğer taraftan kaçınılmaz olarak bir hâkim değişikliği olmuşsa dahi AİHM'e göre gerekçeli kararın asıl hâkim tarafından yazılmamış olmasını telafi edecek tek şey yeniden bir yargılama yapılmasıdır. AİHM kanun yollarında herhangi bir şekilde delillerle temasa geçilmeden söz konusu kararın onanmış olması dolayısıyla oluşan sorunun bu aşamada da giderilmediğini, sonuç olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini hükme bağlamıştır⁸⁸.

AİHM içtihadı ve yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, CMK'ya 2016 yılında eklenmiş olan ve yeni hâkimin hiçbir delille doğrudan temas kurmadan,

⁸⁸ AİHM, Cerovšek ve Božičnik-Slovenya, B. No: 68939/12 ve 68949/12, 07.03.2017, (HUDOC).

tamamıyla dosya üzerinden çalışarak ve zorunlu olarak kurulan hükme uygun bir gerekçe yazmasını gerektiren CMK md. 232/5 hükmünün kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz⁸⁹. Olması gereken hâkimin hüküm ile birlikte veya hükümden çok kısa süre sonra gerekçeyi bizzat kendisinin açıklamasıdır⁹⁰. Hüküm açıklandıktan uzunca bir süre sonra gerekçenin yazılması halinde hâkim değişikliği olmasa dahi hâkim bu zaman zarfında duruşmadan edindiği kanaati unuttacak ve dosyayı yeniden incelemek suretiyle hükmünün gerekçesini yazma yoluna gidecektir⁹¹. Hal böyleyken gerekçeli kararın yazımının hükmün açıklanmasından sonraki bir aşamaya bırakıldığı ve bu arada bir hâkim değişikliğinin yaşandığı hallerde, bu yeni hâkimin hükmün gerekçesini yazması asla kabul edilemez. Kanaatimizce bu gibi hallerde AİHM kararında da işaret edildiği üzere yeniden bir duruşma açılması veya en azından hükme dayanak yapılan önemli delillerin tekrardan dinlenmesi gerekir.

SONUÇ

Doğrudan doğruluk ilkesi, mahkemenin davaya konu olaya ilişkin kanaatini ancak duruşmaya getirilmiş ve tarafların kolektif katılımıyla üzerinde tartışılmış bulunan delillerden edinmesini, hükmünü de ancak bu delillere dayandırabilmesini ifade etmektedir. Bu ilke gereğince hâkim, sadece duruşmada ortaya konulmuş delillerden edindiği kanaate göre hüküm vermelidir. Bu çerçevede, hâkim tüm delillerle doğrudan ve sürekli bir ilişki ve temas kurmalı, deliller hâkim huzurunda tartışılmalı, delillerle hâkim arasında herhangi bir araç girmemesi, hâkim deliller hakkında başka bir hâkimin “gözü ve kulağıyla” bilgi sahibi olmamalıdır. Hâkim, delil kaynağı bir kişi ise bu kişiyi duruşmada bizzat görüp dinlemeli, belge ise bunu okumalı, belirti ise duruşma salonunda veyahut da mahalinde keşfe konu yapmalıdır. Ancak ilke sadece yargılamada delillerin kim tarafından nasıl inceleneceği ile ilgilenmemekte bunun yanında hâkimin yapacağı değerlendirmelerde hangi delilleri esas alacağıyla, başka bir ifadeyle delillerin kalitesiyle de ilgilenmektedir. Bu çerçevede ilke olayı kaynağından, ilk elden öğrenmenin gerçeğe ulaşma konusunda daha yararlı olacağı kabulünden hareket etmekte, mahkemenin olaya ilişkin bilgi sahibi olan kişileri bizzat dinlemesini, onların ifadelerini içeren tutanakların okunmasına tercih etmektedir. Bu yönüyle ilkenin yazılılığa karşı sözlülüğü, dolaylılığa karşı doğrudanlığı

⁸⁹ Benzer yönde görüş için bkz. TANER, s. 137.

⁹⁰ ARSLAN, s. 138. Hüküm ile gerekçe birlikte karar duruşmasında açıklanamıyorsa başka bir duruşma gününün belirlenip bu birlikteliğin sağlanması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. BİRTEK, s. 552.

⁹¹ ŞAHİN, s. 48.

üstün tuttuğu söylenebilir. Doğrudan doğruyalık ilkesi bu şekilde bir taraftan maddi gerçeğe ulaşmaya hizmet etmekte, diğer taraftan da tüm delillerin aleni duruşmada tarafların bilgisine sunulmasını ve bu deliller üzerinde kolektif bir tartışma yürütülmesini garanti ederek yargılamanın adil olmasına katkı sunmaktadır.

Doğrudan doğruyalık ilkesinin anlamlı olabilmesi ve fonksiyonlarını hakkıyla yerine getirebilmesi, duruşmada ortaya konulmuş delillerden hareketle oluşan kanaatin nihai kararda ifadesini bulmasıyla mümkündür. Bunun için ise hâkim/heyetin tüm yargılama boyunca aynı kalması, değişmemesi gerekir. Zira yargılama sürecinde hâkim/heyet değişikliği yaşanır ve bu yeni hâkim/heyet o ana kadarki işlemleri duruşma tutanaklarından ve dava dosyasından hareketle öğrenmeye çalışırsa -duruşma tutanaklarının duruşmada cereyan eden her şeyi yansıtma konusundaki zafiyeti de gözetildiğinde- belgeye dayalı ve dolaylı bir kanaate göre hüküm vermiş olacaktır. Böyle bir durum adil yargılanma hakkı ve doğrudan doğruyalık ilkesi bağlamında oldukça sorunlu bir tablo yaratacaktır.

Bugüne kadar bireysel başvuru yoluyla AİHM'in önüne hâkim/heyet değişikliğiyle bağlantılı birçok dosya gelmiştir. AİHM'in hâkim/heyet değişikliği konusunda verdiği kararlar konuyla ilgili sorunlara çözüm bulma noktasında yol göstericidir. Belirtelim ki AİHM de yargılama sırasında hâkim/heyet değişikliği yaşanmasıyla bağlantılı uyuşmazlıkları doğrudan doğruyalık ilkesi bağlamında ele almaktadır. AİHM'e göre AİHS, sanıklara yargılama sırasında aleyhe olan tanıkları sorgulama ve bunlara karşı koyma konusunda uygun ve gerekli imkanların sağlanmasını gerektirir. Sanığın dava konusu hakkında nihai kararı verecek olan hâkim huzurunda tanıklarla yüzleşmesi ceza yargılamalarının önemli bir ayağıdır. Bir mahkemenin bu yüzleşme sırasında tanıkların davranışları ve güvenilirlikleri konusundaki gözlemleri sanık bakımından önemli sonuçlar doğurabileceğinden, doğrudan doğruyalık ilkesi yargılamada önemli bir güvencedir. AİHM'e göre doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince ceza yargılamalarında nihai hüküm, yargılamada ve özellikle de deliller ortaya konulurken hazır bulunan hâkim tarafından verilmelidir. Bu sebeple önemli bir tanığın dinlenmesinden sonra mahkeme heyetinde bir değişikliğin yaşanması halinde kural olarak o tanığın tekrardan dinlenmesi gerekir.

Diğer taraftan AİHM, doğrudan doğruyalık ilkesinin yargılama makamında meydana gelebilecek değişiklikler önünde mutlak bir engel olarak yorumlanamayacağını, sorunlu bazı nedenlerle değişiklik yaşanabileceğini kabul etmektedir. AİHM böyle bir durumda, yeni hâkim/heyetin dava konusu olaya ilişkin delilleri ve olayda ileri sürülen savunma ve iddiaları çok iyi anlamasını sağlaya-

cak önlemlerin alınmış olmasını aramaktadır. AİHM'e göre, tanığın güvenilirliği konusunda herhangi bir tartışmanın bulunmadığı hallerde onun ifadesini içeren tutanakların yeni hâkim tarafından okunması yeterli bir önlem olarak kabul edilebilecekken önemli bir görüş veya tanık söz konusu ise bunların yeni hâkim/heyetçe yeniden dinlenmesi gerekebilecektir. AİHM her somut olayda hâkim/heyetin tutanak okumakla yetinmesinin yeterli olup olmayacağına bakmakta, önemli bir tanığın söz konusu olduğu ve özellikle de mahkeme heyetinin çoğunluğunun değiştiği durumlarda, söz konusu tanığın yeniden dinlenmesi gerektiğine karar vermektedir.

Türk hukukunda da çeşitli nedenlere bağlı olarak hâkim/heyet değişikliği sıklıkla yaşanmaktadır. Hâkim/heyet değişikliği yaşanmasının hâkimin reddinden veya görevsizlik kararı verilmesinden kaynaklandığı durumlarda önceki hâkim/heyetin yaptığı işlemlerin akıbetinin ne olacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Kanuna göre reddolunan hâkimin gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle yaptıkları dışında, tüm işlemler tekrarlanacak, duruşma baştan yapılacaktır. Bu çerçevede yeni gelen hâkimin tüm delillerle yeniden temasa geçmesi gerekecektir. Keza görevsizlik sebebiyle hâkim/heyet değişikliği yaşanması durumunda da kanuna göre, yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür. Görevli mahkeme (yeni hâkim/heyet) tarafından yenilenmesi mümkün olan tüm işlemler tekrarlanacak, sanık, tanık, dinlenmesine karar verilen bilirkişi yeniden dinlenecek, yeni mahkeme keşfi bizzat yapacak, tüm deliller yeniden ortaya konularak değerlendirilecektir. Kanaatimizce hâkim/heyet değişikliğine bağlanmış olan bu sonuçlar AİHM içtihatlarıyla ve doğrudan doğruluk ilkesinin gerekleriyle uyumludur.

Ancak Türk hukukunda ret veya görevsizlik dışında bir nedenle, -görev yeri değişikliği, ölüm, izne çıkma gibi- de hâkim/heyet değişikliği yaşanabilmektedir. Bu noktada kanunda hâkim/heyet değişikliğinin yaratabileceği sakıncaları gidermek bakımından “yedek hâkimlik” kurumu öngörülmüştür. Buna göre yedek üye duruşmayı başından itibaren adeta mahkeme heyetindeymiş gibi kürsüde takip edecek, devamında bir üyenin değişmesi halinde bu yedek hâkim bunun yerine geçerek yargılamaya devam edebilecektir. Ancak belirtelim ki bu şekilde kurgulanmış olan yedek hâkimlik kurumu kağıt üzerinde kalmıştır. Dolayısıyla neredeyse hiçbir zaman uygulanmayan bu kurum, hâkim/heyet değişikliğinden kaynaklanan sorunlara çözüm olamamaktadır.

Uygulamamızda hâkim/heyet değişikliği yaşandığında yeni hâkim/heyet öncekilerin bıraktığı yerden yargılamaya devam etmekte, önceki işlemlerin

önemine bakmaksızın meseleyi tutanaklardan okuyarak anlamaya çalışmaktadır. Kanaatimizce bu şekilde gelişen uygulamamız adil yargılanma hakkı ve doğrudan doğruyalık ilkesinin gerekleriyle uyumlu değildir. Esasen Türk hukukunda yeni hâkim/heyetin önceki işlemleri tekrarlaması, örneğin daha önce dinlenmiş olan tanığı tekrar dinlemesi mümkündür. Bunun önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak bizce bu konuyu mahkemelerin takdirine bırakmamak gerekir. Bu konuda yasal bir değişiklik yapılarak hâkim/heyet değişikliği yaşanması halinde, önemli delillerin yeni hâkim/heyet huzurunda tekrardan ortaya konulması gereği açıkça düzenlenmelidir. Bu şekilde yeni hâkim/heyet vicdani kanaatini doğrudan huzurunda ortaya konulmuş ve tartışılmış delillerden edinmiş olacaktır.

Türk hukukunda hâkim/heyet değişikliği yaşanmasıyla sonuçlanan bir diğer durum ise kanun yollarında hükmün bozulması üzerine dosyanın kararı bozulan mahkemeye değil yeni bir mahkemeye gönderilmesidir. Kanaatimizce böyle bir durumda yeni mahkeme önceki karardan bağımsız yepyeni bir karar vereceği için doğrudan doğruyalık ilkesi çerçevesinde, bu mahkeme tüm delillerle yenden temas kurmalı ve bu delillerden hareketle edineceği vicdani kanaate göre hükmünü vermelidir. Bozma üzerine dosya kendisine gönderilen yeni mahkemenin dosya üzerinden hüküm kurması doğrudan doğruyalık ilkesiyle bağdaşmaz.

Türk hukukunda 2016 yılında yapılan bir değişiklikle hükmün ve gerekçenin farklı hâkimler tarafından yazılmasının önü açılmıştır. Buna göre, bir hâkim yargılamayı yapıp hüküm kurar ve fakat bir nedenle bu hâkim gerekçeyi yazamayacak duruma gelirse yerine gelecek yeni hâkim kurulan kısa karara göre, gerekçeyi yazacaktır. Oysa olması gereken gerekçenin hükme göre değil, hükmün gerekçeye göre yazılmasıdır. Zira hükme göre yazılacak bir gerekçe vicdani kanaatin değil, hükmün açıklandığı bir metin olacaktır. Kanaatimizce CMK'daki söz konusu hüküm doğrudan doğruyalık ilkesinin açık bir ihlali niteliğinde olup hükmün kanundan çıkarılması gerekir. Bizce hâkim bir sebeple hüküm kurduktan sonra gerekçeyi yazamayacak hale gelirse, yerine gelecek yeni hâkimin duruşmayı baştan yapması veya en azından önemli delilleri tekrardan dinlemesi daha isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The authors declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Aziz Serkan, “Doğrudanlık İlkesi”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİH-BİR Özel Sayısı**, 2014, C. 4, S. 2, s. 133-144.
- ARTUÇ, Mustafa / ELMAS, Mehmet Tevfik, **Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve İstinaf**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- BEULKE, Werner, “Muhakeme İlkeleri”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 445-455.
- BİRTEK, Fatih, **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- BOBASU, Camelia Mihaela / GHIDIRMIC, Bogdan, “Brief Considerations on the Principle of Immediacy in Criminal Proceedings”, **Journal of Law and Public Administration**, 2021, Vol: 7, Issue: 14, s. 98-102.
- CHIIAIA, Gabriela-Nicoleta, “Considerations on the Right to a Fair Trial Breaching of the Principles of Contradictory and Immediacy by Changing the Composition of the Panel of Judges”, **Bulletin of the Transilvania University of Braşov**, 2018, S. VII, Social Sciences, Vol. 11(60), No. 2.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 22. Baskı, Beta, İstanbul, 2024.
- ÇEVİK, Yasin, **Ceza Muhakemesinde İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- DAMASKA, Mirjan, “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, **University of Pennsylvania Law Review**, 1973, 121(3), s. 506-589.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, “İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları”, **TAAD**, 2012, Yıl: 3, Sayı: 10, s. 421-454.
- GÖKPINAR, Mahmut, “Ceza Muhakemesinin Temel Bir İlkesi Olarak Delillerin Doğrudan Doğruluğu”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2024, C. 14, S: 2, s. 937-986.
- GRANDE, Elisabetta, “Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance”, **The American Journal of Comparative Law**, 2000, S. 48/2, s. 227-259.

- GROENHUIJSEN, Marc S./SELÇUK, Hatice, “The Principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of European Human Rights Law”, 2014, **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, 126(1), s. 248- 276.
- KAFES, Veli, “Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması”, **CHKD**, 2015, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 181-197.
- KARAKEHYA, Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2007.
- MELIM, Mafalda Mour, “Immediacy at the First Instance Trial”, **Fairness in Criminal Appeal, A Critical and Interdisciplinary Analysis of the ECtHR Case-Law**, Ed. Helena Morão/Ricardo Tavares da Silva, Springer, 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ALAN, Esra / GEZER, Özge Sırma / SAYGILAR, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Çev. Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- SELÇUK, Sami, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, İstanbul, 2013, s. 319-361.
- SPENCER, John R, “Proactive Policing and the Principles of Immediacy and Orality”, **Invading the Private- State Accountability and New Legislative Methods in Europe**, Ed. Stewart Field/Caroline Pelser, Routledge, Londra, 1998.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- TANER, Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- TAŞKIN, Mustafa, “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, S. 7, s. 1025-1059.
- TRECHSEL, Stefan, **Human Rights in Criminal Proceedings**, Oxford University Press, 2005.
- TURANJANIN, Veljko, “The Principle of Immediacy versus the Efficiency of Criminal Proceedings: Do Changes in the Composition of the Trial Panel Violate the Right to a Fair Trial?”, **Nordic Journal of Human Rights**, 2021, 39: 1, s. 73-87.
- TURGUT, Bahar, **Ceza Muhakemesinde Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi**, Adalet Yayınevi, 2025.

- TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığını Şüpheyi Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi” **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2023, 13(2), s. 1049-1138.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2024.
- YAŞAR, Osman / OTACI, Cengiz, **Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, I. Cilt, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2025.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Baskı, Beta, 2015.
- YILDIRIM, Akif, “Yargılamada Hâkim (Heyet) Değişiklikleri ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2016, Cilt: 11, Sayı: 118, s. 190-191.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Seçkin, 16. Bası, Ankara, 2019.

An Assessment on Limitations and Restrictions of the Fundamental Rights in Strasbourg Legal Order^(*)

Strazburg Hukuk Düzeninde Temel Hakların Sınırlanması ve Kısıtlanması Üzerine Bir Değerlendirme

Murat TUMAY^(**)

Abstract:

All human rights and fundamental freedoms are subject to the general rule that no one has the right to engage in activities or perform acts that aim to destroy any of the rights and freedoms recognized under the European Convention on Human Rights (ECHR). In certain cases, it is legitimate to impose restrictions on individual rights to protect the broader societal interests and the rights of others. The common good may justify such restrictions to ensure public order, national security, or other legitimate aims as recognized in the ECHR. The aim of these restrictions is to preserve the moral and democratic values of society and the rights and freedoms of others. These limitations are referred to as “permissible limitations” or “restrictions” within the context of the European Convention on Human Rights. Each right is defined within its respective article, alongside the conditions that justify its limitation. The grounds for restriction must be reasonably based, lawful, and proportionate to the legitimate aim being pursued. Importantly, these limitations must be created through proper legal procedures and must be clearly accessible, transparent, and understandable to the public. This approach reflects the delicate balance between individual freedoms and the just demands of society, ensuring the effective operation of government while safeguarding fundamental rights. Courts, particularly the European Court of Human Rights (ECtHR), play a critical role in determining whether these restrictions are necessary in a democratic society, ensuring that they do not undermine the essence of the right being limited.

Keywords:

Restriction of Rights, European Court of Human Rights, Fundamental Rights, Public Value, Private Value.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.03.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 30.05.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1666842

Bu makaleye atıf için: TUMAY, Murat, “An Assessment on Limitations and Restrictions of the Fundamental Rights in Strasbourg Legal Order”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 537-583

^(**) *Doç. Dr.*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: murat.tumay@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0002-6092-8914

Öz:

Tüm insan hakları ve temel özgürlükler, hiç kimsenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHM) kapsamında tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik herhangi bir faaliyet veya eylemde bulunma hakkı bulunmamak kaydıyla genel kural çerçevesine tabidir. Belirli durumlarda, bireysel haklara toplumun daha geniş çıkarlarını korumak amacıyla sınırlamalar getirilmesi meşru olabilir. Kamu yararı, bu tür sınırlamaları haklı çıkarabilir, böylece kamu düzeni, ulusal güvenlik ve AİHM’de tanınan diğer meşru amaçlar korunabilir. Bu sınırlamaların amacı, toplumun moral ve demokratik değerlerini korumaktır.

Bu sınırlamalar, AİHM bağlamında “kabul edilebilir sınırlamalar” veya “kısıtlamalar” olarak adlandırılır. Her hak, kendi ilgili maddesinde tanımlanır ve sınırlamalarını haklı kılacak koşulları belirtir. Sınırlamaların dayandığı gerekçeler, makul bir şekilde temellendirilmeli, hukuka uygun olmalı ve takip edilen meşru amacı sağlamak için orantılı olmalıdır. Önemli bir şekilde, bu sınırlamalar uygun yasal prosedürlerle oluşturulmalı ve kamuya açık, şeffaf ve anlaşılır bir şekilde sunulmalıdır.

Bu yaklaşım, bireysel özgürlüklerle toplumun haklı talepleri arasında hassas bir dengeyi yansıtarak, hükümetin etkin işleyişini sağlarken temel hakların korunmasını güvence altına alır. Mahkemeler, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirlemede kritik bir rol oynar, böylece sınırlamaların ilgili hakkın özünü zedelediğinden emin olurlar.

Anahtar Kelimeler:

Hakların Sınırlandırılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Temel Haklar, Kamusal Değer, Özel Değer.

Extended Summary:

This article provides a comparative analysis of the limitations imposed on fundamental rights and freedoms under the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Turkish Constitution. It explores the legal frameworks, guiding principles, and jurisprudential interpretations that shape the scope of permissible restrictions in both systems, highlighting similarities, differences, and the underlying rationale for such limitations.

Under the Strasbourg legal order, the ECHR does not treat human rights as absolute. Instead, it allows for their restriction under strictly defined conditions. Any interference with a right must be “prescribed by law,” pursue a “legitimate aim,” and be “necessary in a democratic society.” These requirements form a consistent structure of review, known as the *three-part test*, which the European Court of Human Rights (ECtHR) uses to assess the compatibility of national measures with the Convention. The principles of legality, proportionality, and necessity are central to this framework, ensuring that any limitation serves the broader interests of public order, security, health, or morals, while respecting democratic values and the rule of law.

The Turkish Constitution adopts a similar approach, particularly under Article 13, which provides that fundamental rights may only be restricted by law and in line with the requirements of a democratic society. Article 14 further prohibits the abuse of rights to undermine the constitutional order. Moreover, the Turkish legal system incorporates the principle of proportionality through Constitutional Court jurisprudence, aiming to strike a fair balance between individual liberties and the public interest.

However, despite these parallels, the application and interpretation of limitations in practice may diverge. The ECHR system benefits from supranational oversight by the ECtHR, which provides an external check on state power. In contrast, Turkey’s mechanism relies primarily on domestic courts, including the Constitutional Court, which may face institutional or political challenges that affect the consistency and independence of judicial review.

The article also reflects on the importance of legal clarity and foreseeability in the application of limitations. Both the ECHR and Turkish Constitution emphasize that restrictions must be accessible and comprehensible to the public to prevent arbitrary enforcement. This legal certainty is crucial for protecting the substance of fundamental rights and maintaining trust in the legal system.

In conclusion, the comparative analysis demonstrates that while both the ECHR and Turkish constitutional frameworks recognize the need to limit rights in certain circumstances, they also underscore the importance of safeguarding the core essence of these rights. The legitimacy of any restriction hinges on transparency, proportionality, and democratic oversight. Ultimately, the balance between individual freedoms and societal interests must be maintained through fair, consistent, and rights-respecting legal mechanisms.

INTRODUCTION

Although under Article 1 ECHR¹, the Contracting Parties are obliged to secure the rights and freedoms for everyone within their jurisdiction, the European Convention on Human Rights provides explicitly for the limitation and restriction of specific rights. As Greer suggests, a cursory reading of the Convention might suggest that what it gives with one hand it takes away with the other, since most of the rights which the High Contracting Parties have agreed to respect and protect are subject to so many broad and often vague exceptions, restrictions and qualifications². Justifiably, most of the rights and freedoms defined in Section I of the ECHR are subject to some kind of escape clauses. Those clauses, which may be called “restriction” or “limitation” clauses, permit the parties to the Convention to place limitations or restrictions on the rights guaranteed.

The basic reason for allowing restrictions or limitations is the need to strike a balance between the individual’s freedoms and the just demands of society for the efficient and effective operation of government. Controlling and regulating the rights of each individual in the interests of all, in fact better achieves protection of the rights themselves. So in the final analysis, restrictions or limitations on the rights of the individual are designed to secure the liberty of all individuals in a given society. These ideas underlie the limitation and the restriction of rights According to the Convention, some freedoms, such as freedom from torture and freedom from slavery cannot be restricted by governments in the interests of balancing other competing interests. Governments within defined boundaries, with the aim of protecting competing interests, can restrict other freedoms. They may be defined as ‘limitable freedoms.’ These restrictions or limitations are themselves constrained by international human rights law. Any restriction must be justifiable by reference to one or more of the legitimate objectives under the ECHR³. In effect, the control of restrictions is respectful of

¹ For the general overview on the European Convention on Human Rights and its Law see Clare Ovey and Robin C. A. White, *Jacobs and White European Convention on Human Rights* (3rd ed., Clarendon Press, 2002), David John Harris, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Butterworth 1995), Pieter van Dijk and Godefridus Josephus Henricus (Fried) van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (3rd ed., Kluwer Law International 1998); Donna Gomien, David Harris and Leo Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, (Council of Europe 1996); Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, (London 2001); Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 2004).

² Steven Greer, *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publication 1995).

³ Loukis G. Loucaides, ‘Restrictions or limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights’ in (1993) 4 Finnish Yearbook of International Law 334, 334.

the state's sovereignty, in that it disregards the hierarchy of norms; the pre-eminence of the European norm is indeed tempered by taking into account national interests⁴.

In line with the Strasbourg legal order, the Turkish Constitution, also regulates the fundamental rights of the individual with restrictions where the common good of the society and the rights of others so require. It is believed that when the use of one's rights and freedoms is in conflict with others' rights and freedoms, the conflict should be compromised via the constitution, law and adjudication. In this article I will look at the scope of the limitations in both the Strasbourg and the Turkish legal orders.

I. NATURE AND SCOPE OF THE LIMITATIONS ON CONVENTION RIGHTS

The first condition for a restriction to be justified is that it has one of the legitimate aims established by the Convention. These legitimate aims vary according to the right in issue, but typically include the interests of national security or the economic well-being of the country; the prevention of disorder or crime; the protection of health or morals; and the protection of the rights and freedoms of others. Whether the measure in question pursues one of the stated legitimate aims it is usually uncontroversial and the Court has rarely found that a state was not pursuing the aim it asserted. If it could establish that a restriction or interference was not, in truth, in pursuit of one of the legitimate aims, for example where someone was punished for publishing an article, ostensibly to prevent disorder, but in reality with the aim of hindering his trade union activity, there would be a violation of Article 18. However, while the Court may accept that the policy or measure pursued was one of the legitimate aims laid down in the relevant Article, it will not necessarily accept that the specific objective pursued by the policy was 'necessary in a democratic society'. The extent of the interference with a right will obviously be another highly material factor. A measure that reduces or restricts a right, 'in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired, will constitute a disproportionate interference'⁵.

⁴ Mireille Delmas-Marty, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers 1992), 12.

⁵ Paul Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin* (1990) HRLJ 57; Nicholas Lavender, *The Problem of the Margin of Appreciation* (1997) EHRLR 380; see also Ronald St. John Macdonald, *Methods of Interpretation of the Convention*, in MacDonald, Matscher and Petzold (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, (Martinus Nijhoff 1993).

In particular circumstances states are allowed to interfere with rights and freedoms guaranteed under the Convention; therefore, the state may *inter alia*: deprive an individual of his life or liberty in certain circumstances⁶; require the performance of forced or compulsory labour in well-defined cases⁷; exclude the press and the public from all or part of a trial⁸; interfere with the right to respect for a person's private and family life, his home and his correspondence⁹; limit or curtail the freedom to manifest one's religion or beliefs, in worship, teaching, practice and observance¹⁰; regulate the right to freedom of expression by requiring the licensing of a broadcasting, television or cinema enterprise, or subject such freedom of expression to formalities, conditions, restrictions or penalties¹¹; restrict the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to join trade unions¹²; deprive a person of his possessions¹³; control the use of property, or secure the payment of taxes or other contributions or penalties¹⁴; impose certain conditions on the rights to vote and to stand for election¹⁵; and restrict, within its territory or any particular area thereof, the liberty or movement and the freedom to choose a residence¹⁶.

All of these restrictions are permitted to a Contracting Party in the very article that sets out the right in question. The Convention employs a variety of techniques to limit the scope of its rights and freedoms or to permit restrictions on rights and freedoms in specified circumstances. Some of the articles contain interpretative clauses, which indicate that certain activities do not fall within the scope of the article. Secondly, Article 15 allows special restrictions on a number of rights and freedoms in time of war or public emergency. Finally, some of the articles setting out specific rights or freedoms make express provision for re-

⁶ Article 2 of the Convention. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ETS No: 005, opened for signature in Rome on 04 November 1950 and came into force on 03 September 1953.

⁷ Article 4 (2) ECHR.

⁸ Article 6 (1) ECHR.

⁹ Article 8 (2) ECHR.

¹⁰ Article 9 (2) ECHR.

¹¹ Article 10 ECHR.

¹² Article 11 ECHR.

¹³ Article 1 of the First Protocol.

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ Article 3 of the First Protocol.

¹⁶ Article 2(3) and (4) of the Fourth Protocol.

strictions that meet certain qualifying conditions¹⁷. Apart from the article itself that guarantees the right and freedom, general provisions set out in the Articles 15 to 18 authorise the restriction or limitation of rights in various forms. The restrictions and limitations allowed to a Contracting Party are sometimes set out in the very article containing the right in question¹⁸. The parties to the Convention are permitted to derogate from their obligations under the Convention in time of war or other public emergency threatening the life of the nation¹⁹.

Contracting states are permitted to make ‘reservations’ at the time of ratifying the Convention. The reservation is another device that states may use to restrict rights²⁰. The State Parties, under Article 58 of the Convention have the possibility of the denunciation of the Convention²¹.

The restriction system of the Convention is largely based on the restriction principles found in Articles 8-11. Articles 8-11 have some similar features. Each of them has been formulated in an almost identical manner. The first paragraph sets out the basic right. The second paragraph typically expresses the conditions and forms of restriction of the basic right. Articles 8, 9, 10 and 11 deal with the protection of private and family life, freedom of thought and religion, freedom of expression and freedom of association and assembly, respectively.

¹⁷ Berend Hovius, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis” in (1986) 6 YEL 1, 9.

¹⁸ These types of limitation are clearly seen in the second paragraphs of Articles 8 to 11. In the first paragraph the scope of the rights and freedoms is set forth, in the second paragraph the situations that permit the limitation of the right take place.

¹⁹ Article 15 of the Convention permits derogations. The first paragraph of the Article reads “In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.”

²⁰ Article 57 of the Convention makes the reservation possible. The article reads, “Any State may, when signing this Convention or when depositing its instrument of ratification, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provision. Reservations of a general character shall not be permitted under this article.

²¹ In the circumstances of the denunciation the Contracting Party is only free of those obligations that are not anyway binding as general principles of International law. Therefore because of the fact that the Convention contains obligations that have the status of general principles of law, a denunciation will not make the Contracting party -which denounces the Convention- free from its obligations. However the Contracting Party will be free from the procedural and enforcement machinery contained in the Convention. In this context Article 43 of the Vienna Convention states; “the invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present Convention or of the provisions of the treaty, shall not in any way impair the duty of any state to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it would be subject under international law independently of the treaty.”

Although each of the second paragraphs of Articles 8-11 states the system of restriction in the same structure, there are some slight differences between them. To give an example: the economic well-being of the country as a ground of restriction is defined only in Art.8(2); and protection of the authority of the judiciary in Art.10(2). Another difference is that while the other three Articles establish the restriction grounds in their second paragraphs, Article 10, in its first paragraph, states that limitations are allowed because the exercise of free expression carries with it certain duties and responsibilities.

There is no standard document within the Council of Europe setting the ground terms of meaning and principles of restriction. Therefore, where necessary, I will refer to the Siracusa Principles²² on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights prepared by United Nations Economic and Social Council, UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

Table 1. Limitation Grounds in Articles 8-11

Limitation Grounds	Article 8	Article 9	Article 10	Article 11
Interests of national security	X		X	X
Interests of public safety	X	X	X	X
Prevention of disorder or crime	X		X	X
Protection of public order		X		
Protection of health or morals	X	X	X	X
Protection of the rights and freedoms of others	X	X		X
Interests of Territorial Integrity			X	
Protection of the reputation of others			X	
Protection of the rights of others			X	

²² Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985).

The United Nations, Economic and Social Council, U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities have prepared Siracusa Principles. They have been formulated with the aim of setting up General Interpretative Principles Relating to the Justification of Limitations and Interpretative Principles Related to Specific Limitation Clauses.

Limitation Grounds	Article 8	Article 9	Article 10	Article 11
Preventing the disclosure of information received in confidence			X	
Maintaining the authority and impartiality of the judiciary			X	
Interests of economic well being of the country	X			

The restrictions under Articles 8-11 can broadly be divided into two groups: the public interest grounds and the private interest grounds²³. While the public interest restrictions are designed to protect the interests of society as a whole, the private interest restrictions protect individuals from the acts of their peers. In summary, public interest grounds are concerned with the general interest of state and society, whilst private interest grounds are capable of benefiting distinct groups or individuals²⁴.

In conclusion, the restriction or limitation of rights can take place in various forms. For example, a particular right is defined in such a way as to indicate the limits of the right guaranteed. Thus, forced or compulsory labour is defined so as to allow for certain forms of work which might otherwise have been regarded as forbidden by the Convention²⁵. In some articles restrictions are included in the articulation of the right²⁶, or particular exceptions are expressly allowed therein²⁷. Except for these, there are some general provisions that provide for the authorities to interfere with rights under certain conditions. On the other hand, Article 3, (the right not to be tortured), is so formulated that there is no room for it to be restricted in any circumstances. Likewise, the draftsmen of the Convention considered some rights as entirely fundamental; derogation from such rights is not allowed²⁸.

²³ See Steven Greer, *Public Interest and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe 1995); Steven Greer, *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe 1997).

²⁴ Steven Greer, *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe 1997), 18.

²⁵ Article 4(3) of the Convention.

²⁶ Article 12 of the Convention.

²⁷ Articles 2, 4(3), 5(1), 6(3) c and e, 7(2) and 12 of the Convention and Articles 1 of the first and Sixth Protocols respectively.

²⁸ Articles 3, 4(1), 15(2) of the Convention and Article 3 of the Sixth Protocol.

A. Derogable Rights and Non-Derogable Rights

The rights guaranteed in the Convention and its Protocols can be split into two broad categories; derogable rights and non-derogable rights. According to Article 15 of the Convention, a State Party to the Convention is permitted to derogate from certain provisions of the Convention in times of public emergency, to the extent strictly required by the exigencies of the situation. On the other hand non-derogable rights cannot be derogated or restricted in any situation even in times of war or public emergency. In this respect Article 3 is an absolute non-derogable right, guaranteed by the Convention. There will be no place to derogate or restrict the right not to be tortured. Another non-derogable right is the right to life guaranteed by Article 2, but Article 15(2) itself makes the exception of deaths caused by lawful acts of war. Furthermore, Articles 4 (1) and 7 set forth non-derogable rights. The sixth Protocol abolishes the death penalty; under Article 3 of this Protocol derogation from the sixth Protocol is prohibited. Derogation arises, in certain emergencies so that a state can be free from their obligations under the Convention. However, given the language of Article 15, it does enhance the position taken by the Court that proportionality of derogation measures will ordinarily require a process of supervision to prevent or reduce the possibility of abuse of the derogation²⁹.

B. Absolute and Qualified Rights

As mentioned earlier, rights and freedoms set forth in the Convention can be grouped as either absolute or qualified according to the permissibility of their limitation or restriction. Qualified rights permit the state to interfere with the rights guaranteed, on the condition that the interference is prescribed by law; has a legitimate aim; and is necessary in a democratic society. Articles 8-11, Article 1 of Protocol 1 and Article 2 of the First Protocol are defined as qualified rights, because they permit the limitation in their second paragraphs³⁰.

The absolute rights set out in the Convention start with Article 2, the right to life. Although the right to life is classified as absolute under Article 2, execution may take place following a court conviction of a crime for which the death penalty is allowed, (it should be borne in mind that this is subject to the prohibition of the death penalty under Protocol 6 which applies to the states bound by

²⁹ John Harris, Michael O'Boyle and Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Butterworth 1995), 504.

³⁰ Richard Clayton and Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, (Oxford Univ. Press 2000), 305.

it). In addition to this, Article 2 establishes that deprivation of life is not a breach of the Convention where it results from the use of force which is no more than absolutely necessary in: (a) defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; and (c) in action lawfully taken for the purpose of suppressing a riot or insurrection.

The list of absolute rights continues: Article 3, the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment; Article 4(1) the prohibition of slavery or servitude; and Article 7 the prohibition of the retrospective effect of criminal law. Protocol 6 concerns the abolition of the death penalty and Article 4 Protocol 7 prohibits criminal trial for an offence for which one has already been acquitted or convicted.

As the preceding rights and freedoms are formulated in absolute terms neither in times of emergency nor in a normal situation is any restriction or limitation permitted. For the other rights and freedoms provided and guaranteed under the Convention certain restrictions are permitted. These restrictions can take different forms. In many cases, the very possibility of restricting the enjoyment of a particular right and the nature and scope of that possibility have been found to be decisive for the question of whether or not a violation has taken place. The possibility of their restriction is a determinant factor in the scope of the rights and freedoms guaranteed in the Convention³¹.

C. Inherent Limitations

For some time, the Commission, took the view that in addition to the expressly mentioned restrictions (or in the absence of an express reference), the scope of the rights and freedoms laid down in the Convention would be subject to implied limitations. Unlike the express restrictions, these implied restrictions were inherent in those rights and freedoms themselves, so that, as long as they and their inherent limitations were respected, there would be no breach and the question as to possible limitations did not arise³². However, the Court rejected this doctrine, adopting the view that the enumeration given there is exhaustive. It stated that there is no room for inherent limitations. Therefore, it is now established that the only restrictions which are allowed are those which are expressly

³¹ Pieter van Dijk and Godefridus Josephus Henricus (Fried) van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed The Hague, (London: Kluwer Law International 1998), 761.

³² Ibid, 763.

permitted by either the general articles of the Convention, or the limitations contained in individual articles³³.

II. THE LEGITIMATE AIMS OF LIMITATIONS

Greer has written that legitimate restrictions and limitations can be grouped according to whether they are private or public interest restrictions³⁴. The Commission and the Court have, from time to time, deliberated upon, given decisions and delivered judgements on the interpretation, meaning and effect of some of the qualifying provisions of the restrictive clauses, including such provisions as have those legitimate aims.

A. National Security

The term “national security” includes two distinct elements, “national” and “security.” The word “national” is generally used to refer to that which concerns a country as a whole. The word “security” suggests the protection of territorial integrity and political independence against foreign or internal force, or threats of force. Although the terms national and security can have these meanings, it should be recognised that both terms can be used to refer to different things. The word “nation” can be used to refer to both a cultural, ethnic etc. grouping within a state, (generally with a past history of independence before incorporation into a larger unit), as well as the state itself. As to the term “security,” it may be defined as a state of being free from fear, risk of threat etc.; in other words either an absence of threats, or the existence of threats but coupled with adequate safeguards³⁵. The principal cases in which the national security defence has been raised indicate that it concerns the security of the state and the democratic constitutional order from threats posed by enemies from both within and outside³⁶. Cameron, in this framework, is of the opinion that, in an era of global interdependence, the ordinary meaning of “national security” cannot be limited to the simple preservation of territorial integrity and political independ-

³³ Arthur Henry Robertson and John Graham Merrills, *Human Rights in Europe*, (3rd ed., Manchester University Press, 1996); Clare Ovey and Robin C. A. White, *Jacobs and White European Convention on Human Rights*, (Clarendon Press 2002), 198-199.

³⁴ See Steven Greer, *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publication 1995).

³⁵ Iain Thorburn Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston: Kluwer Law International 2000), 40-41.

³⁶ See, Steven Greer, *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publication, (Strasbourg, 1995), 12.

ence from external armed attack, or interference by foreign powers. National security must also logically encompass espionage, (economic or political), and covert action by foreign powers. Moreover, notwithstanding a lack of foreign involvement, purely internal threats to the existing political order by use of force must also be checked. Certainly these are considered by most if not all, governments as legitimate national security concerns³⁷.

Basically, the aim of the national security restriction ground is to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against force, or threat of force. National security cannot be invoked as a reason for imposing limitations to prevent merely local or relatively isolated threats to law and order. It is very important that vague or arbitrary limitations should not be imposed; the restriction may only be invoked when there are adequate safeguards and effective remedies against abuse³⁸. The national security concept is as old as the nation state itself but it began to be used generally at the beginning of the cold war. The first example of its statutory usage was a pparently the US National Security Act of 1947³⁹.

This exception has not often been raised in the case law of the Strasbourg organs. However, where it has been an issue it has been of fundamental importance. It is worth recalling that there is a long tradition of governments dishonourably invoking national security to deal with what are really political embarrassments or disclosures which are harmful to their own partisan interest, rather than some larger “national” interest⁴⁰. Therefore, in particular, a restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate if its genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security. This includes using the exception, for example, to protect a government from the embarrassment of the exposure of wrongdoing, to conceal information about the functioning of its public institutions, to entrench a particular ideology⁴¹, or to suppress industrial unrest⁴².

³⁷ See Iain Thorburn Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston: Kluwer Law International 2000), 43.

³⁸ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985).

³⁹ Iain Thorburn Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston: Kluwer Law International 2000), 39.

⁴⁰ Nicol, Andrew, “National Security Considerations And The Limits Of European Supervision” (1996) EHRLR 1, 41.

⁴¹ An example of this could be the implementation of a certain ideology in Turkey. Nurullah Gorgen, ‘The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary’ in Nauman Reayat, Rhona KM Smith and Moohyung Cho, *Judicial Independence in Transitional Democracies* (1st edn, Routledge 2024).

The national security defence is available to states in relation to interference with the right to a public trial, (Article 6 para.1); the right to respect for private and family life, home and correspondence, (Article 8 para.2); the right to freedom of expression, (Article 10 para.2); the right to peaceful assembly and association, (Article 11 para.2); the right to freedom of movement and freedom to choose residence, (Article 2 para.3 of Protocol 4); and the right of aliens lawfully resident in a territory not to be expelled without a hearing, (Article 1 para.2 of Protocol 7). As stated, the national security exception has not often been applied in the case law of the ECHR. However the cases in which this ground has been raised are of fundamental importance.

In a number of cases the national security defence has been an issue under the right to respect for private and family life, home and correspondence; the right to freedom of assembly and association⁴³; and the right to freedom of expression. In the early cases where the national security exception was raised, interference with the right to respect for private and family life, home and correspondence was raised in connection to the use of secret surveillance⁴⁴. Although the Strasbourg institutions accepted that secret surveillance constitutes an interference with Article 8⁴⁵, they also decided that this interference could be justified where it is strictly necessary to protect democratic institutions⁴⁶. The Strasbourg Court stated in well known *Klass* case that technical advances in espio-

⁴² The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Principle 2. U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996). These Principles were adopted on 1 October 1995 by a group of experts in international law, national security, and human rights convened by ARTICLE 19, the International Centre Against Censorship, in collaboration with the Centre for Applied Legal Studies of the University of the Witwatersrand, in Johannesburg. The Principles are based on international and regional law and standards relating to the protection of human rights, evolving state practice (as reflected, inter alia, in judgements of national courts), and the general principles of law recognised by the community of nations. These principles aim to promote a clear recognition of the limited scope of restrictions on freedom of expression and freedom of information that may be imposed in the interests of national security, so as to discourage governments from using the pretext of national security to place unjustified restrictions on the exercise of these freedoms.

⁴³ One of the main focuses of this thesis is to explore the issue of dissolution of political parties by the Turkish Constitutional Court with the national security ground and the Strasbourg organs' response to those cases. The other cases are *Socialist Party v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, (1999) 27 EHRR 51, *The Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, Judgement of 8 December 1999; (2001) 31 EHRR 27, *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), (2002) 35 EHRR 3 and *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), Grand Chamber Judgment of 13 February 2003, (2003) 37 EHRR 1.

⁴⁴ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, *Leander v. Sweden*, Judgement of 26 March 1987, Series A No. 116; (1988) 9 EHRR 433.

⁴⁵ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.41.

⁴⁶ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.42, Appl. No; 8290/78, *A,B, C and D v. Federal Republic of Germany*, (1980) 18 DR p.176.

nage and the development of European terrorism made secret surveillance particularly necessary.

One of the most important cases decided by Strasbourg with regard to the justification of the national security limitation is the *Leander v. Sweden*⁴⁷ case. It may be accepted that one of the crucial means of protecting a state from any kind of internal threat is the gathering of information through intelligence. In the *Leander* case the applicant was refused employment in a security sensitive job on the basis of information contained in a police file, which the applicant was not allowed to see. Sweden, not surprisingly, claimed that the interference with the applicants' right to private and family life under Article 8 should be considered as justified on the ground of protecting national security. The Court agreed with the state making the important evaluation that protecting national security requires state authorities to have the power to collect and store information on persons in a register which is withheld from the public. However, and on the other hand, the Court stated that it was equally necessary that there should be adequate safeguards to prevent abuse of the system⁴⁸. Safeguards can mitigate the effects of derogation, or as here a limitation. That being the case they should be as extensive as possible in the circumstances. Therefore, in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and might have extremely harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge⁴⁹.

This general statement of principle, which asserts the essential importance of safeguards in a system for collecting information about individuals, was reaffirmed in another cornerstone case *Klass v. Germany*⁵⁰. In this case the applicants were lawyers. In the past some of them had represented clients who were suspected of engaging in anti-constitutional activities. The applicants claimed that they might be subjected to security service telephone taps⁵¹. They com-

⁴⁷ *Leander v. Sweden*, Judgement of 26 March 1987, Series A No. 116; (1988) 9 EHRR 433.

⁴⁸ *ibid* para.59, The Commission reached a similar conclusion in *Friedl v. Austria*, Report of 19 May 1994, Series A, No. 305-B, (1996) 21 EHRR 83. The case was concerned with withholding by the police of photographs taken during a demonstration, notwithstanding that there had been no prosecution. This case was settled and the merits has not been reached the Court.

⁴⁹ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.41, para.56.

⁵⁰ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214.

⁵¹ The Commission Report, quoted at para 27 of the Judgement. In this case there was an issue as to whether the applicants could be victims under the direct victim requirement, since they had no clear information about whether their clients had been subject to telephone taps or not. The Court decided that it was unacceptable that an applicant be denied such status on the basis of the secrecy of the very measures about which he complains. Para.36.

plained that there was no requirement that anyone subject to surveillance be told of the fact after it had finished, nor was there any means available under German law of preventing such surveillance⁵². The German government claimed that their secret surveillance laws were justified under the second paragraph of Art.8. The Court stated in general that:

“The Court... cannot but take notice of two important facts. The first consists of the technical advances made in the means of espionage and, correspondingly, of surveillance; the second is the development of terrorism in Europe in recent years. Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism with the result that the State must be able, in order to effectively counter such threats, to undertake surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction. The Court has therefore to accept that the existence of ... secret surveillance over the mail, post and telecommunications is under exceptional circumstances, necessary in a democratic society in the interests of national security and /or for the prevention of disorder or crime⁵³”.

Indeed, the case turned upon the question of what safeguards were provided, and whether they allowed these particular surveillance powers to be justified under the second paragraph. It should be borne in mind that, as surveillance is redolent of a police state, therefore the exceptions to the right in the second paragraph had to be narrowly interpreted⁵⁴.

Under the German surveillance system the safeguards were extensive. Surveillance could only be used where there was an immediate danger to the constitutional order, where there was no other means available and where there was some factual basis to suspect the person monitored. Furthermore a judicially qualified officer, who passed only required information on to the authorities, supervised this. Perhaps the most important of the safeguards was that there was a parliamentary board (which included members of the opposition), to whom the responsible minister had to report. There was also a commission appointed

⁵² ibid, para.10.

⁵³ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.48.

⁵⁴ ibid, para.42 The Court also in *Sunday Times v. United Kingdom*, Judgement of 26 November 1991, Series A No.217; (1992) 14 EHRR 229 at para.65 stated that the job of the Court was not balancing of two principles, but interpreting limited exceptions to a single basic right. Obviously this is not literally true, the limits are always pursuant to a different principal to the one represented by the substantive right, but it suggests a certain strictness of approach. On this also see Gérard Soulier ‘Terrorism’ in Mireille Delmas-Marty, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers 1992).

by the parliamentary board whose main duty was to monitor the use of surveillance power. There was an additional requirement that the person concerned was to be informed, at the point where it was possible to do so without jeopardising the purpose of the surveillance. It had to be noted that, because of the nature of the job, this might well be a very long time after it had started, (if it was a large-scale operation)⁵⁵. Despite the fact that there was such an extensive and complicated safeguard system, its weakness was that there was no possibility of judicial involvement or a legal remedy at any point. The Court argued that this was a serious shortcoming, stating that:

“One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the preamble of the Convention. The rule of law implies, inter-alia, that interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subjected to an effective control which should normally be assumed by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure⁵⁶”.

Despite this finding, the Court came to the conclusion, and notwithstanding that there is need of a narrow interpretation of the exceptions to Article 8, that the German system fell within the government’s margin of appreciation⁵⁷. It seems that the Court was significantly influenced by the inclusion on the parliamentary board of members of the opposition, and in the end was convinced that this board, and the commission on surveillance, were sufficiently independent to be an adequate substitute for judicial control⁵⁸.

As for the applicants’ second complaint; that the information held about them was not available to them, the Court agreed with the Government’s submission that it would often defeat the object of the surveillance automatically to require that the subject be informed of the monitoring as soon as it had finished⁵⁹. It is very difficult to challenge this argument. Indeed, such a safeguard would unavoidably mitigate the extent of the limitation on the right; if surveillance were legitimately required it would be nonsensical also to require that its effectiveness be so substantially compromised.

⁵⁵ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, paras.18-21.

⁵⁶ *ibid* para.55.

⁵⁷ *ibid* para.49.

⁵⁸ *ibid* para 56.

⁵⁹ *ibid* para 58.

In the *Klass* case the Court gave subsequent emphasis to the general concept of democracy. The Court ultimately saw the measures as essential to defend democracy, and themselves of a sufficiently democratic character to be within the narrow conception of the second paragraph⁶⁰. The issue of proportionality was another important matter within the general character of this case. However, the Commission again failed to consider the question of what limitation to the right was actually needed; what role records relating to men such as the applicants would actually play in the fight against terrorism. Since there was no suspicion relating to their activities, there would not, apparently, be any need to retain their records that would not also justify the maintenance of similar records relating to any member of the public, whether they had ever been subject to an “examination” or not. It is hard to accept that such a necessary reason existed, and would have justified the retention of the information under Article 8(2)⁶¹.

In *Klass v. FRG*⁶² the Court accepted that legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunication was, under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and even for the prevention of disorder or crime, (subject to the existence of adequate and effective guarantees against abuse)⁶³. The Court came to the conclusion that where there is adequate control of surveillance, which operates properly, a reasonable balance will have been struck between the rights of the individual and the needs of a democratic society. Therefore, the Strasbourg Court emphasised that in order for secret surveillance to be compatible with the Convention the secret surveillance measures must be subject to safeguards against arbitrary use and abuse of the system. The court held that “in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust [it to the] supervisory control of a judge⁶⁴”.

In *Vogt*⁶⁵ the applicant complained about her dismissal from a civil service post as a secondary school teacher. This was on the alleged ground that her membership in the German Communist Party (DKP) violated the duty of politi-

⁶⁰ See David John Harris, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (1995), 408.

⁶¹ see the dissenting opinion of Mr Klecker in *Klass*.

⁶² *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214.

⁶³ *ibid*, paras. 43, 48 and 59.

⁶⁴ *ibid*, para.56.

⁶⁵ *Vogt v. Germany*, (Appl.17851/91), Judgement of 26 September 1995, (1996) 21 EHRR 205.

cal loyalty owed by civil servants to both the Federal Republic and the Land of Lower Saxony. The interference was defended by the German government under the national security, prevention of disorder, and the protection of the rights of others exceptions to the right to freedom of expression and the right to freedom of association and assembly. The Commission declared the application admissible, and in November of 1993, it issued an opinion finding that there had been a violation by West Germany of both Article 10 and Article 11. The Commission specifically refuted the fundamental basis of *Glaserapp*⁶⁶ and *Kosiek*⁶⁷, stating that:

‘The Commission does not consider that in the present case, concerning the dismissal of a permanent civil servant, “access to civil service lies at the heart of the matter.” It finds, with the parties, that the dismissal of the present applicant, on account of her political activities in the DKP, interfered with the exercise of her freedom⁶⁸’.

The European Court of Human Rights issued its judgement in the *Vogt* case on 26 September 1995. It held by ten votes to nine that there had been a violation of Article 10, and by ten votes to nine that there had been a violation of Article 11. It thereby contradicted both the West German courts and - de facto if not de jure - overruled the precedent which it had previously established in *Glaserapp* and *Kosiek*. The Court concluded that, although the reasons put forward by the West German government in order to justify their interference with Mrs. *Vogt*’s rights ‘... are certainly relevant, they are not sufficient to establish convincingly that it was necessary...’ to dismiss her. Even allowing for a certain margin of appreciation, the conclusion must be that to dismiss Mrs. *Vogt* by way of disciplinary sanction from her post as a secondary-school teacher was disproportionate to the legitimate aim pursued. On the other hand seven of the nine dissenting judges in the case considered that the applicant’s dismissal was proportionate. They held that it could be considered necessary in a democratic society with the particular characteristics possessed by the German Federal Republic.

⁶⁶ *Glaserapp v. The Federal Republic of Germany*, Judgement of 28 August 1986, Series A No.104; (1987) 9 EHRR 25.

⁶⁷ *Kosiek v. the Federal Republic of Germany*, Judgement of 28 August 1986, Series A No.105; (1987) 9 EHRR 328. In the *Kosiek* and *Glaserapp* cases the Court was of the opinion that the dismissal of a civil servant because of some opinions made public by the civil servant, were not to be seen as an interference with the exercise of the right to freedom of expression as guaranteed by Art.10. The Court was of the opinion that it was not the issue of freedom of expression, but that of access to the civil service.

⁶⁸ *Vogt v. Germany*, (Appl.17851/91), Judgement of 26 September 1995, (1996) 21 EHRR 205, para.46.

Judge Jambrek, delivered a separate and well-reasoned dissenting opinion. He argued that a number of factors should have been given due weight by the majority. These factors were: first, Germany's historical experience and its unique situation, until the fall of the Berlin wall, as a divided country with a particular vulnerability as the eastern part lay in the Communist Bloc. The second factor was the role of the DKP as a political party of the East German State, which was a declared enemy of the Federal Republic and the west. The third reason was the applicant's increasingly active involvement in the DKP from 1980 onwards. Jambrek stated that the applicant had not been dismissed merely because she was a member of a political party, or for having and expressing a particular point of view. Her dismissal was for the high profile she had chosen to take in a political party whose objectives were incompatible with her oath of loyalty to the constitution of the Federal Republic. He concluded finally, that the arguments for and against her dismissal were balanced and could only be resolved by the national authorities within the context of a wide margin of appreciation.

In national security cases a wide margin of appreciation is readily justified, because it is of vital importance to all states. But the Court, if remote from a specific context, may be ill equipped to identify genuine threats to a state which is party to the Convention. On the other hand in secret surveillance cases the secrecy involved, by its very nature, increases the risk of abuse. This is why the availability of effective supervision has been emphasised.

Although territorial integrity is a different restriction ground from that of national security, it is often linked with the former. *Zana v. Turkey* is an example of this⁶⁹. In this case the Court linked territorial integrity closely with national security. It seems that this restriction ground requires some threat of violence or disorder before resort can be made to it⁷⁰. The Court rejected the argument of the Turkish government that interference is justified on the ground of territorial integrity, where it relates to the preservation of national unity as an idea⁷¹. The Court's approach, that the territorial integrity ground is linked with the national security one, is in conformity with the approach taken in the *Johannesburg Principles*⁷².

⁶⁹ *Zana v. Turkey*, (Appl.18954/910; Judgement of 25 November 1997; (1999) 27 EHRR 667.

⁷⁰ Clare Ovey and Robin C. A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, (Oxford Univ.Press, 2002), 205.

⁷¹ *ibid.*

⁷² A restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate unless its genuine purpose and demonstrable effect is to protect a country's existence or its territorial integrity against the

In July 1999, the Court gave almost identical judgements in a series of Article 10 cases⁷³. These related to government actions against a number of newspapers and magazines on the basis that they were provoking division amongst the people of Turkey, and threatening the integrity of the state⁷⁴. The various publications had made what the Court accepted were powerful and acerbic criticisms of the Turkish Government and its politics⁷⁵. In these judgements, the Court placed itself firmly behind the doctrine of democracy which emerged in *Castells v. Spain*. In particular, it said that the Convention left little room for the restriction of political speech. Here democracy was on the side of the individual. A democratic government had to be open to criticism and scrutiny, in this case by the media⁷⁶.

The judgements were given in an objective style, and in each case the main focus of the Court was on whether the publication in question had incited violence. Where it did, the Court found that the government had not been in violation of its responsibilities under the Convention in taking action. In view of the objective assessment of this question, which the Court was willing to undertake, it was odd that it described the government as having a greater margin of appreciation in cases where there was an incitement. The language of the margin here is confusing. What the Court really meant was simply that there was no violation in these cases. Any other interpretation immediately begs the question of who decides whether the words incite violence in the first place. The use of the incitement of violence criterion appears as an intersection of the essential issues of necessity and proportionality. The Court seemed to suggest that national security and territorial integrity could only be threatened by some act of violence, i.e. actual terrorist activity⁷⁷. In the absence of some such threat, it would not be

use or threat of force, or its capacity to respond to the use or threat of force, whether from an external source, such as a military threat, or an internal source, such as incitement to violent overthrow of the government. The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Freedom of Expression and Access to Information, U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996).

⁷³ See *Ceylan v. Turkey*, (App 23556/94), Judgement of 8 July 1999, Reports 1999-IV, (2000) 30 EHRR 73; *Okcuoglu v. Turkey*, (App 24246/94), Judgement of 8 July 1999; *Surek and Ozdemir v. Turkey*, (Apps 23927/94 and 24277/94), Judgement of 8 July 1999; *Arslan v. Turkey* (App 26432/94), Judgement of 8 July 1999, (2001) 31 EHRR 9; and *Surek nos.1-3 v. Turkey* (Apps 26682/95, 24122/94, 24735/94 respectively), Judgement of 8 July 1999.

⁷⁴ Under Criminal Code Article 312 (1) and (2).

⁷⁵ *Ceylan v. Turkey*, (App 23556/94), Judgement of 8 July 1999, Reports 1999-IV, (2000) 30 EHRR 73; case para.33.

⁷⁶ see *ibid* para.34.

⁷⁷ *ibid.* para.36. In these cases The Turkish Government did not explain its view on the threat posed in detail rather it relied on the language of the convention.

necessary to restrict publication. Proportionality depended on the same question, where violence was incited it would be proportionate to impose restrictions. The single question of incitement can fulfil both roles, but the two questions remain distinct.

However, while the Court's method does cover the questions of necessity and proportionality, it was criticised by the concurring opinion of Judges Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall and Greve. They stated that:

“It is only by a careful examination of the context in which the offending words appear that one can draw a meaningful distinction between language which is shocking and offensive, which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society.”

This is certainly a criticism which has some validity to this particular series of cases, given that the Court did apply its test in a rather abstract way, focused on the words of the publication. However, while Judge Palm is right to emphasise the need to place the words in context, the Court must still make the assessment itself, rather than deferring to the state; an approach we saw in the earlier cases examined previously. This series of cases appears to firmly entrench freedom of expression as the dominant force in this area, as well as seeing the effective rejection of the margin of appreciation.

B. Prevention of Disorder or Crime

It is possible to argue that even the strongest advocates of individual freedom will concede that restrictions may sometimes be justified in the interests of the protection of public order and prevention of crime⁷⁸.

This ground of justification is invoked the most frequently before the Court. It has been successfully pleaded in a number of cases. To give some examples: the secret surveillance of criminal suspects⁷⁹; the regulation of various aspects of prison life⁸⁰; searches for evidence of crime⁸¹; prohibition on consensual homosexual conduct within the armed forces⁸²; the recording of journalists' telephone conversations

⁷⁸ Eric M. Barendt, *Freedom of Speech*, (Clarendon Press, Oxford 1985), 192.

⁷⁹ Appl. 8170/78, *X v. Austria*, (1979) 22 Yearbook 308.

⁸⁰ Appl. 8231/78, *X v. United Kingdom*, (1982) 28 DR 5, Appl. 1753/63, *X v. Austria*, (1965) 8 Yearbook 174, Appl. 1860/63, *X v. The Federal Republic of Germany*, (1965) 8 Yearbook 204, Appl. 5442/72, *X v. United Kingdom*, (1975) 1 DR 41, Appl. 5270/72, *X v. United Kingdom*, (1974) 46 CD 54.

⁸¹ Appl. 5488/72, *X v. Belgium*, ((1974) 17 Yearbook 222.

⁸² Appl. 9237/81, *B v. United Kingdom*, (1983) 34 DR 68.

with a lawyer suspected of involvement in terrorism⁸³; the arrest and brief detention of two protesters at a military parade in Vienna⁸⁴. In the context of the ECHR, these two interests in restriction, namely the prevention of disorder and the prevention of crime, may supersede individual freedom only when there really is a pressing social need, and where the means used are proportionate.

This exception is found in the Article 8 para.2, the right to respect for private and family life, home and correspondence; Article 10 para.2, the right to freedom of expression; Article 11 para.2, the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association.

The concept of order, as envisaged by this provision, refers not only to public order within the meaning of Articles 6(1) and 9(2) of the convention; and Article 2(3) of the fourth protocol. It also covers the order that must prevail within a group where such order can have repercussions on the general order in society⁸⁵. The following have all been accepted as justifiable measures by a state in its attempt to prevent disorder or crime: the recording of telephone conversations⁸⁶; placing a juvenile delinquent accused of a number of offences in a closed institution for observation and drawing up of a psychiatric report as part of a juvenile investigation concerning him⁸⁷; and in the case of convicted prisoners, their surveillance and search by prison wardens, their removal from association with other prisoners, the requirement to wear prison uniform, and restrictions on correspondence⁸⁸. This exception has been frequently invoked in respect of cases regarding Article 8. In the *Golder*⁸⁹ case the Court held that by denying the applicant (a prisoner), access to a solicitor to discuss a libel action against a prison officer, that he had been effectively denied access to a fair and public hearing. The Court also ruled that his right to respect for correspondence under Article 8 had been breached. Again in relation to a prisoner's correspondence, in the *Silver* case the Court agreed that there was no justification for holding back any prisoner's letters unless they discussed crime or violence⁹⁰.

⁸³ Appl. 8290/78, *A, B, C and D v. The Federal Republic of Germany*, (1980) 18 DR 176.

⁸⁴ *Chorherr v. Austria*, Judgement of 25 August 1993, Series A No. 266-B; (1994) 17 EHRR 358.

⁸⁵ Appl. No. 7050/75, *Arrowsmith v. United Kingdom*, Report of 12 October 1978, (1980) 19 DR 5.

⁸⁶ Appl.No. 8290/78, *A, B, C and D v. FRG*, Decision of 13 December 1979, (1980) 18 DR 176.

⁸⁷ Appl.No. 8500/79, *X v. Switzerland*, Decision of 14 December 1979, (1980) 18 DR 238.

⁸⁸ Appl.No. 8317/78, *Mcfeeley et al v. United Kingdom*, Decision of 15 May 1980, (1980) 20 DR 44.

⁸⁹ *Golder v. United Kingdom*, Judgement of 21 February 1975, Series A No.18; (1979-80) 1 EHRR 524.

⁹⁰ *Silver v. United Kingdom*; Judgement of 25 March 1983, Series A No. 61 (1983) 5 EHRR 347 para.101.

In *McVeigh*⁹¹ the government claimed that it was justified in preventing a suspect from contacting his family, as they might facilitate an act of crime by the destruction of evidence. The claim in this case was that Article 8 had been violated by the failure of the authorities to allow the men to contact their families to inform them about their detention. This aspect of the case is worth noting, because it is based on the previously neglected question of necessity; whether there was any reason shown by the government for preventing contact. It was concluded that there was not⁹². The Commission rejected, in this application, the reason suggested by the government, that a suspect's family would then inform accomplices, who might escape or destroy evidence⁹³. The inconsistency of the Commission's method here is rather typical of both of the Convention organs, although it is more usual to find it from case to case than within one opinion. Surprisingly, in view of the contemporary case law, the margin of appreciation did not play a prominent role in *McVeigh*. However, it was clear from the Commission's opinion that it was not prepared to scrutinise the decisions of the respondent government closely with a methodology similar to that prompted by the margin doctrine. It is possible that the Commission chose to avoid the language of the margin because its consideration of this element of the case followed on from the more objectively considered Article 5 elements. This would be supported by *Murray* where the margin was relied upon by the Court, both in the earlier Article 5 decision⁹⁴.

In *Murray* the claims regarding Article 8 were similar to those in *McVeigh*. Not surprisingly in view of the finding that the arrest of Mrs. Murray did not disclose a violation of Article 5, the Court found that there was no violation of Article 8 in the entry and search of her home, or her subsequent questioning. Nor was it a violation that the information gathered was retained, a decision based on the same reasoning, and displaying just the same limitations, as the Commission decision in *McVeigh*⁹⁵. In *Murray* the Court continued to assess the twin themes of the margin of appreciation and the concept of democracy that were so prominent in *Klass* some years earlier:

⁹¹ *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK*, 25 DR 15.

⁹² *ibid.* para. 239.

⁹³ *ibid.* para. 238.

⁹⁴ *Murray v. United Kingdom*, Judgement of 28 October 1994, Series A No.300-A; (1995) 19 EHRR 193.

⁹⁵ *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK*, 25 DR 15.

“A certain margin of appreciation in deciding what measures to take both in general and in particular cases should be left to national authorities... The present judgement has already adverted to the responsibility of an elected government in a democratic society to protect its citizens and its institutions against the threat posed by organised terrorism...”⁹⁶

Again, the combination of the margin of appreciation and the moral authority attached to those seen as being on the side of democracy was a powerful combination. In this case, not only was there a neglect of the necessity question, at least in relation to the retention of information about an unsuspected person⁹⁷, but the Court also failed to carry out any more than a balancing of the limitation on the applicant’s right with the gravity of the situation. It seems that such a balancing would have produced a result in harmony with the decision reached, but, as with necessity, it remains the case that the proportion must be assessed in every decision. Instead, as a substitute for both the questions of what was necessary and what was proportionate, the Court ensured that the activities of the army were based on legitimate considerations and that none of the personal details taken would appear to have been irrelevant to the procedures of arrest and interrogation⁹⁸.

In a number of cases the Court has found opportunities to examine whether religious practices could justifiably be restricted under the issue of disorder in society. Among these is the well known case of *Kokkinakis v. Greece*⁹⁹ Mr Minos Kokkinakis, a retired businessman of Greek nationality, was born into an Orthodox family at Sitia (Crete) in 1919. After becoming a Jehovah’s Witnesses in 1936, he was arrested more than sixty times for proselytising. He was also interned and imprisoned on several occasions. In the case the Court stated that freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. In its religious dimension, this is one of the most vital elements since it supports the identity of believers and of their conception of life. But it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and those who are unconcerned by religion. The pluralism indissoluble from a democratic society, which has been won at great cost over the centuries, depends upon it. It may be understood from the Strasbourg case law that Article 9 provides protection for religious, non-religious,

⁹⁶ ibid para. 90.

⁹⁷ ibid para.91.

⁹⁸ ibid paras. 92-93.

⁹⁹ *Kokkinakis v. Greece*, Judgement of 25 May 1993, Series A No.260-A; (1994) 17 EHRR 397.

atheist, agnostic, sceptical and also neutral opinion. And this because the Article includes the right not to practice or to be associated with religious activities against one's will. Thus, it necessarily involves the right to change one's belief or religion, as much as it provides the individual with the right to his or her religion or belief¹⁰⁰.

In the same sense, but with a different dimension, in the *Kalac* case the Court decided that the applicant's dismissal from the army was not an interference with his rights under Article 9. The applicant was a judge advocate in the army but was dismissed from his post for breaching the code of the army by being a member of the religious Suleyman sect. Here the Court decided that there was no interference with the applicant's rights under Article 9, as the applicant had given the sect legal assistance and intervened on a number of occasions in the appointment of servicemen who were members of the sect. The important distinction drawn by the Court in this case was that the dismissal of the applicant was not prompted because of the way he manifested his religion but by his conduct and attitude¹⁰¹. It seems that the Court did not see any contradiction in stating that the authorities condemned the applicant's conduct because it infringed the principle of secularism. The court clarified that his dismissal, or compulsory retirement, was not prompted by the way the applicant manifested his religion. As the reasoning seems quite complicated in this case, one should bear in mind that there is sensitivity regarding the secular establishment of the Turkish state¹⁰² and the role that the military plays in Turkish politics to preserve the secular State.

One of the more controversial Strasbourg cases was the *Karaduman*¹⁰³ case. In this case, university regulations prohibited the wearing of headscarves in identity photographs attached to the degree certificate of a secular university. The Commission, surprisingly, ruled that this did not constitute interference in the applicant's right to manifest her religious beliefs. The Commission stated its view that universities could restrict the freedom of students to manifest their religion, in order to ensure the harmonious coexistence of students with different religious allegiances. This could stand without complying with the requirements laid down in Article 9(2)¹⁰⁴. The Commission stated that:

¹⁰⁰ see also *Darby v. Sweden*, Judgement of 23 October 1990, Series A No 187; (1991) 13 EHRR 774, and App.No. 10491/83, *Angeleni v. Sweden*, 51 DR 41 p.48.

¹⁰¹ see *Kalac v. Turkey*, Judgment of 1 July 1997, Reports 1997- IV; (1999) 27 EHRR 552, paras. 30-31.

¹⁰² Nurullah Görgen, Türkiye'de Devlet Başkanlığı Makamının Gelişimi Hakkında Bir Çalışma, 1961-2017 (On İki Levha Yayıncılık 2024) 224-226.

¹⁰³ App.No: 16278/90, *Karaduman v. Turkey*, 74 DR 93.

¹⁰⁴ ibid at. 108.

“[B]y choosing to pursue her higher education in a secular university a student submits to those university rules, which may make the freedom of students to manifest their religion subject to restrictions as to place and manner intended to ensure harmonious coexistence between students of different beliefs. Especially in countries where the great majority of the population owe allegiance to one particular religion, manifestation of the observances and symbols of that religion, without restriction as to place and manner, may constitute pressure on students who do not practice that religion or those who adhere to another religion. Where secular universities have laid down dress regulations for students, they may ensure that certain fundamentalist religious movements do not disturb public order in higher education or impinge on the beliefs of others.”

In the Grand Chamber decision of *Leyla Sahin v. Turkey*¹⁰⁵, however, the Court missed an opportunity to modify the earlier decision. In this case the applicant was a student in her fifth year at the Cerrahpasa Faculty of Medicine at Istanbul University. She had to give up her studies when a circular was issued by the vice-chancellor of the university banning the wearing of the Islamic headscarf on university premises¹⁰⁶. The applicant submitted that the ban on headscarves in institutions of higher education constituted an unjustified interference with her right to freedom of religion, in particular her right to manifest her religion. She also argued that it was a violation of her right to education, as guaranteed by Article 2 of Protocol No.1. In this case the Court again found no breach of the applicants' rights. The Strasbourg Court relied exclusively on the reasons cited by the national authorities and courts. In general and abstract terms, the two main arguments were: secularism and equality¹⁰⁷. The Court easily accepted that wearing the headscarf at University was not compatible with the principle of secularism. Secondly, that it was related to fundamentalist reli-

¹⁰⁵ *Leyla Sahin v. Turkey*, App.No. 44774/98, Grand Chamber Judgment of 10 November 2005.

¹⁰⁶ The banning of the headscarf in Turkey is a problem which has lead to human rights breaches for thousands of young women. The Turkish government has sporadically enforced a ban on headscarves for students and teachers in universities since the 1980s. However, in 1997, implementation of the ban intensified when the Turkish Army compelled the government to implement it without exception. Since that time, women who wear the headscarf are barred from state employment, taking up elected posts in parliament, appearing as lawyers in court, working as teachers in private schools and universities and, in some cases, even from venturing onto state property. Thousands of women are now barred from higher education in Turkey each year because of the headscarf ban. Women wearing the headscarf are not permitted to register as university students, enter university campuses or enter examination rooms. Those observed wearing the headscarf in class are warned about their behaviour, and if they persist in wearing it are suspended or expelled. See Human Rights Watch report on Ban on Headscarf in Turkey, available at “<http://hrw.org/backgroundunder/eca/turkey/2004/index.htm>” accessed on 16/11/2005.

¹⁰⁷ See *Leyla Sahin v. Turkey*, App.No. 44774/98, Judgment of 10 November 2005, para.112, 116.

gious movements which exert pressure on students who did not practice their religion or who belonged to another religion¹⁰⁸. Therefore, the Court, found no reason to depart from chamber's reasoning, and decided that the interference was justified for the protection of the "rights and freedoms of others" and the "maintenance of public order"¹⁰⁹. In her dissenting opinion in this case Judge Tulkens, rightly stated that the Court gives a wide margin of appreciation on the ground that there is no European consensus on the issue; whereas the Court's own comparative law assessment section of the judgement reveals that in none of the Member States has the ban on wearing religious symbols extended to university education. She also stated that, other than in connection with Turkey's specific historical background, the European supervision that must accompany the margin of appreciation seems quite simply to be absent from the judgement¹¹⁰.

In *Leyla Sahin v. Turkey* it seems that mere worries or fears were the grounds of justification for the interference, but not indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt. To enlarge: firstly, the judgement does not address the applicant's argument - which the Government did not dispute - that she had no intention of calling the principle of secularism, a principle with which she agreed, into doubt. Secondly, there is no evidence to show that the applicant, through her attitude, conduct or actions, contravened that principle. The government could not provide any evidence that the headscarf the applicant wore as a religious symbol had been ostentatious or aggressive or was used to exert pressure, to provoke a reaction, to proselytize or to spread propaganda and undermine - or was liable to undermine - the convictions of others. Another problem of the Judgement is the association made with fundamentalism. The mere wearing of the headscarf cannot be associated with fundamentalism. Not all women who wear the headscarf are fundamentalists and there is nothing to suggest in this case, that the applicant held fundamentalist views¹¹¹. Therefore, although everyone agrees on the need to prevent radical Islam, the applicant's personal interest in exercising the right to freedom of religion and to manifest her religion by an external symbol cannot be wholly absorbed by the public interest defence of fighting extremism. It is noteworthy that the Turkish Consti-

¹⁰⁸ ibid paras. 111, 114.

¹⁰⁹ ibid para.115.

¹¹⁰ See ibid, dissenting opinion of Judge Tulkens.

¹¹¹ ibid, see also Murat Tumay, "Muhalefet serhi gerekceleri AIHM kararini curutuyor" in Yeni Asya (daily), 22.11.2005.

tutional Court's stance on the matter has evolved following the adoption of the individual application¹¹².

While both *Brind v. UK*¹¹³ and *Purcell v. Ireland*¹¹⁴ were only admissibility decisions they are both significant cases. Both concerned the banning of broadcasts by members of organisations proscribed by the UK Prevention of Terrorism Acts (but also included the legal Political Party Sinn Fein). The objective was to try and prevent terrorists and their supporters from advocating their cause and gathering support for their activities. Both the respondent governments claimed that the terrorists' appearance on television gave their organisations an air of legitimacy. Therefore the ban would, in the United Kingdom Prime Minister, Margaret Thatcher's¹¹⁵ phrase, cut off the "oxygen of publicity" from them. In Ireland the ban included all statements made by those covered, while the UK version made exceptions for election campaigns and did not cover members when speaking as private persons, or on a matter entirely unconnected with terrorism. Neither ban prevented what the groups had said from being broadcast as reported speech. In the case of the UK ban, television pictures were even dubbed by an actor reading the statement word for word. Journalists whose work was affected by the bans brought the applications in both cases.

The question in *Brind* and *Purcell*, was whether such an infringement of Article 10 could be permitted in order to protect national security and prevent crime or disorder. Despite a number of issues being raised, the relatively short answer of the Commission in both cases was 'yes'. In *Purcell* the Commission pointed to the difficulty of establishing a balance between the protection of the state and freedom of information. In the end, it concluded, the importance of fighting terrorism outweighed the "inconvenience" the ban caused to the appli-

¹¹² For the cases see Turkish Constitutional Court, *Esra Nur Özbeý*, App. No. 2013/7443, Judgement of 20 May 2015; Turkish Constitutional Court, *Sara Akgül*, App. No. 2015/269, Plenary Assembly Judgement of 22 November 2018 and Turkish Constitutional Court, *Tuğba Arslan*, App. No. 2014/256, Plenary Assembly Judgement of 25/6/2014; in this context see also Selçuk Abdullah Evliyaoglu, "Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Laik Devlet Niteliğine İlişkin Yorumu" (2023), 40/1 Anayasa Yargısı, 134-137; Muhammed Göçgün, "Yüksek Öğretim Kurumlarında Uygulanan Başörtüsü Yasası: Hukuki Süreç ve Mevcut Durum" (2023), 5/1 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 314-328.

¹¹³ *Brind v. UK*, Decision of the Commission 77-A DR 42 (1994).

¹¹⁴ *Purcell v. Ireland*, Decision of the Commission 70 DR 262 (1989).

¹¹⁵ Margaret Thatcher emerged as a highly effective and powerful prime minister. Throughout her tenure, she took on a dominant role in maintaining control over the government.

Nurullah Görgen, "The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model" (2024) 30 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 155, 171.

cants¹¹⁶. The arguments of the applicants were, it may be said, rather glossed over, and the emphasis of Article 10 was shifted from their rights under the first paragraph, to the duties and obligations mentioned at the start of the second. Although it was only an admissibility decision, and there is a limit to how much analysis it should bear, *Purcell* shows the Commission seemingly making very little assessment of it. It did little more than stamp its approval on the arguments of the Irish Government and the decision appears to depend very substantially on the margin of appreciation. Certainly there was no attempt to make any critical assessment of whether the measures could be said to be necessary.

The *Brind* case was similar, although slightly more considered. Here the Commission took on board more fully the arguments of the applicants. In particular, in the context of whether the ban was necessary, the Commission said that it:

“... appreciates that the logic of the continuation of the directions is not readily apparent when they appear to have very little real impact on the information available to the public. The very absence of such impact is, however, a matter the Commission must bear in mind in determining the proportionality of the interference to the aim pursued¹¹⁷”.

The Commission thus observed that in that respect at least the ban was not necessary, in that it had little real effect¹¹⁸. However, despite going on to decide in the government’s favour, it did not propose or support any alternative reason why the ban was needed. Where the interference under the second paragraph does not appear to fulfil a legitimate purpose, it constitutes a violation of the Convention. The fact that it is quite a small interference, and thus in proportion to the threat, should not enter into the picture. The Commission, in allowing the continued imposition of a limitation which is not needed, however small it appears to be, can only undermine respect for the Convention. Here, instead of the strong stance it could have taken, the Commission stated:

“[the interference] can be regarded as one aspect of a very important area of domestic policy ... and the Commission has no doubt as to the difficulties involved in striking a fair balance between the requirements of protecting freedom of information... and the need to protect the state and the public against armed

¹¹⁶ *ibid.* p.279.

¹¹⁷ *Brind v. UK*, Decision of the Commission 77-A DR 42 (1994), pp.42-54.

¹¹⁸ See also *Guardian and Observer v. UK*, Series A No.216, para 69.

conspiracies seeking to overthrow the democratic order which guarantees this freedom and other human rights¹¹⁹”.

Here again the emphasis on democratic discretion is well to the fore. The demands of protecting the democratic order allowed the states in these cases a great deal of freedom to the extent that the applications were manifestly ill-founded.

C. Territorial Integrity

This ground of restriction has been invoked by the Turkish government in recent cases coming from south-east Turkey¹²⁰. As it made clear in *Zana v. Turkey*¹²¹, the Court is of the view that territorial integrity is closely linked with the issue of national security. It seems that to invoke this ground there will be a requirement of some threat of violence or disorder¹²². In the *Piermont v. France*¹²³ case the applicant took part in a demonstration in favour of the independence of French Polynesia. In a speech, she expressed support for anti-nuclear demands and for independence. The French authorities ordered her expulsion from French Polynesian territory and banned her from re-entering it. She claimed that this interference breached her right to freedom of expression under Article 10. The French Government relied on “territorial integrity” to justify the interference. The Court accepted that it was aimed at the prevention of disorder and in the interests of territorial integrity. The Court in its judgement, referred to the importance of free political debate and that the speech was given in an authorised non-violent demonstration without any disorder. It reached the conclusion that the orders of the French Government had not been ‘necessary in a democratic society’.

D. Public safety

This area connotes protection against danger to the safety of persons, their lives, bodily integrity or health. It may be relied upon to justify restrictions re-

¹¹⁹ *Darby v. Sweden*, Judgement of 23 October 1990, series A No 187; (1991) 13 EHRR 774, paras.42-54.

¹²⁰ *Sakik and others v. Turkey*, Judgement of 26 November 1997, (1998) 27 EHRR 662, *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, Judgement of 30 January 1998, (1998) 26 EHRR 121, *Zana v. Turkey*, Judgement of 25 November 1997, (1999) 27 EHRR 667, *Arslan v. Turkey*, Judgement of 8 July 1999, (2001) 31 EHRR 264.

¹²¹ *Zana v. Turkey*, Judgement of 25 November 1997, (1999) 27 EHRR 667, para.49.

¹²² see Jacobs and White, *supra* note above p.205.

¹²³ *Piermont v. France*, Judgement of 27 April 1993, Series A No. 314; (1995) 20 EHRR 301.

sulting from police and security regulations tending to the protection of the safety of individuals in various fields, including transportation and vehicular traffic, consumer protection and ameliorating labour conditions. In *X v. Austria*¹²⁴, the Commission accepted “public safety” as a justification for a law prohibiting activities aimed at the reintroduction of National Socialism, as well as for a law punishing the distribution of material to servicemen seeking to persuade them to disobey orders¹²⁵.

E. Public Order

Order in a state can be affected by individual contravention of the law. But where the contravention of law affects the wider community or the public at large the state will not stand by, but must take necessary steps to maintain public order by introducing measures which would necessarily be restrictive of the rights and freedoms of individuals generally. In effect, public order in the Convention connotes and includes the existence and the functioning of state organisation to maintain peace, order and good government in the country and ensure the common welfare by satisfying the collective needs of the community and protecting human rights. In *Engel and Others v. Netherlands*¹²⁶, the Court held that the concept of order as envisaged by Article 10 of the Convention, refers not only to public order, “ordre public,” but also covers the order that must prevail within the confines of a specific social group such as the army.

F. The Protection of the Economic Well Being of the Country

This legitimate aim as a ground of limitation is found in Article 8, the right to private and family life and correspondence. Until the French custom cases in 1993, this ground was not seriously considered. Those cases were *Funke*, *Crémieux* and *Mialhe*¹²⁷. In these three cases the Court concluded that the interference pursued the legitimate aim of being in the interest of the economic well-being of the country¹²⁸. During customs ‘officers’ searches in order to investi-

¹²⁴ *X v. Austria*, Appl. No. 1747/62, Decision of 13 December 1963, (1964) 13 CD 42.

¹²⁵ Appl.No. 6804/73, *X v. United Kingdom*, Decision of 1 October 1975, (1976) 3 DR 62.

¹²⁶ *Engel and Others v. Netherlands*, Judgement of 8 June 1976 Series A No.22, (1979-80) 1 EHRR 647, para.98.

¹²⁷ *Funke and Others v. France*, Judgement of 25 February 1993, Series A No. 256-A, (1993) 16 EHRR 297; *Crémieux v. France*, Judgement of 25 February 1993, Series A No.256-B; (1996) 16 EHRR; *Mialhe v. France*, Judgement of 25 February 1993, Series A No.256-C; (1996) 16 EHRR 332.

¹²⁸ Clare Ovey and Robin C. A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, (Oxford Univ.Press, 2002), at 206.

gate suspected irregularities in financial dealings with foreign countries, the applicants' business documents were seized. In the French case of *Funke*¹²⁹ the Court made some assessments concerning the subject. In this case the applicant complained that the seizing of his documents by the customs' officers during the investigative searches infringed the right to private and family life, home and correspondence under Article 8. The court held that, giving priority to rights, the exceptions provided for in Article 8 para.2 are to be interpreted narrowly and the need for them in a given case must be convincingly established. It held that relevant legislation and practice must afford adequate and effective safeguards against abuse¹³⁰. The Court also stated that the customs' authorities had excessively wide powers, especially to assess the expediency, number, length and scale of inspections; there was no need for a judicial warrant and the other alleged safeguards in the legislation¹³¹.

G. The Protection of Health

This ground of restriction has been frequently applied as the justification for interference with Convention rights. Public health may be invoked as a ground for limiting certain rights in order to allow a state to take measures dealing with a serious threat to the health of the population, or individual members of the population. These measures must be specifically aimed at preventing disease or injury, or providing care for the sick and injured. The few decisions on the protection of health have upheld compulsory participation by prisoners in cleaning cells¹³², and the obligation upon soldiers to have their hair cut so that it does not touch their collars¹³³.

This requirement is not confined to the protection of the general health of the community as a whole but also relates to the health of a state's individual members. The Commission has already stated that the term necessarily includes the psychological as well as the physical well-being of individuals and, where a child is concerned, its mental stability and its freedom from serious psychic disturbance¹³⁴. Other instances recognised by the Commission for limiting and restricting the rights and freedoms of the individual in this context include: the

¹²⁹ *Funke v. France*, Judgement of 25 February 1993, Series A No.256-A; (1993) 16 EHRR 297.

¹³⁰ *ibid.*, paras. 55-56.

¹³¹ *ibid.*, para.59.

¹³² Appl. 8231/78, *X v. United Kingdom*, (1982) 28 DR 5.

¹³³ Appl. 8209/78, *Peter Stutter v. Switzerland*, (1979) 16 DR 166.

¹³⁴ Appl.No. 911/60, *X v. Sweden*, Decision of 10 April 1961, (1962) 7 CD 7.

requirement imposed on all motorcyclists in the United Kingdom to wear crash helmets, including those whose religion requires them to wear turban¹³⁵, (on the grounds that wearing a crash helmet was a necessary safety measure for motorcyclists); and for requiring farmers to belong to a health service as a condition of owning cattle, in order to prevent tuberculosis. In *X v. Netherlands*¹³⁶ a Dutch farmer refused to sign an application for membership in the Cattle Health Service on the ground that it was against his religious conscience and that the Act of 1952 which provided for this service was a violation of his rights under Article 9 of the Convention. The commission noted that the purpose of the 1952 Act was to prevent tuberculosis among cattle and found that the term “protection of public health” in Article 9(2) of the Convention might reasonably be interpreted to cover such a health scheme, which was in the interest of the community. As such the compulsory membership requirement was a justifiable measure.

H. The Protection of Morals

The term moral alludes to principles which are not always legally enforceable but which are accepted by a great majority of citizens as general guidelines for their individual and collective behaviour. Although the concept varies from country to country, the Commission and the Court have determined that it is left for each Contracting Party in the first place to determine what action is permissible or not for the protection of morals generally. The determination and assessment in that regard is not unlimited but is subject to their supervision and final assessment. As public morality varies over time and from one culture to another, a state which invokes public morality as a ground for restricting human rights, while enjoying a certain margin of discretion, shall demonstrate that the limitation in question is essential to the maintenance of respect for the fundamental values of the community.

The protection of morality ground has been mostly applied in cases where restrictions have been placed on the expression of sexuality in publications and works of art. In some cases this exception has been applied concerning the criminalisation of homosexual conduct between consenting adult males, which leads to interference with the right to respect for private life. In *Handyside v United Kingdom*¹³⁷ and *Dudgeon v United Kingdom*¹³⁸ the court analysed this concept in

¹³⁵ Appl.No. 7992/77, *X v. United Kingdom*, Decision of 12 July 1978, (1979) 14 DR 234.

¹³⁶ Appl. No.1068/61, *X v. The Netherlands*, Decision of 14 December 1962, (1962) 5 YB 278.

¹³⁷ *Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, Series A No.24 (1979-80) 1 EHRR 737.

great detail and relied on toleration under the laws of many Member States of the Council of Europe to find as close a possible uniformity and consensus therein when determining the justification. The classic example in this regard is the *Handyside* case¹³⁹, where seizure of a publication called *The Little Red Schoolbook* was at issue. The Court here was asked to decide whether the conviction of individuals who had published a reference book containing advice on sexual and other matters aimed at school age children, violated freedom of expression under Article 10. The Court assessed the general nature of the protection of morality exception¹⁴⁰. They held that it was not possible to find a uniform conception of morals in the domestic law of the various Contracting States, since there were variations both from place to place and from time to time, especially because of the rapid change of opinions on the subject¹⁴¹. The state authorities are in a better position than an international judge in assessing the necessity of a particular measure instituted in pursuit of the protection of morality through restriction or penalty, since they have direct and continuous contact with the vital forces of their countries. The Court also stated in the *Dudgeon* case that where intimate aspects of private life are involved, there must exist particularly serious reasons before interference on the part of public authorities can be legitimate for the purposes of Article 8, para.2¹⁴². Here there was a very good opportunity before the court to conduct a thorough comparative survey to attempt to set out some clear general principles forging a common European standard. This would have given the court the right to give a narrow margin of appreciation to Member States which would be in favour of the fundamental rights of individuals. Unfortunately, by not doing that, the Court missed this opportunity. It is possible that the Court could have found a higher level of consensus in the Member States of the Council of Europe on certain moral issues. To give an example that soft pornography can only be obtained from newsagents. This consensus may be found in the circumstances in which abortion is considered to be justified¹⁴³.

¹³⁸ *Dudgeon v. United Kingdom*, Judgement of 22 October 1981, Series A No.45; 4 EHRR 149.

¹³⁹ *Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, Series A No.24, (1979-80) 1 EHRR 737.

¹⁴⁰ *ibid Handyside*, also *Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland*, Judgement of 29 October 1992, Series A No.246; (1993) 15 EHRR 244, paras. 64-76.

¹⁴¹ *supra* note, *Handyside v. United Kingdom* para. 48.

¹⁴² *Dudgeon v. United Kingdom*, Judgement of 22 October 1981, Series A No.45; (1982) 4 EHRR 149, para.52.

¹⁴³ Steven Greer, *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe, 1997), 20.

I. Preventing the Disclosure of Information Received in Confidence

This ground of limitation pertains exclusively to Article 10. However, as in the *Weber* case¹⁴⁴, the court regarded this limitation as being designed to protect the authority and impartiality of the judiciary, rather than on the prevention of the disclosure of information received in confidence ground¹⁴⁵. The issue in the *Weber* case was that the applicant had been fined for breaching the confidentiality of a judicial investigation.

This ground received important consideration from the Court in the *Gaskin*¹⁴⁶ case. Again, in this case, ironically, the interference was interpreted as being part of the protection of the rights and freedoms of others exception to Article 8. The facts of the case were that the applicant sought access to official information collected about him while he had been in care in his childhood and teenage years. He claimed that it could shed light upon the severe psychological problems from which he suffered as an adult. The respondent government, the United Kingdom, resisted disclosure on the ground that it would compromise the confidentiality of those who had compiled information, (some, but not all of whom, remained opposed to it being released). In this case, again, the Court missed the opportunity to outline general principles with which to govern rights of access to personal data and information.

The authors van Dijk and van Hoof are of the opinion that the wide formulation of the restriction ‘for preventing the disclosure of information received in confidence’ ‘overlaps with other grounds. As the aim of this ground can be said to prevent the disclosure of state secrets, the grounds ‘in the interests of national security, territorial integrity or public safety’ sufficiently could serve that purpose¹⁴⁷.

J. Maintaining the Authority and Impartiality of the Judiciary

This ground can only be invoked for interference with the right to freedom of expression under Article 10. The ground has been applied mostly in cases involving restraints imposed upon, or the prosecution of, journalists for the al-

¹⁴⁴ *Weber v. Switzerland*, Judgement of 22 May 1990, Series A, No.177; (1990) 12 EHRR 508.

¹⁴⁵ See Clare Ovey and Robin C. A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, (Oxford Univ.Press, 2002), p.208.

¹⁴⁶ *Gaskin v. United Kingdom*, Judgement of 7 July 1989, Series A No. 160; (1990) 12 EHRR 36.

¹⁴⁷ Pieter van Dijk and Godefridus Josephus Henricus (Fried) van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, (3rd ed., The Hague, London: Kluwer Law International 1998), 582.

legedly prejudicial reporting of trials¹⁴⁸. It has also been an interference ground in respect of legal action taken in response to the alleged defamation of judges¹⁴⁹. The Court held that the authority of the machinery of justice cannot be maintained unless protection is offered to all involved in it, or having recourse to it. The phrase ‘maintaining the authority of the judiciary’ was therefore said to extend to the protection of litigants’ rights, including those pertaining to interference with negotiations towards an out of court settlement of a pending suit¹⁵⁰.

This ground seems to be intended to protect the authority and independence of the courts and the rights of the parties to the proceedings. This restriction was discussed in the *Sunday Times*¹⁵¹ case. In this case the publisher, the editorial staff and the general editor of the Sunday Times complained about the time-limited prohibition imposed by an English Court on publication of an article concerning the so-called ‘thalidomide children. ‘The events were that children were born with serious malformations of limbs, because their mothers had used the sedative thalidomide during their pregnancy. As at that time claims for damages were pending before the English court, the prohibition on publication of the article was imposed to prevent ‘contempt of court. ‘The Commission in this case came to the conclusion that the nature of the publication of the prohibited article was not intended to affect the impartiality of the court. The court was already familiar with the information contained in the article. Moreover, the publication was also intended to protect the interests of minors. The Strasbourg Court also affirmed that, the media has a responsibility to impart information and ideas concerning matters which come before the Courts, as in other areas, because the public have the right to receive it. The Court also stated that damage to the authority of the judiciary had to be absolutely certain to justify prior restraint of newspaper publications, (especially where this could deprive other potential litigants of information about possible legal action). The necessity of the injunction imposed upon the Sunday Times hinged upon the importance, ascribed to the public interest, in media discussion of the thalidomide issue while litigation against the manufacturers had

¹⁴⁸ *Sunday Times v. United Kingdom*, Judgement of 26 November 1991, Series A No.217; (1992) 14 EHRR 229.

¹⁴⁹ *Barfod v. Denmark*, Judgement of 22 February 1989, Series A No. 149; (1991) 13 EHRR 493.

¹⁵⁰ *Sunday Times v. United Kingdom*, Judgement of 26 November 1991, Series A No.217; (1992) 14 EHRR 229, paras. 56 and 63.

¹⁵¹ *The Sunday Times v. United Kingdom*, Judgement of 26 April 1979, Series A No.30; (1979-80) 2 EHRR 245.

still not been resolved¹⁵². The Court concluded that the proper approach to be taken in such cases was not to place interests in favour of, and those against, disclosure, in the balance but to give priority to right to freedom of expression and to interpret the exceptions narrowly.

The Sunday Times case is, in many ways, a model decision as it gives a central place to the right to freedom of expression in a democratic society. The Court rejected the “balance test” in favour of the “priority to rights” approach and construed the exceptions to Article 10, para.2, narrowly¹⁵³. The Court in this case adopted the Commission’s view by 11 votes to 9.

In *Handyside* the Court also held that the margin of appreciation in the application of the “authority of the judiciary” defence is comparatively narrow because the domestic law and practice of Member States reveals a fairly substantial measure of common ground¹⁵⁴.

K. The Protection of the Rights, Freedoms and Reputations of Others

This restriction ground is sometimes linked with the protection of health and morals and the prevention of disorder and crime grounds. This ground of limitation is also a broad and diverse category. As it covers a wide range of matters it is frequently invoked in the Strasbourg Jurisprudence¹⁵⁵.

Within the UN system there is a principle that when a conflict exists between rights protected in the Covenant and one which is not, recognition and consideration should be given to the fact that the Covenant seeks to protect the most fundamental rights and freedoms. In this context a special weight should be afforded to rights not subject to limitations in the Covenant¹⁵⁶.

This limitation ground was used in the *Otto-Preminger Institute* case¹⁵⁷. This case concerned the screening of an allegedly offensive film, which was

¹⁵² *ibid* para.66.

¹⁵³ Steven Greer, *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe 1997), 35.

¹⁵⁴ *ibid* para.59.

¹⁵⁵ Clare Ovey and Robin C. A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, (Oxford Univ.Press 2002), 207.

¹⁵⁶ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985).

¹⁵⁷ *Otto-Preminger Institute v. Germany*, Judgement of 20 September 1994, Series A No. 295-A; (1995) 19 EHRR 34.

considered to breach the right to respect for religious feelings when the rights in Articles 9 and 10 were read together¹⁵⁸.

In *Oberschlick* the Court decided that the conviction of the applicants for defaming certain Austrian criminal court judges was justified under the protection of the reputation or rights of others clause of Article 10, para.2. The Court decided that discussion of judicial decisions was legitimate in a democratic society. However, it also held that it is necessary to protect public confidence in the judicial process against destructive attacks that are essentially unfounded. This was especially in view of the fact that judges are subject to a duty of discretion that precludes them from replying to critics¹⁵⁹.

III. THE SAFEGUARDS AGAINST ABUSE OF RESTRICTIONS

A. Prescribed by Law

The “prescribed by law” criterion raises several important and interesting points. This expression has been interpreted as meaning that at least two requirements flow therefrom. First of all, the law must be adequately accessible: this means that the citizen must be able to have an indication of the legal rules applicable to a given case, which is adequate in the circumstances. Secondly, a norm cannot be regarded as a law unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct. He must be able - if need be with appropriate advice- to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This also supports the view that the word law refers not only to the state’s statute law, but also to its unwritten law: it also includes subordinate legislation and a royal decree¹⁶⁰. Although terms are used in the different provisions in different forms of words, (“provided by law”, “prescribed by law”, “in conformity with law”, “in accordance with law”), the meaning of each is the same. This wording reads in the French text of the Convention ‘prevue(s) par la loi’ in all cases¹⁶¹.

It has been established by the Strasbourg organs that the condition that the interference must be prescribed by law can only be satisfied in cases where the relevant law is sufficiently precise and adequately accessible to the citizen. This

¹⁵⁸ ibid paras. 46-48.

¹⁵⁹ *Oberschlick v. Austria*, Judgement of 23 May 1991, Series A No.204; (1994) 19 EHRR 389, para.35.

¹⁶⁰ *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgement of 18 June 1971, Series A No.12 (1979-80) 1 EHRR 373 para.93.

¹⁶¹ supra note, Clare Ovey and Robin C. A. White, p.201.

rule has been accessible to the citizen. This rule was adopted by the court for the first time in the *Sunday Times* case:

‘In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression ‘prescribed by law. ‘Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able to - if need be with appropriate advice -to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms, which, to a greater or lesser extent are vague and whose interpretation and application are questions of practice¹⁶²’.

This established rule was reiterated and applied in other cases both by the Commission and the Court. It should be borne in mind that the phrase ‘in accordance with the law ‘does not merely relate to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law. As the Court emphasised in the *Malone* case, this rule implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interference by authorities with the rights safeguarded by the convention¹⁶³.

In terms of Turkish law, the term of “prescribed by law” should be evaluated on Turkish presidential decrees after the constitutional amendments of 2017. The question of whether rights and freedoms can be regulated by presidential decree was a subject of debate in the aftermath of the constitutional amendments of 2017. In accordance with Article 13 of the Turkish Constitution, fundamental rights and freedoms cannot be restricted by any other regulations of the law, for example, by presidential decrees. Indeed, Article 104, paragraph 17 of the Constitution stipulates that fundamental rights, personal rights, and political rights are not subject to regulation by presidential decree. Consequently, the regulation of social rights is permitted to be regulated through presidential decrees¹⁶⁴.

¹⁶² supra note *Handyside v. UK*, para.49.

¹⁶³ *Malone v. United Kingdom*, Judgement of 2 August 1984, Series A No.82; (1985) 7 EHRR 14 para.67.

¹⁶⁴ On whether rights and freedoms can be regulated or limited by Turkish presidential decrees see Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (On İki Levha Yayınları 2018) 65-ff; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin Yayınları 2018); Batuhan Ustabulut, *ABD ve Türkiye’de Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Çerçevesinde Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi* (Adalet Yayınları 2023) 208-213.

B. Necessary in a Democratic Society

This notion found in Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights plays a paramount role in the European Convention on Human Rights. The notion of necessity implies the existence of a pressing social need¹⁶⁵. This may include the ‘clear and present danger’ test which was developed by the United States Supreme Court. It must also be assessed in the light of the circumstances of a given case, and it is for the national authorities to make an initial assessment of the reality of the necessity in this context¹⁶⁶. From the *Sunday Times v. United Kingdom*¹⁶⁷ case one could conclude that, in order to assess whether interference was based on sufficiently pressing reasons to render it “necessary in a democratic society,” account must be taken of any public interest aspect of the particular case. It is not enough that the interference involved belongs to the class of the exceptions listed in the appropriate article of the Convention which has been invoked. Neither is it enough that the interference was imposed because the subject matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general or absolute terms. The court has to be satisfied, and the offending state must justify, that the interference was “necessary” having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it. Thus, in the *Sunday Times* case the thalidomide tragedy was a matter of undisputed public concern. The court determined that the interference by the national courts in preventing the press from publishing certain information did not correspond to a sufficiently pressing social need, (namely, maintaining the authority of the judiciary), to outweigh the public interest in freedom of expression. Accordingly that restraint was not necessary in a democratic society.

In *Handyside v. United Kingdom*¹⁶⁸ the court attempted to determine on one of the essential foundations or elements of a democratic society, the freedom of expression. It found that pluralism, tolerance and broadmindedness are essential elements of the concept. A democratic society must be pluralistic, tolerant and

¹⁶⁵ *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, Judgement of 26 November 1991 Series A No. 216 (1992) 14 EHRR 153 para.59.

¹⁶⁶ *supra* note, *Handyside v. United Kingdom*, although the national authorities have a certain discretion while assessing the existence of pressing social need, it has been established by the Convention organs that the Contracting States’ margin of appreciation in assessing whether such a need exists, goes hand in hand with a European supervision, embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts.

¹⁶⁷ *Supra* note, *Sunday Times v. United Kingdom*.

¹⁶⁸ *Supra* note, *Handyside v. United Kingdom*.

open, which inevitably entails the achievement of a delicate balance between the wishes of the individual and the utilitarian greater good of the majority. But this must begin from the standpoint of the importance of the individual, and the undesirability of restricting individual rights and freedoms. Thus, although the hallmarks of a democratic society are as stated herein and individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail. A balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and individuals and avoids any abuse of a dominant position¹⁶⁹.

There now follows a discussion on the interpretation and application of the provisions in the Convention which allow a contracting party to limit and restrict the rights and freedoms guaranteed to the individual in the document. This takes place in the context of the Commission and the Court's resort to, and development of, the measure of discretion or margin of appreciation principle or doctrine. When considering the concept of what is 'necessary in a democratic society' the Court relies heavily upon the principle of proportionality. This enables the Court to balance all the relevant interests and factual circumstances, and also to take account of the intensity of the infringement, as well as the question of whether the essence of the right invoked has been infringed¹⁷⁰.

C. Prohibition of Abuse of Rights and Restrictions

A person, or a group of persons, cannot rely on the rights enshrined in the Convention, or its Protocols, to justify conduct which amounts in practice to an activity intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention. Any such destructive activity would, in practice, put an end to democracy. It was precisely this concern which led the authors of the Convention to introduce Article 17¹⁷¹, which provides:

“Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.”

¹⁶⁹ *Young, James and Webster v. United Kingdom*, Judgement of 13 August 1981, Series A No.44 (1989) 11 EHRR 439, para.63.

¹⁷⁰ Pieter van Dijk and Godefridus Josephus Henricus (Fried) van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (3rd ed., The Hague, London: Kluwer Law International 1998) 537.

¹⁷¹ See Collected Edition of the “*Travaux Préparatoires*”: Official Report of the Consultative Assembly, 1949, pp. 1235-1239.

Following the same line of reasoning, the Court considers that no one should be authorised to rely on the Convention's provisions in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society¹⁷².

On the other hand, the Member States cannot use the restriction grounds arbitrarily as a requirement of Article 18 which provides that;

“The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.”

CONCLUSION

The restriction and limitation of fundamental rights within the Strasbourg legal order are justified by the need to balance individual freedoms with the broader interests of society. The European Convention on Human Rights (ECHR) provides a framework for permissible limitations, ensuring that any restrictions are based on legitimate grounds, follow due legal process, and remain accessible and understandable to the public. These limitations aim to safeguard the moral and legal order of society while preventing the misuse of rights that could undermine democratic values.

Similarly, the Turkish legal system recognizes that fundamental rights are not absolute and may be subject to restrictions for public interest and the protection of others' rights. However, such limitations must adhere to constitutional principles and judicial oversight to prevent arbitrary interference. The primary objective of these restrictions is not to weaken rights but to create a structured legal framework that ensures both individual freedoms and social harmony.

Ultimately, the interplay between individual rights and state-imposed restrictions highlights the delicate nature of human rights protection. A fair and transparent legal approach is essential for maintaining this balance, ensuring that the limitations imposed on fundamental rights serve a legitimate purpose without compromising the core principles of justice and democracy.

¹⁷² *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), Grand Chamber Judgment of 13 February 2003, (2003) 37 EHRR 1, para.99.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest : The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support : The author declared that this study has received no financial support.

BIBLIOGRAPHY

Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin Yayınları 2018).

Barendt E., *Freedom of Speech*, (Clarendon Press, Oxford 1985).

Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston: Kluwer Law International 2000).

Clayton, R., Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, (Oxford Univ. Press 2000).

Council of Europe, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights - Freedom of Expression*, 2021.

Council of Europe, *European Court of Human Rights Annual Report 2022*, Strasbourg.

Delmas-Marty M, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers 1992).

Eren A, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (On İki Levha Yayınları 2018).

European Court of Human Rights (ECtHR), *Barfod v. Denmark*, Judgement of 22 February 1989, Series A No. 149; (1991) 13 EHRR 493.

European Court of Human Rights (ECtHR), *Barthold v. Germany*, App. No. 8734/79, Judgment of 25 March 1985.

European Court of Human Rights (ECtHR), *Ceylan v. Turkey*, App. No. 23556/94, Judgment of 8 July 1999.

European Court of Human Rights (ECtHR), *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgement of 18 June 1971, Series A No.12 (1979-80) 1 EHRR.

European Court of Human Rights (ECtHR), *Darby v. Sweden*, Judgement of 23 October 1990, series A No 187; (1991) 13 EHRR 774.

European Court of Human Rights (ECtHR), *Dudgeon v. United Kingdom*, Judgement of 22 October 1981, Series A No.45; (1982) 4 EHRR 149.

European Court of Human Rights (ECtHR), *Funke and Others v. France*, Judgement of 25 February 1993, Series A No. 256-A, (1993).

European Court of Human Rights (ECtHR), *Gaskin v. United Kingdom*, Judgement of 7 July 1989, Series A No. 160; (1990) 12 EHRR 36.

- European Court of Human Rights (ECtHR), *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98, Judgment of 17 February 2004.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Kalac v. Turkey*, Judgment of 1 July 1997, Reports 1997- IV; (1999) 27 EHRR 552.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, Judgment of 10 November 2005.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Malone v. United Kingdom*, Judgement of 2 August 1984, Series A No.82; (1985) 7 EHRR 14.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Oberschlick v. Austria*, Judgement of 23 May 1991, Series A No.204; (1994) 19 EHRR 389.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Observer and Guardian v. United Kingdom*, App. No. 13585/88, Judgment of 26 November 1991.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland*, Judgement of 29 October 1992, Series A No.246; (1993) 15 EHRR 244.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Otto-Preminger Institute v. Germany*, Judgement of 20 September 1994, Series A No. 295-A; (1995) 19 EHRR 34.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Perinçek v. Switzerland*, App. No. 27510/08, Judgment of 15 October 2015.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Purcell v. Ireland*, Decision of the Commission 70 DR 262 (1989).
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), Grand Chamber Judgment of 13 February 2003, (2003) 37 EHRR 1.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Silver and Others v. United Kingdom*, App. Nos. 5947/72 et al., Judgment of 25 March 1983.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Sunday Times v. United Kingdom (No. 1)*, App. No. 6538/74, Judgment of 26 April 1979.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Surek and Ozdemir v. Turkey*, (Apps 23927/94 and 24277/94), Judgement of 8 July 1999.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Judgment of 30 January 1998.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Weber v. Switzerland*, Judgement of 22 May 1990, Series A, No.177; (1990) 12 EHRR 508.

- European Court of Human Rights (ECtHR), *Vogt v. Germany*, (Appl.17851/91), Judgement of 26 September 1995, (1996) 21.
- European Court of Human Rights (ECtHR), *Young, James and Webster v. United Kingdom*, Judgement of 13 August 1981, Series A No.44 (1989) 11.
- European Convention on Human Rights (ECHR), adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953.
- Evliyaoğlu SA, “Geçmişten Günümüze Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin Laik Devlet Niteliğine İlişkin Yorumu” (2023) 40/1 Anayasa Yargısı, 134-137.
- Göçgün M, “Yüksek Öğretim Kurumlarında Uygulanan Başörtüsü Yasağı: Hukuki Süreç ve Mevcut Durum” (2023) 5/1 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 314-328.
- Görgen N, *Türkiye’de Devlet Başkanlığı Makamının Gelişimi Hakkında Bir Çalışma, 1961-2017* (On İki Levha Yayıncılık 2024).
- Görgen N, “The Evolution of the British Executive: Cabinet, Prime Minister and Core Executive Model” (2024) 30 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 155.
- Görgen N, “The Weakening of Judicial Independence Through the Transition From the Judicialization of Politics to the Politicization of the Judiciary” in Nauman Reayat, Rhona KM Smith and Moohyung Cho, *Judicial Independence in Transitional Democracies* (1st ed., Routledge 2024).
- Greer, S., *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publication, (Strasbourg 1995).
- Greer S., *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe: 1997).
- Gomien, D., Harris, D., and Zwaak, L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, (Council of Europe 1996).
- Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. & Buckley, C. *Law of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., Oxford University Press 2014).
- Hovius B, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis” in (1986) 6 YEL.
- Lavender, N., *The Problem of the Margin of Appreciation* (1997) EHRLR.
- Leach, P., *Taking a case to the European Court of Human Rights*, (London 2001).
- Letsas, G. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. (Oxford University Press 2007).
- Loucaides, L.G, “Restrictions or limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights” in (1993) 4 Finnish Yearbook of International Law 334.

- Nicol, A., “National Security Considerations and The Limits of European Supervision” (1996) EHRLR.
- Mahoney, P., Judicial Activism and Judicial Self Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin (1990) HRLJ.
- MacDonald, Matscher and Petzold (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, (Martinus Nijhoff 1993).
- Mowbray, A. (2012). *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights* (3rd ed., Oxford University Press 2012).
- Mowbray, A., *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press 2004).
- Robertson, A.H, Merrills, J.G, *Human Rights in Europe*, (3rd ed., Manchester University Press 1996).
- Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985.
- Travaux Préparatoires*”: Official Report of the Consultative Assembly, 1949, pp. 1235-1239.
- Tumay, M., “Muhalefet serhi gerekceleri AIHM kararini curutuyor” in Yeni Asya (daily), 22.11.2005.
- Turkish Constitutional Court, *Esra Nur Özbey*, Appl. No. 2013/7443, Judgment of 20 May 2015.
- Turkish Constitutional Court, *Sara Akgül*, App. No. 2015/269, Plenary Assembly Judgement of 22 November 2018.
- Turkish Constitutional Court, *Tuğba Arslan*, App. No. 2014/256, Plenary Assembly Judgement of 25 June 2014.
- Ustabulut B, *ABD ve Türkiye’de Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Çerçevesinde Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi* (Adalet Yayınları 2023).
- White, R.C. and Ovey, C; *Jacobs and White European Convention on Human Rights*, (3rd ed., Clarendon Press 2002).
- Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. & Zwaak, L. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4th ed., Intersentia, 2006).

Cinsel Saldırı Suçuna Teşebbüs^(*)

Attempt at Offence of Sexual Assault

Ali PEHLİVAN^(**)

Öz:

Suçun temel şekli, “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” biçiminde tanımlanmıştır (TCK m.102/1, cümle 1). Cinsel davranış, sarkıntılık düzeyinde kaldığında suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali oluşacaktır (TCK m.102/1, cümle 2). Fiilin, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi; suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini teşkil etmektedir (TCK m.102/2). Suç tanımında, “cinsel davranış” kavramı esas alınmıştır. Cinsel davranış, cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik harekettir. Suç, sırf hareket suçudur. Cinsel davranış veya davranışların, mağdurun rızası olmaksızın bedenine temas etmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu itibarla cinsel saldırı suçuna ilişkin birçok olayda, kural olarak teşebbüsün en tartışmalı koşulu olan elverişli hareketlerle icraya başlanılıp başlanılmadığının tartışılması gerekmemektedir. Cinsel saldırı suçunun gerek temel şekli gerekse nitelikli halleri bakımından birçok olayda kural olarak teşebbüsün ikinci koşulunun tartışılmasının gerekmemesi, bu suça teşebbüste failin kastının önemini ortaya koymaktadır. Bu itibarla suçun temel şekline mi yoksa nitelikli hallerinden birisine mi teşebbüs edildiğinin saptanmasında birincil ölçütün, failin kastı olduğu söylenebilir. Cinsel saldırı suçuyla ilgili hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımının tartışılmasını gerektiren bir olayla karşılaşılması az da olsa olanak dahilindedir. Bu takdirde anılan ayrımla ilgili maddi objektif teoriyi benimseyen TCK m.35’in gerekçesinde dolaylı olarak belirtildiği üzere işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin de icra hareketi olarak kabul edilmesi gerekir. Gerçekleştirilen hareketin; işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olup olmadığı, genel yaşam deneyimleri ve olayların olağan akışına göre belirlenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Cinsel Saldırı Suçu, Cinsel Saldırı Suçunun Temel Şekline Teşebbüs, Cinsel Saldırı Suçunun Nitelikli Hallerine Teşebbüs, Cinsel Saldırı Suçuna Teşebbüste Failinin Kastının Önemi, Cinsel Saldırı Suçunda Gönüllü Vazgeçme.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1773628

Bu makaleye atıf için: PEHLİVAN, Ali, “Cinsel Saldırı Suçuna Teşebbüs”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 585-630

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: ali.pehliyan@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0002-2040-6134

Abstract:

The basic form of the offence is defined as “violating a person’s bodily integrity through sexual conduct” (Turkish Penal Code, Art. 102/1, sentence 1). When the sexual conduct remains at the level of sexual importunity, the offence will constitute a qualified form requiring a lesser penalty (Art. 102/1, sentence 2). That the act is committed by inserting an organ, or other object, into the body renders it a qualified form requiring a heavier penalty (Art. 102/2) The definition of the offence is posited on the concept ‘sexual conduct’. Sexual conduct is an act carried out with a sexual purpose or with the purpose of satisfying sexual desires. Just the conduct is sufficient for the offence to be constituted. That is, for the offence to be constituted, it is sufficient that the sexual conduct or conducts come into contact with the victim’s body without consent. It is not required that an outcome arises from the conduct. As such, in many cases concerning the offence of sexual assault, it is often not necessary to discuss whether the perpetrator has begun execution with suitable acts, which is, generally speaking, the most contentious condition of the attempt. That in many cases, with regard to both the basic form and the qualified forms of sexual assault, it is not necessary to discuss the second condition of attempt asserts the importance of the perpetrator’s intent in terms of attempting at this offence. In this respect, it can be said that the primary criterion for determining whether there was an attempt at the basic form of the offence or one of its qualified forms is the perpetrator’s intent. It is within possibility to encounter a case which requires the discussion of the distinction between preparatory acts and acts of execution in relation to the offence of sexual assault although this is rare. In that case, as indirectly stated in the reasoning of Art. 35 of the Turkish Penal Code, which adopts the material-objective theory regarding the said distinction, acts that bear a certain affinity and connection to the offence intended to be committed should also be regarded as acts of execution. Whether the executed act holds a certain affinity and connection to the intended offence will be determined according to general life experiences and the ordinary course of events.

Keywords:

The Offence Of Sexual Assault, Attempt at the Basic Form of the Offence of Sexual Assault, Attempt at the Qualified Forms of the Offence of Sexual Assault, Importance of the Offender’s Intent in Attempted Offence Of Sexual Assault, Voluntary Abandonment in Offence of Sexual Assault.

Extended Summary:

The offence of sexual assault is regulated under Article 102 of the Turkish Penal Code. According to Article 102/1, ‘Any person who violates the bodily integrity of another person, by means of sexual conduct, shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of two to ten years, upon the complaint of the victim.

As understood from the statutory provision cited above, the definition of the offence is posited on the concept ‘sexual conduct’. Sexual conduct is an act carried out with a sexual purpose or with the purpose of satisfying sexual desires. Just the conduct is sufficient for the offence to be constituted. That is, for the offence to be constituted, it is not required that an outcome arises from the conduct. The offence may be committed through sexual conduct that violates the bodily integrity of the victim, who is any living human being. For the offence to be constituted, it is sufficient that the sexual conduct or conducts come into contact with the victim’s body without consent. Any conduct involving physical contact carried out with sexual intent or to satisfy sexual desires may result in the formation of the offence.

Even though the offence is defined as one which involves dependent conduct, those acts which may constitute the offence may be carried out with ease. What is more, an outcome is not required to occur as a consequence of these acts. Where physical contact is instantaneous and intermittent, the offence constitutes the qualified form requiring a lesser penalty; where it is continuous and reaches intensity, it constitutes the basic form; and where any organ or object is even partially

inserted into the victim's body, it constitutes the qualified form of the offence requiring a heavier penalty. As such, in many cases concerning the offence of sexual assault, it is often not necessary to discuss whether the perpetrator has begun execution with suitable acts, which is, generally speaking, the most contentious condition of the attempt. Consequently, in many instances it is not necessary to discuss the distinction between preparatory and executive acts, nor to assess the suitability of the instrument used or the material subject of the crime. Still, it is clear that in extreme probabilities such as when the perpetrator unawares engages in sexual acts against a deceased person, the material subject of the crime is absent because the offence must be committed against a living person. When the material subject of crime is absent, it becomes impossible to speak of an attempt at the intended offence; in this case, it must be accepted that an impossible offence exists.

Generally speaking, it is not needed to discuss the second condition of attempt in many cases, with respect to both the basic and qualified forms of the offence of sexual assault and this asserts the importance of the perpetrator's intent in attempting at this offence. In this respect, it can be said that the primary criterion for determining whether there was an attempt at the basic form of the offence or one of its qualified forms is the perpetrator's intent. Although it is obvious that intent is not sufficient for attempt unless execution has begun, the ease of carrying out the sexual acts deemed sufficient for the constitution of sexual assault means that in many cases, the distinction between preparatory and executive acts does not come up.

It is within possibility to encounter a case which requires the discussion of the distinction between preparatory acts and acts of execution in relation to the offence of sexual assault although this is rare. In that case, evaluation must be made in accord with to the material-objective theory adopted in Turkish Penal Code Article 35. As noted in the reasoning of this provision, the criterion of 'direct commencement of execution' has been accepted instead of 'intent beyond doubt'. Without doubt, in the case that the conduct stated in the legal definition of the offence has been carried out, the execution has commenced. However, as stated in the reasoning indirectly, when acts which bear a certain affinity and connection to the offence intended to be committed are performed, execution will also be deemed to have commenced. In doctrine, it is recommended that whether the act performed holds any affinity and connection to the intended offence should be determined in the light of general life experiences and the ordinary course of events. Determining liability for attempt at offence always involves a hypothetical judgment. The recommendation above has been made in relation to conduct and result crimes. This article is the opinion that this recommendation may also be taken into consideration in regard to the offence under examination. Although sexual assault is defined as a conduct crime, due to the ease of carrying out the sexual acts prescribed in the definition, the offence bears similarity to result crimes. Moreover, it is a pure conduct offence where just the conduct is sufficient for the offence to be constituted.. Therefore, the recommendation made in regard to conduct and result crimes may also be taken into account in relation to sexual assault. Nevertheless, from time to time, in rulings of the Supreme Court of Appeals (Yargıtay) concerning in particular the qualified form of the offence requiring heavier penalty, circumstances of the concrete case are not evaluated as it should be. As a result, it may sometimes be concluded that the perpetrator's intent did not relate to the qualified form requiring a heavier penalty and that execution did not commence without building any connection with the concrete case. At other times, because the circumstances of the case are not evaluated as it should be, the provision on voluntary abandonment (Turkish Penal Code Art. 36) may be applied to a perpetrator who was unable to continue execution due to reasons beyond his control.

Giriş

Suçta teşebbüs, ceza kanunlarının genel hükümlerinde yer verilen suçun özel görünüş biçimlerinden biridir¹. 5237 Sayılı TCK'da da “Genel Hükümler” başlıklı birinci kitabın, “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı ikinci kısmının “Suçta Teşebbüs” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir (TCK m.35-36). Teşebbüs, “bir işe girişme, el atma” anlamına gelmektedir². Suç, çeşitli aşamalardan geçilerek işlenmektedir³. Buna göre bir suç; kural olarak düşünce, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanması olmak üzere dört aşamada oluşur⁴. Suçun bu aşamaları, öğretide suç yolu (iter criminis) olarak adlandırılmaktadır⁵.

Suç yolunun düşünce ve bazı istisnalar hariç olmak üzere hazırlık hareketleri aşamasının cezalandırılması söz konusu olmaz⁶. Suç yolunda ilerleyerek icra hare-

¹ Suçta teşebbüs; öğretide genellikle iştirak (TCK m.37 ila m.41) ve suçların içtimalı (TCK m.42 ila m.44) ile birlikte suçun özel beliriş biçimleri, suçun özel görünüş şekilleri, suçun özel beliriş şekilleri, suçun özel gerçekleşme şekilleri gibi başlıklar altında incelenmektedir. Bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 455 vd.; ARTUK, M. Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 661 vd.; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 381 vd.; ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 495 vd.; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 495 vd.; ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 881 vd.; İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 513 vd.; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 465 vd.; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 457 vd.; KARAKEHYA, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 205 vd.

² DEVELLİOĞLU, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 20. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s. 1094. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te teşebbüs; “girişim, girişme”, teşebbüs etmek ise “girişmek, el atmak” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T: 20.07.2025.

³ İÇEL, s. 513; ZAFER, s. 496; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, **Genel Hükümler**, s. 465; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 416.

⁴ HAFİZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 327; ÖNDER, **Ceza Dersleri**, s. 384; İÇEL, s. 513; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, **Genel Hükümler**, s. 465; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 416; AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 714. Öğretide suçun tamamlanma aşamasından sonra, son bulma (tükenme) aşamasının varlığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. ZAFER, s. 496-497; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 345-346; TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 295; AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 25-26.

⁵ İÇEL, s. 513; ZAFER, s. 496; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, **Genel Hükümler**, s. 465; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 416; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 555; TOROSLU/TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 295.

⁶ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 327; ÖNDER, **Ceza Dersleri**, s. 389-391; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 346; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, **Genel Hükümler**, s. 465; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 714; KARAKEHYA, s. 208-209.

ketlerine başlayan fail, elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamış olabilir. Ancak fail tarafından gerçekleştirilen icra hareketleri, kendiliğinden haksızlık teşkil ettiği için suçun tamamlanmamış olması failin cezalandırılmasına engel olmaz⁷. İcrasına başlanılan; yani işlenmeye başlanan suç, failin elinde olmayan nedenlerle ya icra hareketleri tamamlanamadığı ya da yine failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketleri tamamlanmasına karşın istenilen netice gerçekleşmediği için tamamlanamaz⁸. Bu takdirde suça teşebbüs gerçekleşmiş olur⁹. İcra hareketlerine başlanılan; ancak failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlar, teşebbüs halinde kalmış suçlar olarak adlandırılmaktadır¹⁰. Fail; icra hareketlerinden elinde olmayan nedenlerle değil, gönüllü vazgeçtiği veya kendi çaba-

⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 662; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 555; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 416-417.

Gerek hazırlık gerekse icra hareketleri fail tarafından dış dünyada gerçekleştirilmekle birlikte, ceza sorumluluğu kural olarak icra hareketlerinin gerçekleştirilmesiyle başlayacağı için hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımı büyük önem taşımaktadır. Hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımıyla ilgili kesin bir kriter bulunmamaktadır. Söz konusu ayrım, bazı olaylarda büyük güçlük arz etmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 327, 331-335; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 675-685; İÇEL, s. 523 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Genel Hükümler*, s. 465, 470-474; TOZMAN, Önder, *Suç Teşebbüs*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 45. Anılan güçlükler nedeniyle icra hareketlerine başlanılıp başlanılmadığını en iyi değerlendirecek olanın hâkim olduğu belirtilmiştir. Bkz. SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 291-292.

⁸ Birinci olasılık 765 sayılı TCK m.61'de eksik teşebbüs, ikinci olasılık ise m.62'de tam teşebbüs olarak düzenlenmiş idi. Bkz. ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 384; İÇEL, s. 514; DEMİRBAŞ, s. 509; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 27. 5237 Sayılı TCK'da, eksik teşebbüs ve tam teşebbüsün cezanın belirlenmesinde önemli bir sorun teşkil ettiği, bu ayrımla ilgili her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçütün bulunmadığı gerekçesiyle eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımına son verilmiştir. Yine gerekçede, bu ayrımın sırf hareket suçlarında uygulanamayacağı belirtilmiştir. TCK m.35'in gerekçesi için bkz. YALVAÇ, Gürsel, *Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK CMK CGTİK ve İlgili Kanunlar ile Yönetmelikler*, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 142. Aşağıda belirtileceği üzere, cinsel saldırı suçu da sırf hareket suçudur. Bu itibarla teşebbüsle ilgili 765 sayılı TCK'da öngörülen söz konusu ayrım cinsel saldırı suçu bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında, cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline karşılık gelen ırza geçme suçuna tam teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilebilmekteydi. Bkz. ÖNDER, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1987, s. 408-410; ORAL, Mehmet, "Teşebbüs", in: *Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26- 27 Mart 1997-İstanbul)*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 205-206. Bu itibarla 5237 TCK'nın eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımına son vermesinin yerinde olduğu söylenebilir. Aksi görüş için bkz. DEMİRBAŞ, s. 510.

⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 662-663.

Örneğin A, aynı işyerinde çalıştığı B'ye uzun zamandan bu yana cinsel saldırıda (TCK m.102/1) bulunmayı düşünmektedir. A, B'nin gece mesaisine kaldığını öğrenince, işyerinin çıkışında bulunan bir aracın arkasına gizlenerek B'yi beklemeye başlamıştır (hazırlık hareketi). A; B'nin rızasına aykırı olarak B'ye arkadan sarılmış ve boynunu öpmeye başlamıştır (icra hareketleri). Kısa bir süre sonra devriye görevi yapan polislerin kendilerine doğru geldiğini fark eden A, olay yerinden ayrılmıştır. Verilen örnekte, icra hareketleri başlamış; ancak fail A, elinde olmaya nedenlerle (polislerin gelmesi) mağdur B'ye yönelik olarak gerçekleştirdiği cinsel davranışları sürdürememiş; dolayısıyla suç tamamlanmamıştır. Bu nedenle fail A, cinsel saldırı suçunun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır (TCK m.102/1, cümle 1 ve m.35).

¹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 416; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Genel Hükümler*, s. 466.

larıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlediği takdirde, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır (TCK m.36/1, cümle 1). Ancak tamam olan kısmın esasen suç oluşturması halinde, fail sadece o suçtan sorumlu tutulacaktır (TCK m.36/1, cümle 2). Bu itibarla failin, icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle mi tamamlayamadığı, yoksa icra hareketlerinden gönüllü olarak mı vazgeçtiğinin saptanması büyük önem taşımaktadır.

5237 Sayılı TCK’da eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımını yer verilmemiştir. Bu nedenle failin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı öngörülmüştür (TCK m.35/1). Görüldüğü gibi suça teşebbüse ilişkin hükümde icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi şeklinde bir ayrıma yer verilmemiş, her iki olasılığı kapsar bir biçimde “suçun tamamlanamaması” kavramı kullanılmıştır. Tamamlanmış suç; failin fiilinin, suç tanımıyla bütünüyle örtüşmesi anlamına gelmektedir¹¹.

TCK ile diğer kanunlarda suçlar, suçun tamamlanmış şekli esas alınarak tanımlanır¹². Kanunilik ilkesi gereğince suç tamamlanmadığı için failin “tamamlanmış” suç tanımını öngören norma göre cezalandırılması mümkün olmaz¹³. Teşebbüse ilişkin hükümler, bütün maddi unsurları gerçekleşmemiş, bir başka anlatımla tamamlanmamış suçların cezalandırılmasına olanak sağlar¹⁴. Bu itibarla suça teşebbüs hükümleri, cezalandırılma alanını genişletici bir etkiye bir sahiptir¹⁵. Böylelikle suçla korunan hukuki değerlerin koruma alanı da genişletilmiş olur¹⁶.

Tamamlanmamış suçların cezalandırılmasına olanak sağlamak suretiyle önemli bir işlev gören suça teşebbüs hükümleri, tek başına uygulanamaz¹⁷. Söz-

¹¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 328.

¹² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Genel Hükümler*, s.466; ZAFER, s. 498; TOSUN, Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ar Basım Yayım, İstanbul, 1982, s. 232; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 714.

¹³ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 351; ZAFER, s. 498; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 663; TOSUN, s. 233, 238; SÖZÜER, Adem, *Suç Teşebbüs*, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 46; TOZMAN, s. 397.

¹⁴ İÇEL, s. 514; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 555; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 417; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Genel Hükümler*, s. 466; SÖZÜER, s. 46; KARAKEHYA, 205-206; TOZMAN, s. 17.

¹⁵ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 351; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 455; İÇEL, s. 514; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 714; ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 885; ZAFER, s. 498; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Genel Hükümler*, s. 466; HAKERİ, 458; SÖZÜER, s. 46; TOZMAN, s. 17.

¹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 667; İÇEL, s. 514; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 556.

¹⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 667; İÇEL, s.514; ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 383; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 716; SÖZÜER, s. 46.

konusu hükümler, tamamlanmış suçu düzenleyen norma bağlı olarak uygulanabilir¹⁸. Bu nedenle öncelikle TCK veya başka bir kanunda düzenlenmiş kasıtlı bir suçun elverişli hareketlerle icrasına başlanılmalıdır. Ancak icrasına başlanılan suç, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamalıdır. Suça teşebbüs hükümleri, tamamlanmamış suçun cezalandırılmasını mümkün kıldığı için tamamlayıcı norm¹⁹ veya yardımcı norm²⁰ olarak nitelendirilmiştir. Tamamlanmış suça ilişkin norm ise, asıl normdur²¹. Bu itibarla tamamlanmış suça ilişkin norm ile teşebbüsü düzenleyen norm arasında, asıl-yardımcı norm ilişkisi bulunduğu belirtilmiştir²².

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı TCK m.102’de düzenlenmiştir. Suçun temel şekli, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesiyle oluşmaktadır (TCK m.102/1, cümle 1). Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini teşkil etmektedir (TCK m.102/1, cümle 1). Suçun vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK m.102/2). Cinsel saldırı suçu, sırf hareket suçudur. Bu itibarla suç tanımında gösterilen hareketin yapılmasıyla birlikte suç tamamlanır, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Girişte yapılan açıklamalardan anlaşılabacağı üzere özellikle hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımındaki zorluk nedeniyle suça teşebbüs ceza hukukunun en tartışmalı konuları arasındadır. Suçun temel şeklinin oluşması için “cinsel davranışlar”, daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin oluşması için “cinsel davranış” yeterli kabul edilmiştir. Böylelikle suç tanımı genişletilmiştir. Bu nedenle cinsel saldırı suçuna teşebbüs edilip edilmediği, edildi ise suçun temel şekline mi yoksa nitelikli hallerine mi teşebbüs edildiğinin belirlenmesinde güçlük yaşanabilmektedir. Öte yandan suçun vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli halinin; bağımsız bir suç olduğuna dair görüşlere rastlanmakta, bu nitelikli hale teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Ayrıca özellikle suçun daha ağır

¹⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Genel Hükümler**, s. 667-668; ÖNDER, **Ceza Dersleri**, s. 383; İÇEL, s.514; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 351; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 716; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 417; SÖZÜER, s. 46-47.

¹⁹ ZAFER, s. 498.

²⁰ İÇEL, s. 514; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Genel Hükümler**, s. 667; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 351; ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 556; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 716; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 417.

²¹ TOSUN, s. 239; ZAFER, s. 498. İÇel tarafından asıl norm yerine, asal norm kavramı kullanılmıştır. Bkz. İÇEL, s. 514. Asıl ceza normu ve tamamlayıcı ceza normu konusunda bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 65, 67 vd.

²² İÇEL, s. 514.

cezaıı gerektiren nitelikli halini gerçekleştirmek isteyen; ancak vücuda organ veya cisim sokmayan, bu nedenle suçu tamamlamayan fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda belirsizlikler bulunmaktadır.

Cinsel saldırı suçuna teşebbüsün incelendiğı bu çalışmada, öncelikle asıl norm olan cinsel saldırı suçuyla korunan hukuki değeri ile suçla ilgili genel nitelikte de olsa bazı bilgilerin verilmesi konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Böylelikle Edward Said'in "*Öğretiler, ele aldıkları konuların başlangıcından başlamalıdır*" önerisine uygun davranılmış olacaktır²³. Daha sonra cinsel saldırı suçunun temel şekli ile nitelikli hallerine teşebbüs, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları irdelemek suretiyle ortaya konulacaktır. Son olarak cinsel saldırı suçunun temel şekli ile nitelikli hallerine ilişkin gönüllü vazgeçme hükümleri açıklanacaktır.

I. GENEL OLARAK CİNSEL SALDIRI SUÇU

A. Suçla Korunan Hukuki Değeri

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Özel Hükümler" kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde düzenlenmiştir²⁴. Buna karşılık cinsel saldırı suçunu da içeren cinsel suçlar, 765 sayılı TCK'nın "Cürümler" başlıklı ikinci kitabının "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı sekizinci babında düzenlenmiştir²⁵.

²³ KATOĞLU, Tuğrul, "Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs", **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt-I**, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 611'e atfen.

²⁴ Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında; cinsel saldırı (m.102), çocukların cinsel istismarı (m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m.104) ve cinsel taciz (m.105) olmak üzere dört farklı suç düzenlenmiştir. CENTEL, Nur, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", **TBB**, Y. 2012, S. 69, s. 269; DURSUN, Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", **CHD**, Y. 2014, S. 24, s. 59.

²⁵ Cinsel suçlar; esas olarak 765 sayılı TCK'nın "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı sekizinci babının "Cebren İrza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler" başlıklı birinci fasılda (m.414 ila m.418, m.421) yer almaktaydı. "Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak" başlıklı ikinci fasıl da (m.429 ila m.434) şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kişileri kaçırmaya ilişkindi. Ayrıca "Geçen Fasıllar Arasında Müşterek Hükümler" başlıklı dördüncü fasılda cinsel suçlarla ilgili bazı hükümlere (m.437 ila m.439) yer verilmişti. Görüldüğü gibi 765 sayılı TCK'da ondan fazla madde, cinsel suçlara ayrılmıştı. 765 Sayılı TCK'nın cinsel suçlara ilişkin bazı hükümlerinin bir araya getirilmesi ve bazı hükümlerine yer verilmemesi suretiyle 5237 sayılı TCK'da cinsel suçların dört maddede düzenlenmesi özel hükümlerle ilgili benimsenen yaklaşıma uygundur. 08.03.2004 Tarih ve 1/593 Esas, 60 Karar No.lu Adalet Komisyonu Raporunda, 765 sayılı TCK'da yer alan birçok hükmün kazuistik nitelikte olduğu için metinden çıkarıldığı belirtilmiştir. Adalet Komisyonu Raporu için bkz. YALVAÇ, s. 75-90. "Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak" başlıklı ikinci fasılda düzenlenen suçlar ise, 5237 sayılı TCK m.109'da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cezaıı ağırlaştıran nitelikli halleri olarak öngörölmüştür. Aynı yönde

Bilindiği gibi kanunkoyucu tarafından suçla korunmak istenen birincil hukuki değer veya değerler hangisi ise, suça o bölümde yer verilmektedir²⁶. Cinsel saldırı suçunun “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi; bu suçla genel ahlak kurallarının değil²⁷, kişinin cinsel dokunulmazlığının korunmasının amaçlandığını göstermektedir²⁸. Kişinin cinsel dokunulmazlığının korunması, cinsel özgürlüğün de korunmasını sağlayacaktır²⁹; çünkü cinsel özgürlük³⁰, cinsel dokunulmazlık korunduğu takdirde kullanılabilir³¹.

bkz. TANER, Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 73.

²⁶ ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 109.

²⁷ “Adabı umumiye” (âdâb-ı umûmiyye), genel ahlak kuralları anlamına gelmektedir. Bkz. DEVELLİOĞLU, s. 8. Genel ahlak kurallarının, kadına karşı ayrımcılığı meşrulaştırdığı ve belirsiz bir kavram olduğu belirtilmiştir. Bkz. CENTEL, s. 270-271. Sözkonusu kuralların “göreliliği” konusunda bkz. YALÇIN SANCAR, Türkân, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 96. Genel ahlak kurallarının yazılı ve sistematik bir şekilde bir araya getirilmemelerinden ötürü içeriğini belirlemenin zorluğu, topluma ve zamana göre değişebileceği ve bu kuralların belirlenmesinde bireysel ahlakın etkili olabileceği konusunda bkz. AYBAY, Aydın/ AYBAY, Rona/ PEHLİVAN, Ali, **Hukuka Giriş**, 25. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s. 27; GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 20. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2022, s. 17.

²⁸ ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 335; ÖZGENÇ, İzzet, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, **AHBÜHFD**, Y. 2020, C. XXIV, S. 1, s. 260; ÜZÜLMEZ, İlhan “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Ed. Bahri ÖZTÜRK, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 252; ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan**, Ed. Mahmut KOCA, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 858.

²⁹ Bu suçla korunan hukuki değer, kişinin cinsel özgürlüğü konusunda bkz. CENTEL, s. 271-272; CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan**, Ed. Mahmut KOCA, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, 231; TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 401; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, 155; TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024, s. 62; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 329; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 376; YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 367; YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **TBBĐ**, Y. 2005, S. 57, s. 243; KESKİN-KIZIROĞLU, Serap, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II**, 1. Baskı, Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Ceza Derneği Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 1000; TANER, s. 86.

³⁰ Cinsel özgürlük, “hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapabilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. YALÇIN SANCAR, s. 100. Cinsel özgürlük, Toroslu/Toroslu tarafından “hukukun veya örf ve adetin belirlediği sınırlar içerisinde insanın, cinsel ilişkiler yönünden kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi” olarak tanımlanmıştır. Bkz. TOROSLU/TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 62. Sözkonusu tanım daha somut olmakla birlikte, ilk tanıma göre dar

Dokunulmazlık, özgürlüklerin nitelikleri arasındadır³². Nitekim Anayasa m.12'ye göre herkesin kişiliğine bağlı olarak sahip olduğu temel hak ve özgürlükler; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmezdir. Anayasa m.12'deki "dokunulmaz" kavramının, "ihlâl edilemez" biçiminde anlamlandırılmasının uygun olacağı belirtilmiştir³³. Cinsel saldırı suçunda; kişinin vücut dokunulmazlığı, cinsel davranışlarla ihlâl edilmektedir (TCK m.102/1). Dolayısıyla suç tanımında yer verilen "ihlâl eden" sözcükleri ile bölüm başlığındaki "dokunulmazlık" kavramı uyumludur. Cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük birbirini tamamlamaktadır. Bu nedenlerle cinsel suçların düzenlendiği bölüm başlığı isabetlidir³⁴.

kapsamlıdır; çünkü cinsel ilişkiler, cinselliğin sadece bir boyutunu oluşturur. Ayrıca cinselliğin, bedensel temas içermeyen yaşanması mümkündür. Nitekim Güncel Türkçe Sözlük'te cinsellik, "cinsel özelliklerin bütünü" şeklinde açıklanmıştır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T: 23.07.2025.

- ³¹ Benzer yönde bkz. ve karş. ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 339-340. Korunan hukuki değer, cinsel dokunulmazlık ve özgürlük olduğunu açıkça belirten görüş için bkz. MEMİŞ KARTAL, Pınar, "Cinsel Saldırı", in: **Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar**, BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/MEMİŞ KARTAL, Pınar/ALTUNÇ, Sinan/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/ERMAN, Barış/EROĞLU ERMAN, Fulya/KURT, Gülşah/SINAR, Hasan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 469; ŞEN, Ersan/ MAVİŞ, Mert/ ŞAHİN, Buğra/ EFE, Enes/ SERDAR, Cem, **Cinsel Suçlar**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 21. Yar. CGK.'nın bir kararında da korunan hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yar. CGK., E.2022/317, K.2022/71, 08.02.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Öğretide cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki değer, cinsel dokunulmazlık olduğu belirtildikten sonra, cinsel saldırı suçunda mağdurun cinsel dokunulmazlığının vücuduna temas içeren cinsel davranışlarla ihlâl edildiği, dolayısıyla mağdurun cinsel özgürlüğünün korunduğu belirtilerek benzer bir saptamada bulunulmuştur. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 335-336. Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği bölüm başlığından hareketle korunan hukuki değer, cinsel özgürlük olduğu anlayışının kanuni bir dayanak kazandığı belirtilmek suretiyle dolaylı da olsa benzer bir saptamada bulunulduğu söylenebilir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 401. Bu suçla cinsel özgürlüğün yanı sıra kişilerin ar ve haya duyguları ile aile hayatının saygınlığının korunduğu konusunda bkz. SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 233-234.

- ³² Cinsel özgürlüğün kişiyi negatif yönden hukuka aykırı cinsel müdahalelerden koruduğu, bölüm başlığıyla cinsel özgürlüğün negatif yönünün öne çıkarıldığı belirtilmiştir. Bkz. YALÇIN SANCAR, s. 100.

- ³³ TANÖR, Bülent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", **İnsan Hakları**, Ed. Korkut TANKÜTER, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 48.

- ³⁴ Öğretide cinsel saldırıyı içeren suçların, "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" kısmında düzenlenmesinin yerinde olduğu belirtilmekle birlikte, cinsel özgürlüğü koruması nedeniyle "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümünde (TCK m.106 vd.) düzenlenmesinin daha uygun olacağı savunulmuştur. Bkz. CENTEL, s. 271; CENTEL/ZAHER, s. 231; TOROSLU/TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 62-63; TANER, s. 69. Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra, bu bölümde bazı yaş grupları yönünden cinsel özgürlüklerinden söz edilemeyecek çocukların cinsel istismarı suçuna (m.103) da sistematik olarak yer verilmesi daha uygun olduğu için suçun düzenlendiği bölüm ve bölüm başlığının isabetli olduğu kanısındayız. Karş. YOKUŞ SEVÜK, **Cinsel Saldırı**, s. 247. Cinsel suçların, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar kısmının Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar başlıklı Bölümünde düzenlenmesi yolundaki görüş için bkz. NUHOĞLU, Ayşe, "Türk Ceza Kanununda ve 2022 Tasarısında Cinsel Suçlar", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 613; YURTCAN, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, 3. Bası, TBB Yayınları, Ankara, 2018, s. 12.

Özgenç tarafından cinsel özgürlük ibaresine bilinçli olarak yer verilmediği, kişilerin cinsel arzularını tatmin amacıyla kuracakları ilişkilerde partnerinin fiziki ve ruhi gelişmişlik düzeyi, medeni hali gibi

B. Suçun Faili ve Mağduru

Cinsel saldırı suçu, herkes tarafından işlenebilir. Bu itibarla suçun faili, erkek veya kadın olabilir³⁵. Bununla birlikte suç, çok büyük bir çoğunlukla erkekler tarafından işlenmektedir³⁶.

Suçun çocuk tarafından işlenmesi de mümkündür. Buna karşılık suçun mağdurunun çocuk olması mümkün değildir. Zira mağdur çocuk olduğunda, işlenen suç çocukların cinsel istismarı olacaktır³⁷ (TCK m.103). Bilindiği gibi çocuk, onsekiz yaşını doldurmamış kişidir³⁸ (TCK m.6/1-b).

Suçun mağduru, yaşayan bir insan olabilir³⁹. Suç, dünyanın hemen her yerinde özellikle kadınlara karşı işlenmektedir⁴⁰. TCK m.102’de belirtilen hareketler, ölümler üzerinde gerçekleştirildiğinde “ölünün hatırasına hakaret” suçu oluşacaktır⁴¹ (TCK m.130/2).

TCK m.102’nin gerekçesinde belirtildiği gibi suç, fail tarafından farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir⁴².

doğal ve hukuksal sınırlamalara uymakla yükümlü oldukları; aksi takdirde cinsel arzuları tatmine yönelik fiilin hukuka aykırı olacağı, bununla birlikte her hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. ÖZGENÇ, **Cinsel Suçlar**, s. 260. Örneğin evli bir kişinin, eşi dışında akıl hastalığı bulunmayan yetişkin bir kimseyle rızaya dayalı cinsel birlikteliği suç teşkil etmez. Ancak bu birliktelik, evli kişi açısından Türk Medeni Kanunu m.185/3’te öngörülen sadakat yükümlülüğünü ihlal eder ve m.161’e göre zina boşanma sebebi teşkil edebilir. Bkz. 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Kanun. RG 08.12.2001, S. 24607.

³⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 402; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 376; MEMİŞ KARTAL, **Cinsel Saldırı**, s. 471; ALŞAHİN, s. 862.

³⁶ TANER, s. 98.

³⁷ CENTEL, s. 272; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 378; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 368; MEMİŞ KARTAL, **Cinsel Saldırı**, s. 471; TANER, s. 89; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 342; KORKUSUZ, Gülşah, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **İÜHFİM**, Y. 2013, C. LXXI, S. 1, s. 825. Cinsel istismar suçuyla ilgili ayrıntılı bir bilgi için bkz. MEMİŞ KARTAL, Pınar, **Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı**, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 5 vd.

³⁸ Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 765 sayılı TCK m.416/1’da ise suçun mağduru, “onbeş yaşını bitiren bir kimse” olarak gösterilmişti. Buna uygun olarak çocuğun cinsel istismarı suçunun düzenlendiği m.414 ve m.415’te de suçun mağduru, “onbeş yaşını bitirmeyen bir küçük” olarak gösterilmişti.

³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 402; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 377; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 369; TANER, s. 87; ÜNVER, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, in: **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu**, 1. Baskı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, s. 297; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 342; ALŞAHİN, s. 863.

⁴⁰ MEMİŞ KARTAL, Pınar, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu” **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Ed. Nur CENTEL, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 87; KORKUSUZ, s. 826.

⁴¹ SOYASLAN, **Özel Hükümler**, s. 236; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 377; TANER, s. 87; ÜNVER, **Cinsel Dokunulmazlığa**, s. 297; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 342; ALŞAHİN, s. 863.

⁴² Gerekçe için bkz. YALVAÇ, s. 250; ÜNVER, **Cinsel Dokunulmazlığa**, s. 297; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 342; YURTCAN, s. 12.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi mümkündür (TCK m.102/2, cümle 2). Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için Türk Medeni Kanunu gereğince geçerli bir evlilik birliği bulunmalıdır⁴³. Eşlerin ayrı yaşamaları veya haklarında ayrılık kararı verilmesinin bir önemi bulunmamaktadır, önemli olan Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik birliğinin devam etmesidir⁴⁴. Kanunkoyucu suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenebileceğini açıkça düzenlemiş; ancak suçun temel şekli bakımından böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu itibarla suçun temel şeklinin eşler arasında işlenemeyeceği; dolayısıyla eşlerin suçun temel şeklinin faili veya mağduru olamayacağının kabul edilmesi uygun olacaktır⁴⁵.

Kanunkoyucu tarafından suçun temel şeklinin takibi şikâyeteye bağlı kılınmıştır (TCK m.102/1, cümle 1). Suçun temel şeklinin takibi şikâyeteye bağlı olduğuna göre, daha az cezayı gerektiren nitelikli halin takibinin evleviyetle şikâyeteye bağlı olduğu kabul edilmelidir⁴⁶. Böylelikle açıkça belirtilmese de mağdurun soruşturma ve kovuşturma nedeniyle yaşayabileceği olası sakıncalar önlenmek istenmiştir⁴⁷. Bu amacın, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda belirgin olduğu belirtilmiştir⁴⁸. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin arz ettiği vahamet nedeniyle bu nitelikli halin takibi, şikâyeteye bağlı kılınmamıştır; dolayısıyla re'sen kovuşturulacaktır⁴⁹. Ancak bu nitelikli hal, eşler arasında işlendiği takdirde, suçun takibi yine şikâyeteye bağlı kılınmıştır (TCK m.102/2, cümle 2).

⁴³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 402; TANER, 97; BAYTAZ, Abdullah Batuhan, "Kanun Madde Gereçlerinin Normların Yorumlanmasındaki Rolü ve Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi", *SDÜHFD*, Y. 2025, C. 15, S. 1, s. 226-227; DURSUN, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", s. 65. Öğretide dini nikahla veya karı-koca gibi birlikte yaşayan kişilerin de eş olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 378.

⁴⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 402.

⁴⁵ YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 368, YOKUŞ SEVÜK, *Cinsel Saldırı*, s. 260; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 403; ALŞAHİN, s. 862. Aksi görüş için bkz. ÜNVER, *Cinsel Dokunulmazlığa*, s. 298; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 330; TANER, s. 96; BAYTAZ, s. 235 vd.; DURSUN, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", s. 65-66. Suçun temel şeklinin, boşanma aşamasındaki eşler için de suç teşkil ettiğine dair açık düzenleme yapılması; aksi takdirde kişinin, eşine karşı "cinsel köle" haline getirileceği konusunda bkz. ALŞAHİN, s. 862.

⁴⁶ Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 455; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 402; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 409; ALŞAHİN, s. 879.

⁴⁷ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 607. Suçun toplumu da yakından ilgilendirdiği, bu nedenle re'sen kovuşturulmasının uygun olacağı görüşü için bkz. YURTCAN, s. 13.

⁴⁸ PEHLİVAN, Ali, *Kovuşturmanın Mecburiliği İlkesi ve Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararları*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 61.

⁴⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 455; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 402.

C. Suçun Temel Şekli ile Nitelikli Halleri⁵⁰

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölümünde yer verilen ilk suç, cinsel saldırdır. “Cinsel saldırı” başlıklı TCK m.102/1’e göre “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” Alıntılanan hükümden anlaşılacağı üzere suçun temel şekli, “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi” biçiminde tanımlanmıştır (TCK m.102/1, cümle 1). Cinsel davranış, sarkıntılık düzeyinde kaldığında suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali oluşacaktır⁵¹ (TCK m.102/1, cümle 2). Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali⁵², TCK m.102/2’de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca “Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği ve yukarıda alıntılanan 5237 sayılı TCK m.102/1’den anlaşılacağı üzere suç tanımında, “cinsel davranış” kavramı esas alınmıştır⁵³. Cinsel davranış, cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik harekettir⁵⁴. Cinsel davranışa, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini düzenleyen TCK m.102/2’de açıkça yer verilmemiş olsa da hükmün lafzı esas alındığında, birinci fıkrada yer verilen cinsel davranışın gerçekleştirme biçiminden dolayı daha ağır bir yaptırım öngörüldüğü anlaşılmaktadır⁵⁵. 5237 Sayılı TCK’da cinsel saldırı suçu, cinsel davranış esas alınarak tanımlandığı için 765 Sayılı TCK’da kullanılan “ırza geçme” (m.414/1, m.416/1), “ırz ve namusa

⁵⁰ TCK’da, suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri kavramı kullanılmıştır (TCK m.43/1, cümle 3). Ancak suçun temel şekli ile nitelikli şekilleri biçimindeki kullanımın, anlaşılmayı zorlaştıracığı düşüncesindeyiz. Bu itibarla suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekli yerine, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hali tercih edilmiştir. Nitekim kanunkoyucu da aynı tercihte bulunmuştur (TCK m.61/4). Öğretide de aynı kullanımın benimsendiği görülmektedir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 340, 344; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 387, 393.

⁵¹ 765 Sayılı TCK’da yer alan “sarkıntılık” (m.421) bağımsız bir suç olarak düzenlenmesine karşılık, sarkıntılık kavramına 5237 sayılı TCK’da başlangıçta yer verilmemiştir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 423. Ancak sarkıntılık, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun m.58-59 ile TCK m.102/1 ve m.103/1’e eklenmiş ve suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak öngörülmüştür. RG 28.06.2014, S. 29044.

⁵² Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin, daha sonra değinileceği üzere ayrı bir suç teşkil ettiği yolunda görüşlere de rastlanmaktadır. Örneğin bkz. CENTEL, s. 275.

⁵³ Cinsel davranış, cinsel suçların “omurgası” olarak nitelendirilmiştir. TANER, s. 85.

⁵⁴ CENTEL, s. 273. Cinsel davranış kavramıyla ilgili ayrıntı açıklamalar için bkz. TANER, s. 99 vd.

⁵⁵ TOROSLU, Haluk, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, **AÜHFD**, Y. 2023, C. 72, S. 1, s. 437. Nitelikli hallerin büyük bir kısmının, fiilin işleniş şekline kaynaklandığı konusunda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 145.

tasaddi” (m.415, m.416/2) kavramlarına yer verilmemiştir. Belirtelim ki “ırz ve namusa tasaddi” denilmiş ise de ırz ve namus aynı anlama gelmektedir⁵⁶. Irza geçme ve ırza tasaddi⁵⁷ kavramlarına yer verilmemesinden anlaşılabacağı üzere cinsel saldırı suçu değişik bir perspektifle düzenlenmiştir⁵⁸. Bu sayede suç teşkil edebilecek hareketler genişletilerek daha etkin bir hukuki koruma sağlanmıştır⁵⁹.

Sarkıntılık kavramının 5237 sayılı TCK m.102/1’e eklenmesinden sonra⁶⁰; 765 sayılı TCK’da yer alan “ırz ve namusa tasaddi”, cinsel saldırı suçunun temel şekline (TCK m.102/1, cümle 1); “sarkıntılık” daha az cezayı gerektiren nitelikli haline (TCK m.102/1, cümle 2), “ırza geçme” ise daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline (TCK m.102/2) karşılık gelmektedir⁶¹.

Suçun temel şekli ile nitelikli hallerinin oluşumuna ilişkin açıklamalar, suça teşebbüs hükümleri tek başına uygulanabilir olmadığı için bunlara teşebbüs ile birlikte yapılacaktır.

D. Mağdurun Rızasının Yokluğunun Suçu Karakterize Etmesi

Cinsel saldırı suçunu düzenlendiği TCK m.102’de; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer nedenlere unsur olarak yer verilmemiştir⁶². Cinsel saldırı

⁵⁶ DEVELİOĞLU, s. 396, 805. Irzın, erkeğe ait bir değer olduğu; ancak kadın üzerinden tanımlandığı belirtilmiştir. YALÇIN SANCAR, s. 103.

⁵⁷ Tasaddinin anlamı, bir işe girişme, başlamadır. DEVELİOĞLU, s. 1035.

⁵⁸ Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 397; DURSUN, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, s. 59.

⁵⁹ TANER, s. 72-73.

⁶⁰ Sarkıntılık kavramına 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten yaklaşık on yıl sonra yer verilmesi, 765 Sayılı TCK’da yer alan birçok hükmün kazuistik nitelikte olduğu için alınmadığı yolundaki yaklaşımın (bkz. dn. 25) bazı suçlar bakımından yerinde olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte sarkıntılık kavramının, 765 sayılı TCK’nın ilk şeklinde de yer almadığı, bu kavramın 08.06.1933 tarihli kanunla TCK m.421’e eklendiği belirtilmelidir. Bkz. 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı Kanun. RG 20.06.1933, S. 2432.

⁶¹ Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 229-230; TANER, s. 72-73.

⁶² CENTEL, s. 273.

5237 Sayılı TCK’da cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekline karşılık gelen 765 sayılı TCK m.416/1’de “On beş yaşını bitiren bir kimsenin **cebiri** ve **şiddet** veya **tehdit** kullanmak suretiyle ırzına geçen veya **akıl** veya **beden hastalığından** veya **kendi fiilinden başka bir sebepten** veya **kullandığı hileli vasıtalarla** dolayı **fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan** bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır” denilmiştir (vurgu tarafımızca yapılmıştır). Cinsel saldırı suçunun temel şekline karşılık gelen 765 sayılı TCK m.416/2’de de “**Yine bu suretle** ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur” hükmüne yer verilmişti (vurgu tarafımızca yapılmıştır).

TCK m.102’nin gerekçesinde; cinsel saldırı suçunu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirildiği, mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılması mümkün olduğu, yine mağdurun bilincinin yitirilmesine neden olunması veya uyku hali gibi bilincinin kapalı olmasından yararlanılarak suçun (gerekçede suçların denilmiştir) işlenmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Cebir, tehdit, hile veya

suçunu düzenleyen hükümde, açıkça rıza kavramına yer verilmemiş ise de rızanın varlığı halinde suçun oluşmayacağı açıktır⁶³; çünkü rızanın varlığı halinde vücut dokunulmazlığının ihlalinin söz edilemez. Fail tarafından kendisine yönelik cinsel davranış gerçekleştirilen kişinin, bu davranışa rızası bulunmadığında suç oluşacaktır. Bu itibarla cinsel davranışa maruz kalan mağdurun “rızasının yokluğu” suçu karakterize etmektedir⁶⁴. Suçla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık ve buna bağlı olarak cinsel özgürlük olması, kişinin cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi nedeniyle cinsel davranışa gösterilen rıza suçun hukuka aykırılık unsurunun oluşmasını engelleyecektir⁶⁵ (TCK m.26/2). Cinsel davranışa gösterilen rıza, rıza gösterme yeteneğine sahip bir kişi tarafından açık veya örtülü bir şekilde cinsel davranıştan önce veya cinsel davranış işlendiği sırada açıklanmalıdır⁶⁶. Bu nedenle cinsel davranış gerçekleştirildikten sonra gösterilen rıza, suçun oluşmasını engellemez⁶⁷. Cinsel davranış, açıklanan rızaya uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir⁶⁸.

iradeyi etkileyen diğer nedenler kavramı için bkz. CENTEL, s. 274; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 408-414; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 369 vd.; TANER, s. 122 vd.

⁶³ TANER, s. 128; AKBULUT, Berrin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, **CHD**, Y. 2019, S. 40, s. 269.

⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 406; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 380; TANER, s. 128-130. Yar. CGK., E.2019/16, K.2021/281, 15.06.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında da “Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için eylem, mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmelidir. Başka bir ifadeyle cinsel saldırı suçunda, mağdurun iradesi esas alınmakta olup irade dışında gerçekleştirilen eylemler anılan suçu oluşturmaktadır” denilerek mağdurun rızasının önemi vurgulanmıştır.

⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 442; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 156; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 359; CENTEL, s. 276; CENTEL/ZAFER, s. 244; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 382. Öğretide cinsel davranışa gösterilen rızanın, tipikliği kaldırıldığına dair görüşler de bulunmaktadır. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 350; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 380-381, 386; TANER, s. 197; AKBULUT, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, s. 269; EKİCİ ŞAHİN, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 102; DURSUN, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, s. 63; ALŞAHİN, s. 876. Rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde, rıza konusunda düşülen hatanın TCK m.30/3 uyarınca “kaçınılmaz” olması kaydıyla failin bundan yararlanabileceği; rızanın tipikliği kaldırıldığının kabulü halinde ise failin kendi kusuruyla dahi olsa rıza konusunda düşüldüğü hatanın TCK m.30/1 gereğince kastı ortadan kaldırması nedeniyle failin beraat etmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 442.

⁶⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 156; ZAFER, s. 408-409; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 335-337. Rıza gösterme yeteneğiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 132 vd.

⁶⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 156; TANER, s. 198. Cinsel davranış gerçekleştirildikten sonra gösterilen rızanın suçun oluşmasını engellemeyeceği yerinde olmakla birlikte, bu takdirde ortada bir suçun varlığının işlendiğinin öğrenilmesi ve kovuşturulması pek de mümkün olmayacaktır; çünkü cinsel saldırı suçu, daha az cezayı gerektiren nitelikli hali hariç, genellikle 3. kişilerin bulunmadığı ortamlarda işlenmektedir. Ayrıca suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren nitelikli hali ve eşe karşı işlenen daha ağır cezayı nitelikli halinin takibi şikâyeteye bağlı kılınmıştır.

⁶⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 351; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 442; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 359; CENTEL, s. 276; CENTEL/ZAFER, s. 245; TANER, s. 201. Bu durum, TCK m.26/2’de kişinin “açıkladığı rızası çerçevesinde” tamlamasıyla ifade edilmiştir.

Mağdurun rızasının yokluğunun suçun oluşumu için yeterli kabul edilmesi-ne karşın, karşılaştırmalı hukukta cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer nedenlere genellikle unsur olarak yer verildiği, bunlara unsur olarak yer veril-memesinin uygulamada sorun yaratabileceğine işaret edilmiştir⁶⁹. Nitekim uygu-lamada üzerinde durulan başlıca konulardan birinin rızanın varlığı veya yoklu-ğuna ilişkin olduğu, mağdurların çoğu kez başlangıçta rızalarının bulunmadığı yolunda beyanda bulundukları, daha sonra çeşitli nedenlerle beyanlarını değiştirdikleri, bu durumun suçun işlenip işlenmediğine dair karar verecek olan mah-kemelerin işini güçleştirdiği belirtilmiştir⁷⁰.

E. Suçun Manevi Unsuru

Cinsel saldırı suçu, kasten işlenebilir. Bu suçun taksirli şekli öngörülmemiştir (TCK m.22/1). Suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir⁷¹. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesi ve istenmesidir (TCK m.21/1, m.30/1). Bilindiği gibi kastın bilme unsurunun kapsamı, isteme unsurundan daha geniştir. Fail; cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik cinsel davranı-şı, mağdurun onsekiz yaşından büyük olduğunu, mağdurun rızasının yokluğunu ve beden temasını bilmeli; cinsel davranış ve beden temasını istemelidir⁷².

Öğretideki bir görüşe göre suçun gerek temel şekli gerekse nitelikli halleri için genel kastın varlığı yeterlidir⁷³. Suçun oluşumu için gerçekleştirilen hareket, objektif olarak cinsel nitelik taşımalıdır⁷⁴; dolayısıyla özel kast aranmaz⁷⁵. Bir

⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 407.

⁷⁰ CENTEL, s. 276. Uygulamada rızanın; Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi m.36/2'de yer alan "Rıza, mevcut koşulları de-ğerlendiren kişinin hür iradesinin sonucunda isteğe bağlı olarak verilmelidir" hükmüne göre daha geniş yorumlandığı konusunda bkz. NUHOĞLU, Ayşe, "İstanbul Sözleşmesi ve Cinsel Suçlar", **II. Uluslara-rası Kadın ve Hukuk Sempozyumu**, Ed. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA, Necdet BASA, Ankara, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 988. Anılan Sözleşme, Ülkemiz bakımından 01.07.2021 tarihinde sona ermiştir. Bkz. RG 20.03.2021, S. 31429 ve RG 30.04.2021, S. 31470.

⁷¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 439; CENTEL, s. 277; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Özel Hükümler**, s. 348; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 381.

⁷² Karş. AKKAYA, Çetin, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 132. Yar. CGK.'nın 03.05.2023 tarihli kararında da "Cinsel saldırı kasten işlenebilir ve failin kas-tının suçun kanuni tanımındaki tüm unsurları, yani mağduru, cinsel davranışı, vücut dokunulmazlığının ihlalini ve mağdurun rıza göstermediğini kapsaması gerekir" denilmiştir. Yar. CGK., E.2021/418, K.2023/248, 03.05.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 439-440; CENTEL, s. 277; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Özel Hüküm-ler**, s. 347; ÜNVER, **Cinsel Dokunulmazlığa**, s. 299.

⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 441; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 381; TANER, s. 119.

⁷⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 441; ÜNVER, **Cinsel Dokunulmazlığa**, s. 299. Özel kastın arandığı yolundaki görüş için bkz. YOKUŞ SEVÜK, **Cinsel Saldırı**, s. 252; KESKİN-KİZİROĞLU, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", s. 1001; MEMİŞ KARTAL, **Cinsel**

başka görüş, suçun temel şekli bakımından genel kastın varlığını kabul etmekle birlikte, failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gerektiği yolundadır. Suçun temel şekli ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hali bakımından, gerçekleştirilen hareketin cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik olmasının aranması, bu tür hareketlerin kasten yaralama, hakaret gibi suçlardan ayrılmasını sağlayacaktır⁷⁶. Ancak bu görüş, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali için failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesinin gerekmediğini, gerçekleştirilen hareketin cinsel motifli olmasının yeterli olduğunu kabul etmektedir⁷⁷. Anılan görüş, cinsel motifle ilgili belirtişi hariç, gerekçeyle uyumludur⁷⁸.

Öğretideki bir başka görüş ise, suçun hem temel şekli hem de daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali için failin cinsel amaçlı veya cinsel arzularını tatmine yönelik olarak hareket etmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁹. Kanımızca da genel kast suçun oluşumu için yeterli olmakla birlikte; suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali dahil olmak üzere gerçekleştirilen hareketler, cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik olmalıdır; çünkü suç, “cinsel davranış” esas alınarak tanımlanmıştır⁸⁰. Cinsel sözcüğünün, tensel ve sek-süel anlamı da dikkate alındığında, gerçekleştirilen hareketlerin cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik olması gerektiği kanısındayız. Manevi unsurla ilgili farklı görüşlere yol açan suç tanımının isabetli olmadığı belirtilmiştir⁸¹.

Saldırı, s. 476-477. TCK m.102/1’de düzenlenen suçun temel şekli ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hali yönünden özel kastın aranması gerektiği; ancak suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali yönünden özel kastın aranmayacağı yönünde bkz. ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN/EFE/SERDAR, s. 73-75; MEMİŞ KARTAL, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu” s. 105-106.

⁷⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 349-350; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 384-385; ALŞAHİN, s. 875-876. Aksi takdirde günlük yaşamda yanlış anlamalar ve çekişmelerin yaşanabileceği konusunda bkz. ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN/EFE/SERDAR, s. 74.

⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 349-350; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 384-385; ALŞAHİN, s. 876.

⁷⁸ TCK m.102’nin gerekçesinde, suçun temel şekli bakımından cinsel arzuların tatmini amacına yönelik davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerektiği; ancak failin cinsel arzularının tatmin edilmiş olmasının gerekmediği; daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal yönünden davranışın, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmasının gerekmediği belirtilmiştir. Gerekçe için bkz. YALVAÇ, s. 250-251.

⁷⁹ TOROSLU/TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 64-66.

⁸⁰ YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 377.

⁸¹ CENTEL, s. 277.

II. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN TEMEL ŞEKLİ VE NİTELİKLİ HALLERİNE TEŞEBBÜS

Giriş kısmında belirtildiği gibi suça teşebbüs hükümleri, tamamlayıcı veya yardımcı norm niteliğindedir. Suça teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için kasıtlı suç tanımına uygun hareketlerin icrasına başlanılmalıdır. Tamamlanmış suç ile tamamlanmamış suçun icra hareketleri aynıdır⁸². Tamamlanmamış suçta icra hareketleri, failin elinde olmayan nedenlerle ya tamamlanamaz ya da tamamlanmasına rağmen istenilen netice gerçekleşmez. Suça teşebbüse ilişkin hükümler, tek başına uygulanabilir olmadığı için tamamlanmış suçun temel şekli ile nitelikli hallerine ilişkin kısaca bilgi verilecek ve bunlara teşebbüse ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Bu açıklamalardan önce cinsel saldırı suçuna teşebbüste failinin kastının önemi ortaya konulacaktır.

A. Cinsel Saldırı Suçuna Teşebbüste Failin Kastının Önemi

TCK m.35 uyarınca suça teşebbüsten söz edilebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Suça teşebbüsün koşulları kısaca şunlardır⁸³:

- Failin suç işleme kastı bulunmalıdır. Bu itibarla sadece kasten işlenen suçlara teşebbüs mümkündür; dolayısıyla taksirli suçlara teşebbüs olmaz⁸⁴. Bu koşul, suça teşebbüse ilişkin hükümde “işlemeyi kastettiği bir suçu” ibaresiyle ortaya konulmuştur. Anılan ibarede suçun önünde yer alan “bir” sayısından anlaşıldığı üzere failin kastının, belli bir suça yönelik olması gerekir⁸⁵.
- Fail tarafından elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmalıdır. Bu koşul, “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp” şeklinde ifade edilmiştir.
- Suç, engel nedenlerle tamamlanamamalıdır. Suçun tamamlanamaması, failin iradesi

haricindeki nedenlerden kaynaklanmalıdır. Hükümde yer alan “elinde olmayan nedenlerle tamamlanamazsa” ibaresi bu koşula işaret etmektedir. Suç,

⁸² TOSUN, s. 240.

⁸³ ZAFER, s. 499 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 420 vd. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. dn. 88’de anılan kararlar.

⁸⁴ TOSUN, 234; DEMİRBAŞ, s. 496; ZAFER, s. 512; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 420; KARAKEHYA, s. 208.

⁸⁵ ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 557. 765 Sayılı TCK’da eksik teşebbüsün düzenlendiği m.61’de de “işlemeyi kasdeylemediği bir cürmü” denilmiştir.

failin iradesine bağlı olarak tamamlanmamış ise gönüllü vazgeçme sözkonusu olacaktır (TCK m.36).

Cinsel saldırı suçu, sırf hareket suçudur. Bu itibarla suçun tamamlanması için netice aranmaz⁸⁶. Suç, yaşayan herhangi bir insan olan mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışların gerçekleşmesiyle işlenebilmektedir. Cinsel davranış veya davranışların, mağdurun rızası olmaksızın bedenine temas etmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bedensel temas içeren cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik her davranış, suçun oluşmasını sağlayabilir. Örneğin cinsel arzuları tatmine yönelik olarak elle ya da şemsiye⁸⁷ veya baston gibi bir araçla ve sadece bir kez dahi mağdurun bedenine temas edilmesi, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturur. Suçun, bağlı hareketli suç olarak tanımlandığı düşünülse bile, suçu oluşturabilecek hareketler kolaylıkla gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca bu harekete bağlı olarak bir neticenin meydana gelmesi gerekmez. Aşağıda belirtileceği üzere bedene temas, belirli bir süreklilik arz edip yoğunluğa vardığında suçun temel şekli oluşacaktır. Mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulduğunda ise, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşacaktır. Bu itibarla cinsel saldırı suçuna ilişkin birçok olayda, kural olarak teşebbüsün en tartışmalı koşulu olan elverişli hareketlerle icraya başlanıp başlanılmadığının tartışılması gerekmemektedir⁸⁸. Dolayısıyla hazırlık

⁸⁶ ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 348; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 420. Neticesiz suç olmayacağını kabul eden görüş tarafından “neticesi harekete bitişik suç” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. CEN-TEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 269; TOSUN, 244; ZAFER, s. 242-243.

⁸⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 344.

⁸⁸ Karş. ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 406-407. Benzer yönde bkz. KORKUSUZ, s. 839. Yar. CGK., E.2022/80, K.2022/787, 08.12.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında; hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımıyla ilgili teorik yönden isabetli açıklamalar yapılmakla birlikte, bu ayrımın somut olayla ilişkilendirilmediği görülmektedir. Somut olayda suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edildiği sonucuna varılırken tarafımızca aşağıda belirtileceği üzere sanığın kastı esas alınmıştır:

“... sanığın nitelikli cinsel saldırı kastını ortaya koyan açık bir sözü bulunmasa dahi fiili işleme tarzı, olay sırasında mağdurun elbiselerinin tamamını çıkartması, üzerindeki pantolon ve külotu da dizlerine kadar indirip mağdurun arkasına geçmesi şeklindeki dış dünyaya yansıyan eylemlerinin, **vücudu organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu**, ancak sanığın tanık ...’in olay yerine gelmesi nedeniyle elinde olmayan nedenlerle vücuda organ sokma eylemini gerçekleştirmediği ve bu yönde tam bir tıbbi tespit yapılamadığı anlaşıldığından, sanığın mağdura yönelik eyleminin bir bütün hâlinde teşebbüs aşamasında kalan nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir” (vurgu tarafımızca yapılmıştır). Yar. CGK., E.2019/144, K.2022/162, 10.03.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında da hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımıyla isabetli teorik açıklamalar yapılmış; ancak bu açıklamalar somut olayla ilişkilendirilmemiş, sanığın kastı esas alınarak suçun temel şeklinin işlendiği sonucuna varılmıştır.

Yar. CGK., E.2019/36, K.2019/675, 28.11.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında failin kastı esas alınarak suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edildiği sonucuna varılmıştır:

“Sanığın olay tarihinde yalnız olan katılan mağdurenin evine sabaha karşı zorla girmesi, direnmesine karşın katılan mağdureyi kanepeye yatırması, bir yandan katılan mağdureyi öpmeye çalışırken bir yandan

hareketi-icra hareketi ayrımının tartışılmasına birçok olayda gerek bulunmadığı gibi hareketin elverişli olup olmadığının belirlenmesi kapsamında suçta kullanılan aracın ve maddi konunun elverişliliğinin belirlenmesine de birçok olayda gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte suçun yaşayan bir insana karşı işlenmesi gerektiği için failin farkında olmayarak ölmüş bir kişiye karşı cinsel davranışlarda bulunması gibi uç olasılıklarda, suçun maddi konusunun mevcut ol-

da elbiselerini çıkarmaya çalışması ve katılan mağdurenin eline bıçağı alarak kuvvetli bir mukavemet göstermesi üzerine eylemine bu engel durum nedeniyle son vermek zorunda kalması, sanığın Mahkemede katılan mağdurenin kendisi ile cinsel ilişkiye girmek istediğini söylediği fakat kendisinin kabul etmediği şeklindeki savunması karşısında; sanığın nitelikli cinsel saldırı kastını ortaya koyan açık bir sözü bulunması bile fiili işleme tarzı, katılan mağdurenin elbiselerini çıkarmaya çalışması, katılan mağdureyi avludan içeriye sokup kanepeye yatırması şeklindeki dış dünyaya yansıyan eylemlerinin **vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı kastını ortaya koyduğu anlaşıldığından**, sanığın eyleminin bir bütün hâlinde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs olduğunun kabulü gerekmektedir (vurgu tarafımızca yapılmıştır).

Yar. CGK., E.2019/500, K.2021/250, 02.06.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında ise, failin suç kastının suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli halini kesin olarak ortaya koyduğu kabul edilmiş; ancak suçun icra hareketlerinin başlamadığı sonucuna varılmıştır:

“Sanığın hareketinin, TCK’nın 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçu yönünden kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmış ise de icra hareketlerine başlanılmadığından, niteliği itibarıyla hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi gerekeceğinin, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilmesi için icrai hareketlerden birinin yapılmasının gerektiğinin ancak sanığın bu kapsamda nitelikli cinsel saldırı suçuna yönelen icrai bir hareketinin bulunmadığının, nitelikli cinsel saldırı suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığının, sanığın mağdureye karşı temas içermeyen, sözlü olarak cinsel ilişki teklifinde bulunma şeklinde gerçekleşen eylemlerinin ise TCK’nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.”

Somut olayın koşulları dikkate alındığında, icra hareketlerinin başlamadığı yolunda varılan sonuç tartışmaya açıktır:

“Olay tarihinde gece saat 03.30-04.00 sıralarında sanığın alkollü bir şekilde mağdurenin evinin önüne geldiği, mağdure ile oğlu tanık Metin’i uyandıracak şekilde evin camına vurduğu, bunun üzerine uyanan mağdureye cinsel ilişki teklif ettiği, mağdurenin reddetmesi üzerine sanığın mağdurenin evinin yanında bulunan binadan mağdurenin evinin teras bölümüne geçtiği ve terastan da eve girdiği, mağdurenin kaldığı oda kapısının yer aldığı koridor kısmına girerek evin iç kapısını zorlamaya başladığı, mağdureye hitaben “Orospu, başkaları ile düşüp kalkıyorsun. Benimle de beraber olacaksın. Benimle ilişkiye girmezsen başkalarıyla yatıp kalktığını köyde herkese anlatırım.” şeklinde beyanlarda bulunduğu, devamında kapının kırılan camı yerine kontrplak ile kapatılan kısmını kırarak kolunu içeri sokup kapıyı açmaya çalıştığı, bu sırada mağdurenin bıçak ile sanığı kolundan yaralaması üzerine sanığın bulunduğu yerden kaçtığı” kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi eve girme teklifi reddedilen sanık; mağdurenin evine terastan girmiş, evin içinde ilerlemiş, en son mağdurenin bulunduğu odanın koridorunun kapısının kontrplak kısmını kırmış, kapıyı kırdıktan sonra arkadan açacağı esnada mağdure tarafından kolu bıçaklanınca kaçmıştır. Sanığın kolu mağdurece bıçaklanması idi, kapıyı açacak ve kastı doğrultusunda hareketlerine devam edecekti. Sanığın hareketlerine devam edeceği yolundaki varsayım yadırganmamalıdır; çünkü suça teşebbüste sorumluluk belirlenirken daima varsayımsal yargıda bulunmaktadır. Bkz. TOROSLU, s. 433; SÖZÜER, s. 212-213. Bu nedenle sanığın hareketleri, TCK m.35’in gerekçesinde belirtildiği gibi işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunmaktadır; dolayısıyla suçun nitelikli halinin icrasına başlanılmıştır. Benzer yönde bkz. ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, DEÜHF, Y. 2022, S. 2, s. 644-645. Şayet mağdurenin evi, kapısı da dahil olmak üzere, korunaklı ve dışarıdan girilemez nitelikte olsa idi, fail tarafından gerçekleştirilen hareketler, elverişli olmayacak; dolayısıyla teşebbüsün elverişli hareketlerle suçun icrasına başlama koşulu gerçekleşmeyecekti.

madığı açıktır; çünkü cinsel saldırı suçunda suçun maddi konusu, cinsel davranışların yöneltildiği kişidir⁸⁹. Suçun maddi konusu mevcut olmadığında, işlenmesi kastedilen suça teşebbüsten söz edilemeyecektir; bu takdirde işlenemez suçun⁹⁰ bulunduğu kabul edilmelidir⁹¹.

Öte yandan 765 sayılı TCK m.416/1’de olduğu gibi cinsel saldırı suçunun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli hali “ırza geçme” olarak kabul edilse idi, hareketin elverişliliği önem taşıyabilirdi. Anılan dönemde ırza geçmenin sadece erkek fail tarafından işlenebileceği kabul ediliyor; ırza geçme ise, “aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması” şeklinde tanımlanıyordu⁹². Bu itibarla erkek failin iktidarsız olup olmaması, hareketin elverişliliğinin belirlenmesinde rol oynamaktaydı⁹³.

Cinsel saldırı suçunun gerek temel şekli gerekse nitelikli halleri bakımından birçok olayda kural olarak teşebbüsün ikinci koşulunun tartışılmasının gerekmemesi, bu suça teşebbüste failin kastının önemini ortaya koymaktadır. Bu itibarla suçun temel şekline mi yoksa nitelikli hallerinden birisine mi teşebbüs edildiğinin saptanmasında belirleyici olanın, failin kastı olduğu söylenebilir. Teşebbüsün haksızlığıyla ilgili en önemli noktanın kast olduğu belirtilmiştir⁹⁴. Kastın varlığının, icra hareketlerine başlanmadıkça suça teşebbüs için yeterli olmadığı açık olmakla birlikte⁹⁵; cinsel saldırı suçunun oluşumu için yeterli kabul edilen cinsel davranışın gerçekleştirilmesinin kolaylığı nedeniyle bu suça ilişkin birçok olayda hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımı gündeme gel-

⁸⁹ Suçun maddi konusu ile mağdurunun aynı olduğu yolunda bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 155; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 339; TANER, s. 86. Suçun maddi konusunun, cinsel davranışa maruz kalan kişinin bedeni olduğunu savunan görüş konusunda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 379; AKKAYA, s. 31; ALŞAHİN, s. 864; KORKUSUZ, s. 826.

⁹⁰ İşlenemez suça ilgili ayrıntılı bir bilgi için bkz. KANTARCI, Nurullah, **İşlenemez Suç**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 25 vd.

⁹¹ ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 572-573; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 433; AYDIN, s. 100-101. Öğretide Zafer tarafından bu durumda suçun maddi konusunun mutlak elverişsiz olduğu belirtilerek benzer yönde açıklamalar yapılmıştır. Bkz. ZAFER, s. 509. Daha önce belirtildiği üzere TCK m.102’de belirtilen hareketlerin ölümler üzerinde gerçekleştirilmesi, “ölünün hatırasına hakaret” suçu teşkil edecektir. Bkz. yukarıda dn. 41.

⁹² CENTEL, s. 272; CENTEL/ZAFER, s. 228; NUHOĞLU, “Türk Ceza Kanununda ve 2022 Tasarısında Cinsel Suçlar”, s. 615. Bu tanımın eleştirisi için bkz. ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 394.

⁹³ Bu konudaki açıklamalar için bkz. DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 66; ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 406; NUHOĞLU, “Türk Ceza Kanununda ve 2022 Tasarısında Cinsel Suçlar”, s. 621.

⁹⁴ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 715.

⁹⁵ ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 562.

mez. Failin kastının kapsamı bakımından tamamlanmış suç ile teşebbüste kalmış suç arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır⁹⁶.

Kast, failin iç dünyasında meydana geldiği için belirlenmesinde güçlükler yaşanabilmektedir. Kişinin iç dünyasında meydana gelen kast, dışa yansıyan olgularla belirlenebilir. Yargıtay'ın ifadesiyle “Kişinin kastı iç dünyasında meydana geldiğinden niyet okuyuculuk yapılamayacağından kastını tespit için dış dünyaya yansıyan, olay öncesi, olay sırasında ve olay sonrasında gerçekleşen söz, davranış ve hareketlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir”⁹⁷. Bu itibarla failin kastının saptanması için somut olayın bütün koşulları, titizlikle belirlenmeli ve değerlendirilmelidir⁹⁸. Fail ile mağdur arasındaki ilişki, fail tarafından mağdura yönelik olarak gerçekleştirilen hareketlerin özellikleri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman, failin mağdura yönelik sözleri, fail ve mağdurdaki bulgular, gerekirse bu bulgularla ilgili beden muayenesi ve bilirkişi incelemesi yapılması, fail ve mağdurun olaydan sonraki davranışları gibi somut olayın bütün koşulları gözetilerek failin kastı belirlenmelidir⁹⁹. Bütün bunlara rağmen failin kastının cinsel saldırı suçuna yönelik olup olmadığı ya da suçun işlenip işlenmediği kesin olarak saptanamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraat kararı verilmesi uygun olacaktır¹⁰⁰ (CMK m.223/2-e). Yine failin kastının

⁹⁶ TOSUN, s. 240; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 352, 355; ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 557; DEMİRBAŞ, s. 497; SÖZÜER, s. 160-161; AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **AÜHFD**, Y. 2006, C. 55, S. 1, s. 87, 97.

⁹⁷ Yar. 6. CD., E.2023/19857, K. 2025/5601, 22.05.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁹⁸ ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 558, SÖZÜER, s. 168.

⁹⁹ Benzer yönde karşı. AKKAYA, s. 138-141.

Yar. CGK., E.2022/86, K.2023/36, 26.01.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında, somut olayın koşullarının gereği gibi değerlendirilmeyerek failin kastının bulunmadığı sonucuna varıldığı kanısındayız. Karara konu olayda sanık; katılanı susturmak için ağzını kapatmış, boynuna sarılarak yere yatırmaya çalışmış, katılanın direnmesi üzerine sanık korkup kaçmıştır. Belirtilen kabullere rağmen, sanığın cinsel arzularını tatmine yönelik iradesinin belirlenemediği, bu nedenle cinsel saldırı suçunun unsurlarının oluşmadığı sonucuna varılmıştır:

“Sanığın katılanı susturmak için ağzını kapatması, boynuna sarılarak yere yatırmaya çalışması, katılanın direnmesi üzerine sanığın korkup kaçması şeklindeki eylemde; sanığın katılanın erojen bölgelerine yönelik bir eylemi olmadığı gibi cinsel arzu tatminini amaçladığını gösterir bir söz de söylemediği, gece vakti konut dokunulmazlığını ihlal eden sanığın devamında neyi amaçladığının tespit edilemediği, sanığın dışa yansıyan davranışlarından cinsel arzu tatminine yönelik iradesinin belirlenemediği, sanığın eylemlerinin katılanın cinsel özgürlüğüne yönelik gerçekleşmediği, katılanın cinsel bütünlüğünün ihlal edilmediği anlaşıldığından, sanığa atılı basit cinsel saldırı suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı kabul edilmelidir.”

¹⁰⁰ Benzer yönde bkz. ve karşı. TANER, s. 274; AKKAYA, s. 142. Cinsel suçlarda ispatla ilgili bkz. BAKAKSIZ, Pınar/BAYZİT, Tuğba, “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Y. 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 379 vd.

Yar. CGK., E.2020/419, K.2023/14, 18.01.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararına konu olayda; vajinismus hastalığının tedavisi için kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan doktorun muayenehanesine tedavi için giden mağdurenin cinsel organına sanık hekim tarafından cinsel arzuları tatmin amacıyla organ sokulduğu iddiasıyla kamu davası açılmıştır. İlk derece mahkemesince sanığa isnad edilen fiil-

cinsel saldırı suçuna yönelik olduğu saptanmakla birlikte, bu kastın suçun temel şekline mi yoksa daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline mi yönelik olduğu tespit edilemediğinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu itibarla failin kastının, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline yönelik olduğu kesin olarak saptanamadığında, failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğu kabul edilmelidir¹⁰¹.

Cinsel saldırı suçuyla ilgili hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımının tartışılmasını gerektiren bir olayla karşılaşılması az da olsa olanak dahilindedir. Bu takdirde TCK m.35'te benimsenen maddi objektif teoriye göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁰². Anılan madde gerekçesinde belirtildiği gibi icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçütün kabulü, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına yol açabilir. Kastın varlığı, hazırlık hareketleri aşamasında da şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilir; dolayısıyla suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar bile suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Bu nedenle icra hareketlerinin başlangıcıyla ilgili “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü yerine, “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Böylelikle işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketler gerçekleştirildiğinde, suçun icrasına başlanılmış olacaktır¹⁰³. Suçun kanuni tanımındaki hareketin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığı kuşkusuzdur; ancak icra hareketlerinin başlangıcıyla ilgili anılan şekli objektif teori ile yetinilemez¹⁰⁴; böylesi bir durumda icra hareketlerinin oldukça geç bir aşamada başladığı kabul edilecek, birçok fail suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır¹⁰⁵. Ayrıca işlenmek

lin sabit olduğu sonucuna varılarak mahkûmiyet kararı verilmiştir. Temyiz kanun yoluna başvurulmuş ve Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından kararın bir oy farkla onanmasına karar verilmiştir. Onama kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz edilmiştir. Yar. CGK. tarafından somut olayın bütün koşulları ve dosyadaki deliller gereği gibi değerlendirilmek suretiyle sanık hakkında şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Anılan karar, gerekçeli karar hakkına örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

¹⁰¹ TANER, s. 274; AKKAYA, s. 142.

¹⁰² KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 426; ZAFER, s. 504; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Genel Hükümler**, s. 680-681; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 464; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 727-728; ÖZEN, **Genel Hükümler**, s. 899.

¹⁰³ TCK m.35'in gerekçesi için bkz. YALVAÇ, s. 142-143. Yokuş Sevük tarafından işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin, icra hareketi olduğu açıkça belirtilmiştir. YOKUŞ SEVÜK, **Cinsel Saldırı**, s. 253. Önder de suçla korunan hukuki değerle doğal ilişki içinde bulunan hareketlerin yapılmasıyla birlikte ırza geçme suçunun (daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal) icra hareketlerinin başlayacağı görüşündedir. ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 407.

¹⁰⁴ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 728; ZAFER, s. 502, 504.

¹⁰⁵ ZAFER, s. 504.

istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketin gerçekleştirilmesi, suçun maddi konusu ve suçla korunmak istenen hukuki değerle ilgili tehlike yaratır¹⁰⁶. Bu nitelikteki bir hareket de maddi objektif teori gereğince icra hareketi olarak kabul edilecektir¹⁰⁷.

Öğretide gerçekleştirilen hareketin; işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içeren hareket olup olmadığının, genel yaşam deneyimleri ve olayların olağan akışına göre belirlenmesi önerilmektedir¹⁰⁸. Bu belirleme, ex ante; yani fiilin işlendiği anda bilinen olaylara göre yapılacaktır¹⁰⁹. Suça teşebbüste sorumluluk belirlenirken daima varsayımsal yargıda bulunmaktadır¹¹⁰. Anılan öneri, serbest hareketli ve neticeli suçlarla ilgili yapılmıştır. Ancak bu önerinin, inceleme konusu suç bakımından da dikkate alınabileceği kanısındayız¹¹¹. Cinsel saldırının, bağlı hareketli suç olarak tanımlandığı düşünülse bile, suç tanımında gösterilen cinsel davranışın gerçekleştirilmesindeki kolaylık nedeniyle suç, serbest hareketli suçla benzerlik göstermektedir. Dahası suç, sırf hareket suçudur. Bu itibarla serbest hareketli ve neticeli suçlarla ilgili yapılan öneri, cinsel saldırı suçu bakımından da dikkate alınabilir. Ancak özellikle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkin Yargıtay kararlarında, somut olayın koşulları zaman zaman gereği gibi değerlendirilmemektedir. Bu nedenle failin kastının suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkin olmadığı ve somut olayla herhangi bir ilişkilendirme yapılmaksızın icra hareketlerinin başlamadığı sonucuna varılabilmektedir¹¹².

¹⁰⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 427; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 63.

¹⁰⁷ AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 728; DEMİRBAŞ, s. 505.

¹⁰⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 429; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 465; ZAFER, s. 504; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 63.

¹⁰⁹ AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 726; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 63.

¹¹⁰ TOROSLU, s. 433; SÖZÜER, s. 212-213.

¹¹¹ Nitekim Zafer tarafından serbest hareketli ve neticeli suçlar haricindeki suçlar bakımından da aynı öneride bulunulmuş, belirlenimin objektif ölçütlere göre yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. ZAFER, s. 504.

¹¹² Örneğin Yar. CGK., E.2019/144, K.2022/162, 10.03.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında; ilk derece mahkemesince cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edildiği sonucuna varılarak mahkûmiyet kararı tesis edilmiş, kararın temyizi üzerine Yar. 14. CD. tarafından suçun temel şeklinin oluştuğu gerekçesiyle bozma kararı verilmiş, ilk derece mahkemesince bozmaya direnilmiş ve dosya Yar. CGK.'ya intikal etmiştir. Yar. CGK. tarafından hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımıyla ilgili isabetli teorik açıklamalar yapılmış; ancak bu açıklamalar somut olayla ilişkilendirilmemiş, sanığın kastı suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkin olmasına rağmen, sanığın kastının suçun temel şekline yönelik olduğu kabul edilmiştir:

“Basit cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için eylemin cinsel ilişki boyutuna ulaşmaması gerektiği, eylem, vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelikse veya fiil de işlenmişse, basit cinsel saldırı değil, ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunun söz konusu olacağı, bu ayrımın yapılabilmesi için failin kastının ve gerçekleştirdiği davranışların hangi fiile yönelik olduğunun belirlenmesi gerekti-

ği, failin amacı ve davranışları vücuda organ veya sair bir cisim sokmak olmaksızın cinsel duyguları tatmine yönelik ise basit cinsel saldırı, amacı ve davranışları vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik olmakla birlikte eylemin elinde bulunmayan nedenlerle gerçekleştirilememesi hâlinde ise ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün söz konusu olacağına anlaşılmaması karşısında; sanığın mağdura yönelik eyleminin göğüslerini ellemekten ibaret olduğu hususu da dikkate alındığında, sanığın dış dünyaya yansıyan davranışlarının vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik olmadığı, bu kapsamda nitelikli cinsel saldırı suçuna yönelen icrai bir hareketinin de bulunmadığı, sanığın katılanı çekerek ağaçlık alana götürmeye çalışırken yakalanmasının da suçun nitelikli hâlini işleme kastını ortaya koyan icra hareketlerine başladığını kabule yeterli olmadığı, sanığın göğüslerini ellemek şeklindeki cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlâl ettiği anlaşıldığından, sanığın mağdura yönelik eyleminin basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”.

Karara konu olayda sanık; mağdureyi yardım amaçlı alışveriş yapacağını söyleyerek araba ile şehir merkezinden portakal bahçelerinin bulunduğu ıssız bir ortama götürmüş, burada mağdurenin göğüslerini ellemeye başlamış ve ısrarla cinsel ilişki teklifinde bulunmuş, duruma tepki gösteren mağdure arabadan inmeye çalışmış, mağdurenin inmesine engel olmak için elindeki cüzdanını almış, buna rağmen mağdure araçtan inmiş, mağdure araçtan inince kendisi de inmiş, mağdureyi kolundan ve omzundan tutup çekiştirerek aracın ilerisinde bulunan portakal bahçesine doğru götürmek istemiş, bu esnada tesadüfen olay mahallinden geçen sivil polis ekiplerince olaya müdahale edilmiştir. İlk derece mahkemesi; olayın oluşu ve tamamlanan kısmı dikkate alındığında sanığın kastının suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli haline yönelik olduğu, hazırlık hareketleri aşamasının geçildiği, sanığın ıssız bir ortamda mağdurenin göğüslerini tutarak cinsel ilişki teklifinde bulunduğu, mağdurenin karşı koymasına rağmen ısrarla mağdureyi tutarak fiiline devam etmeye çalıştığı, mağdurenin direnci veya polislerin müdahalesi olmasa idi sanığın fiilini rahatlıkla tamamlayabilme imkânına sahip olduğu, bu hali ile sanığın fiilinin TCK m.102/2’de belirtilen suça teşebbüs teşkil ettiği gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Olayın oluş şekline ilişkin direnme kararındaki ayrıntılar gözetildiğinde, sanığın kastının suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli haline yönelik olması ve sanığın hareketlerinin işlemek istediği suçla yakınlık ve bağlantı içinde bulunması nedeniyle ilk derece mahkemesinin direnme kararının isabetli olduğu kanısındayız. Zira direnme kararında belirtildiği gibi mağdurenin direnci ve akabinde polisin müdahalesi olmasa idi; genel yaşam deneyimleri ve sanığın mağdureye yönelik çekiştirmeyi de içeren ısrarı gözetildiğinde, sanık hareketlerine devam edecek ve kastı doğrultusunda suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli halini işleyecekti.

Bu nedenlerle sanığın kastının suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli haline yönelik olması, sanığın hareketlerinin işlemek istediği suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde oldukları; dolayısıyla icra hareketlerinin başlaması, icra hareketlerinin sanığın elinde olmayan nedenlerle (mağdurenin direnci ve polis müdahalesi) tamamlanamaması karşısında, suça teşebbüsün koşullarının gerçekleştiği görülmektedir. Aksi bir kabul halinde fail, mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmaya yeltenirken yakalanmadığı sürece suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır. Benzer yönde bkz. ve karş. ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 645. Nitekim dn. 88’de belirtilen 28.11.2019 tarihli Yar. CGK. kararında sanık, fiilini mağdurenin vücuduna organ veya cisim sokmaya yeltenme boyutuna vardırmadığı halde, olayın gelişimi ve mağdurenin direnci gözetilerek suçun daha ağır cezaı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulmuştur.

Belirtelim ki Yar. CGK. tarafından benzer nitelikteki bir olayla ilgili verilen 12.11.1984 tarihli kararda da sanık tarafından ırza geçme suçunun (daha ağır cezaı gerektiren nitelikli halin) icra hareketlerine başlanmadığı sonucuna varılmıştır. Karara konu olayda sanık; kaçırdığı mağdureyi kamyonu ile تنها yere götürdükten sonra onu öpmüş, bacaklarını ve cinsel organını elleylep sıkımsı, daha sonra kamyonundan inerek daha تنها bir yer aramaya başlamış ve mağdureye kendisini takip etmesini söylemiş, mağdure ise kendi tarafındaki kapının kilitlenmesi nedeniyle camdan atlayarak kaçmıştır. Yar. CGK. sanığın hareketlerinin; ırza geçme suçunun icrai değil, ihzari (hazırlık) hareketi niteliğinde olduğunu, bunların ırza geçmeye teşebbüs suçunun icra hareketleri olarak kabul edilemeyeceğini, sanığın تنها yere geldiğinde kastettiği suçun icra hareketlerine başlamadan da vazgeçmesinin muhtemel olduğu sonucuna varmıştır. Yar. CGK., E.1984/98, K.1984/378, 12.11.1984. Kararın özeti bkz. ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 568. Tam metni için bkz. ÖNDER, Ayhan/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuk Pratik Çalışma Gereçleri**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1987, s. 195-199. Tarafımızca 10.03.2022 tarihli Yar. CGK. kararı ile ilgili yapılan değerlendirmeler, 12.11.1984 tarihli karar bakımından da geçerlidir. Öğretide de 12.11.1984 tarihli karardaki sanığın hareketlerinin, ırza geçme suçunun icra hareketleri niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 568, SÖZÜER, s. 218.

B. Cinsel Saldırı Suçunun Temel Şekline Teşebbüs

Cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi şeklinde tanımlanan suçun temel şeklinin oluşabilmesi için anlık beden teması yeterli olmayıp bedene temas bir süre de olsa devamlılık arz etmelidir¹¹³. Bu itibarla bedensel temas, belirli bir yoğunluğa varmalı ve her somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁴. Bazı Yargıtay kararlarında devamlılık arz etmeyen ve belirli bir yoğunluğa varmayan bedensel temaslar, suçun temel şeklinin oluşumu için yeterli kabul edilebilmektedir¹¹⁵. Gerçekleştirilen cinsel davranışların, vücuda organ veya cisim sokma niteliğinde olmaması gerekir, bu takdirde suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşacaktır¹¹⁶. Gerçekleştirilen davranışlar, objektif olarak şehevi nitelikte ve cinsel arzuları tatmine yönelik olmalıdır¹¹⁷. Bununla birlikte failin cinsel arzularını tatmin edip etmemesi önemli değildir¹¹⁸. Suçun oluşması için vücut dokunulmazlığının ihlali öngörüldüğü için bedensel temas mutlaka gerçekleşmelidir¹¹⁹. Aksi takdirde cinsel taciz suçu oluşur (TCK m.105)¹²⁰. Bedensel temasın, çıplak olarak veya cinsel organlar üzerinde gerçekleşmesi gerekmez¹²¹.

¹¹³ TOROSLU/TOROSLU, *Özel Kısım*, 65; SOYASLAN, *Özel Hükümler*, s. 237; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 422-423; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 381; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 372.

¹¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 423, 443.

¹¹⁵ Yar. 9. CD., E.2024/6735, K. 2025/3610, 30.04.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararına konu olayda sanık; katilani “Gel güzelim seni Ayhan’a götürüyem.” diyerek saçından tutmuş, elinde bıçakla zorla parkın içerisine götürmeye çalışmış, katılan sanığın elinden kurtularak kaçmaya başlamış, sanık kaçan katilani kovalayıp yakalamaya çalışmıştır. İlk derece mahkemesi, sanığın eyleminin suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali teşkil ettiği sonucuna varmış; ancak Yargıtay tarafından suçun temel şeklinin oluştuğu gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir. Karardan tam anlaşılmamakla birlikte katılan, sanığın elinden kısa bir sürede kurtulamamışsa; yani sanığın katilana yönelik bedensel teması devamlılık arz edecek biçimde devam etmişse, varılan sonucun yerinde olduğu söylenebilir. Kanımızca karardaki olay anlatımı dikkate alındığında, sanık tarafından gerçekleştirilen hareketler suçun temel şekline teşebbüs niteliğindedir. Çünkü sanığın hareketi belirli bir devamlılık arz etmediği ve yoğunluğa varmadığı halde; katılan, sanığın elinden kaçıp kurtulmuştur. Kaçan katılan, sanık tarafından kovalanmış ise de yakalanamamıştır; şayet sanık, kaçan katilani yakalasa idi bedensel temasın tekrarı nedeniyle suçun temel şeklinin oluştuğu kabul edilebilirdi.

¹¹⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 336; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 422; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 380; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 372; DURSUN, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, s. 61.

¹¹⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 337; ALŞAHİN, s. 859.

¹¹⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 336; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 372, 374; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 350; ALŞAHİN, s. 859.

¹¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 419-420; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 334; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 373; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 381; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 336; ALŞAHİN, s. 859.

¹²⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 336; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 374; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 334; ALŞAHİN, s. 859. Cinsel taciz suçuyla ilgili ayrıntılı bir bilgi için bkz. İBİŞ, Rabia, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 70 vd.

¹²¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 420; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 383; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 335.

Cinsel saldırı suçunun temel şekline teşebbüs mümkündür¹²². Öğretideki bir görüş, cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüsün mümkün olduğu yolundadır¹²³.

Mağdur B'ye arkadan sarılıp boynunu öpmeye başlayan fail A'nın, kısa bir süre sonra devriye görevi yapan polislerin kendilerine doğru geldiğini fark edince olay yerinden ayrılması örneğinde; bedensel temas anlık olmamakla birlikte, suçun temel şekli için aranan devamlılık ve yoğunluk boyutuna varmadığı için fail A cinsel saldırı suçunun temel şekline teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır¹²⁴. Öğretide de failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun tespiti kaydıyla, birkaç saniye içinde dışarıdan müdahalelerle etkisiz hale getirilen failin, suçun temel şekline teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği, sadece temas kısa sürdü diye suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinden cezalandırılmasının doğru olmayacağı belirtilmiştir¹²⁵. Ancak suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali oluştuktan sonra devam eden bedensel temasın, her halükârda suçun temel şeklini oluşturacağı biçimindeki bir kabul yerinde olmaya-caktır. Suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinden sonra bedensel temasın devam etmesi, suçun temel şekline teşebbüs edildiğini gösterir. Yukarıda belirtildiği gibi bedensel temasın belirli bir devamlılık arz etmesi ve yoğunluğa varması halinde, suçun temel şeklinin olduğu kabul edilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27 Mart 2007 tarihli kararına konu olayda; sanık geceleyin saat 02.00 sıralarında eve gizlice girmiş, mağdur A'ya ait pantolonun cebinde bulunan paraları almış, daha sonra evin bir odasında uyuyan mağdure B'nin yanına gitmiş ve pijamasını yanında getirdiği jilet ile kesmiş, mağdure B'nin uyanması üzerine sanık evden kaçmıştır. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 5. Dairesi tarafından sanığın cinsel saldırı suçunun temel şekline teşebbüsten cezalandırılmasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı yerinde bulunmuştur. Söz konusu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başka bir nedenle itiraz edilmiş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ilk derece mahkemesi kararının mağdure B'ye tebliğ edilmemesi nedeniyle dosyanın Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermiştir¹²⁶. Sanık tarafından mağdureye yönelik bedensel temas içeren cinsel davranışlar henüz gerçekleşmediği halde, sanığın cinsel saldırı suçunun temel

¹²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, *Özel Hükümler*, s. 335; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 394; TANER, s. 274.

¹²³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 351; ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN/EFE/SERDAR, s. 77; ALŞAHİN, s. 877; KORKUSUZ, s. 839.

¹²⁴ Bkz. yukarıda dn. 9'da verilen örnek.

¹²⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 440-441.

¹²⁶ Yar. CGK., E. 2007/5-45, K.2007/77, 27.03.2007 (Anılan kararın özeti için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444). Tam metni için bkz. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

şekline teşebbüsten cezalandırılmasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararının yerinde bulunması yadırganabilir. Ancak TCK m.35'in gerekçesinde belirtildiği gibi işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketler gerçekleştirildiğinde, suçun icrasına başlanılmıştır¹²⁷. Yargıtay'ın benzer nitelikteki bir başka kararına konu olayda sanık; katılanın konutuna girmiş, uyuyan katılanı omzundan tutmuş ve kendisine doğru çekmiş, uyanan katılanı elleri ile kanepeye doğru yatırmaya çalışmış, katılan olayı eşine anlatacağını söyleyince katılanı bırakarak evden ayrılmıştır¹²⁸. İlk derece mahkemesince sanık hakkında suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinden mahkûmiyet kararı verilmiş, Yargıtay ise cinsel saldırı suçunun temel şeklinin olduğu sonucuna varmıştır. Sanığın hareketlerinin belirli bir devamlılık arz etmesi ve yoğunluğa varması karşısında, suçun temel şeklinin oluştuğuna dair varılan sonuç yerindedir.

C. Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Haline Teşebbüs

Suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali, cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması şeklinde tanımlanmıştır¹²⁹ (TCK m.102/1, cümle 2). Anılan nitelikli hal tanımı, suçun temel şekli esas alınarak yapılmıştır (TCK m.102/1, cümle 1). Suçun temel şeklinde, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Bu nedenle sözkonusu nitelikli halin oluşumu için de mağdurun bedenine temas içeren bir cinsel davranış gerçekleştirilmelidir¹³⁰. Be-

¹²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444. Yar. 14. CD.'nin 25.11.2015 tarihli kararına konu olayda; sanık kendisini yolcu etmek isteyen mağdureyi omzundan tutarak koltuğa oturtmuş, sanığın vücut dokunulmazlığını ihlal eden bu hareketinin cinsel arzuları tatmine yönelik olmadığı sonucuna varılmış; ancak sanığın sonrasında mağdurenin üzerine eğilerek öpmeye çalıştığı, henüz vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden mağdurenin bağırarak karşı koyması üzerine suçun tamamlanamadığı, bu nedenle sanığın cinsel saldırı suçunun temel şekline teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bkz. Yar. 14. CD., E.2014/762, K. 2015/11015, 25.11.2015, (KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 396, dn. 85). Anılan kararda da henüz bedensel temas gerçekleşmemiş olsa bile; sanığın hareketi, işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunmuştur.

¹²⁸ Yar. 9. CD., E.2021/10889, K. 2025/3380, 24.04.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁹ Sarkıntılık, daha önce belirtildiği üzere 765 sayılı TCK m.421'de bağımsız bir suç olarak öngörülmüş; ancak başlangıçta 5237 sayılı TCK'da yer verilmeyen sarkıntılık kavramı, 2014 yılında 6545 sayılı Kanun m.58-59 ile TCK m.102/1 ve m.103/1'e eklenmiştir. Bkz. yukarıda dn. 51. Anılan kanun değişikliğine ilişkin Tasarıda belirtildiği gibi 6545 sayılı Kanunla cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçunun temel şeklinin cezası artırıldığı için suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli haline ihtiyaç duyulmuştur. Tasarıda cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği gerekçesiyle "sarkıntılık" ibaresinin yerine "suçun ani hareketle işlenmesi" ibaresi tercih edilmiştir. Ancak "ani hareket" ibaresinin tartışmalı olduğu, bunun yerine sarkıntılık kavramının kullanılması amacıyla önerge verilmiş, önerge Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiş ve daha sonra sarkıntılık kavramı kanunlaşmıştır. Belirtilen hususlar için bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, 592 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, s. 21, 185. Rapor için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y4/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/c10b1e2a-53ec-456e-8cd5-5209d74e22fc.pdf>, E.T: 26.11.2024.

¹³⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 345; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 421; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 375.

densel temas olmaksızın gerçekleştirilecek davranış, cinsel davranış niteliğinde bulunsa bile, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır¹³¹. Ancak bu bedensel temas, belirli bir devamlılık arz etmemeli ve yoğunluğa varmamalıdır. Aksi takdirde suçun temel şekli oluşacaktır¹³². Nitekim sarkıntılıkla ilgili 765 sayılı TCK döneminde verilen bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında sanık, ahırda yalnız gördüğü mağdureye sarılmış ve onu öpmüştür. Sarılma ve öpmenin, tasaddi suçunu (suçun temel şekli) oluşturacak boyuta varmadığı ve fiilin belli yoğunluk kazanmadığı belirtilmiştir¹³³. TCK m.102/1, cümle 2’de yer alan “cinsel davranışın” tekil kullanılmasından anlaşılabacağı üzere, bedene temas eden tek bir cinsel davranış dahi suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali için yeterli olacaktır¹³⁴. Gerçekleştirilen cinsel davranışın, suçun temel şeklini mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli halini mi oluşturduğu davranışın yoğunluğu, etkisi, ne kadar süreyle devam ettiği gibi somut olayın bütün koşulları irdelenerek belirlenmelidir¹³⁵.

TCK m.102/1, cümle 2’de sarkıntılık kavramına yer verilmek suretiyle ön-görülen suçun daha az ceza gerektiren nitelikli hali, Yargıtay tarafından önceki dönemde verilen kararlarla uyumlu bir şekilde uygulanmaktadır. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 3 Mayıs 2023 tarihli kararına konu olayda sanık; mağdureyi takip etmiş, kaldığı binaya girmiş, asansöre binen mağdurenin arkasından asansöre binmiştir. Mağdure asansörde dördüncü kat düğmesine basmış, sanık ise herhangi bir kat düğmesine basmamıştır. Asansör dördüncü kata çıktığı sırada mağdurenin arkasında duran sanık, pantolonun fermuarını açarak ereksiyon halindeki cinsel organını mağdurenin kalçasına dokundurmuş, arkasına temas edildiğini fark eden mağdure sanığa dönüp kendisine dokunup dokunmadığını sormuş, sanığın cinsel organını görünce durumu anlamış ve telaşla dördüncü katta duran asansörden çıkmıştır. Sanığın fiilinin; ani, kesintili ve belli bir yoğunluk veya ağırlığa ulaşmadığı, bu nedenle sarkıntılık düzeyini aşmadığı belirtilmiştir¹³⁶.

¹³¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 345; ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Sarkıntılık Fiili”, *AÜHF*, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 3254.

¹³² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 348; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 423.

¹³³ Karar için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 423.

¹³⁴ Benzer yönde bkz. ve karşı. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 443.

¹³⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 423. Suçun temel şeklinin mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli şeklinin mi işlendiğinin belirlenmesinin zorluk teşkil edeceği konusunda bkz. YURTCAN, s. 14.

¹³⁶ Yar. CGK., E.2021/418, K.2023/248, 03.05.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Yar. CGK., E.2022/157, K.2022/783, 08.12.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında sarkıntılık; “bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösterip devamlılık arz etmeyen, basit cinsel saldırı” denilerek özlü bir biçimde tanımlanmıştır.

Suçun daha az ceza gerektiren nitelikli haline teşebbüs mümkündür¹³⁷. Örneğin yukarıdaki paragrafta verilen karara konu olayda, asansörde üçüncü bir kişinin daha bulunduğunu, bu üçüncü kişinin fail tarafından cinsel organının çıkarılarak mağdureye dokunulmak istenildiğini fark ettiğini ve faile tepki gösterdiğini, bunun üzerine failin mağdurenin vücuduna temas edemediğini varsayalım. Bu takdirde fail, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Yargıtay da bu nitelikli hale teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir¹³⁸. Öğretideki bir görüş, suçun bu nitelikli haline teşebbüsün mümkün olmadığı yolundadır. Bu görüşe göre suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hal düzeyinde kalıp kalmadığı, suçun tamamlanmış şekline göre belirlenecektir. Bu itibarla suçun icrasına başlanıldığı; ancak tamamlanamadığı durumlarda, fail suçun temel şekline teşebbüsten sorumlu tutulacaktır¹³⁹. Sarkıntılığın bedene ani temas içeren cinsel davranış olduğu, icra hareketlerinin kısımları ayrılabilirdiği hallerde teşebbüsün mümkün olduğu da savunulmaktadır¹⁴⁰.

D. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Haline Teşebbüs

Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali, TCK m.102/2'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre “Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur¹⁴¹”. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali, daha önce belirtildiği üzere 765 sayılı TCK m.416'da düzenlenen “ırza geçme” suçuna karşılık gelmektedir. Irza geçmenin tanımı¹⁴² dikkate alındığında, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin bu şekilde tanımlanması isabetlidir. Böylelikle suç tanımı genişletilmiş, cinsel dokunulmazlık ve özgürlüğün daha etkin korunması sağlanmıştır.

TCK m.102'nin gerekçesinde organ veya cismin; vajinal, oral veya anal yoldan mağdura sokulması gerektiği belirtilmiştir. Öğretideki bir görüş, gerekçeye uygun olarak bu nitelikli halin anılan beden boşluklarına organ veya cisim sokulduğunda oluşabileceği yönündedir¹⁴³. Bir başka görüş ise, belirtilenler ha-

¹³⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444; TANER, s. 273, AKKAYA, s. 136.

¹³⁸ AKKAYA, s. 137.

¹³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 396.

¹⁴⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 351; ŞEN/MAVİŞ/ŞAHİN/EFE/SERDAR, s. 77.

¹⁴¹ Cezanın üst sınırı, hükümde açıkça belirtilmemiş ise de TCK m.49/1 uyarınca yirmi yıl olabilir.

¹⁴² Bkz. yukarıda dn. 92.

¹⁴³ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 387-388; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 340; MEMİŞ KARTAL, *Cinsel Saldırı*, s. 373-374.

ricindeki beden boşluklarına da cinsel amaçlı organ veya cisim sokulabileceği, böylesi bir durumun gerçekleşmesi düşük bir olasılık olsa da kategorik olarak hükmün kapsamı dışında tutulmasının doğru olmayacağını savunmaktadır¹⁴⁴. Vajina veya anüse organ ya da cisim sokulduğunda bu nitelikli halin oluşacağı kabul edilmektedir¹⁴⁵. Herhangi bir cismin sokulması dahi bu nitelikli hal için yeterli kabul edildiğine göre, cinsel organ haricindeki organlar da sokulduğunda nitelikli hal oluşacaktır. Ancak ağza sokulan organ veya cismin, objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁶. Suçun bu nitelikli halinin oluşumu için organ veya cismin, kısmen de olsa mağdurun bedenine girmesi yeterlidir¹⁴⁷. Yargıtay cinsel amaçlı olsa bile fail tarafından mağdurun ağzına dil veya parmak sokulmasını, suçun temel şekli olarak kabul etmektedir¹⁴⁸. Yargıtay’a göre cinsel organın, mağdurun ağzına sokulması ise daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir¹⁴⁹.

Mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulmasını, tarafımızca kabul edildiği gibi cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul eden görüşler mevcuttur¹⁵⁰. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin, ayrı bir suç teşkil ettiği de savunulmaktadır¹⁵¹.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs mümkündür¹⁵². Bu nitelikli hale teşebbüsün mümkün olmadığı, mağdura organ veya cisim so-

¹⁴⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 427.

¹⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 427; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 385.

¹⁴⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 428; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 385; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 378; AKKAYA, s. 81.

¹⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Özel Hükümler**, s. 341; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 379. 765 sayılı TCK’da da erkeğin cinsel organının kısmen dahi olsa kadının döl yatağı veya anüsüne girişinin yeterli olduğu yolundaki görüş için bkz. ÖNDER, **Özel Hükümler**, s. 394.

¹⁴⁸ AKKAYA, s. 80-82. Bu uygulamanın eleştirisi için bkz. ÖNOK, Murat, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar ve Çareler**, Ed. M. Buket SOYGÜT, Aras TÜRDAY, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 66.

¹⁴⁹ AKKAYA, s. 81.

¹⁵⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, **Özel Hükümler**, s. 340; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Özel Hükümler**, s. 341; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 387; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 378; TOROSLU/TOROSLU, **Özel Kısım**, s. 66; TOROSLU, s. 437; ALŞAHİN, s. 864; KORKUSUZ, s. 826.

¹⁵¹ CENTEL, s. 275; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 400, YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi” **MÜ-KTCAD**, Y. 2018, C. 2, S. 1, s. 53; ÖNOK, s. 67; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 626.

¹⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 444; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Özel Hükümler**, s. 340-341; ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 366; YOKUŞ SEVÜK, **Özel Hükümler**, s. 394; TANER, s. 274-275; ÖNOK, s. 68, 70.

kulmadıkça failin suçun temel şekline göre cezalandırılacağı da savunulmaktadır¹⁵³. Anılan görüşü savunan bazı yazarlar tarafından nitelikli halin, suçun tamamlanmış temel şeklinden ayrı değerlendirilmemesi gerektiği, suçun temel şekli tamamlandığı takdirde teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli halinin kabulünün teorik bakımından isabetli olmayacağı belirtilmiştir¹⁵⁴. Öğretide ifade edildiği üzere suçun nitelikli haline teşebbüsün kabul edilmediğine dair TCK'da herhangi bir hükme yer verilmemiştir¹⁵⁵.

Yargıtay, gerek suçun daha ağır cezayı gerektiren halinin işlenip işlenmediği gerekse bu nitelikli halle ilgili teşebbüs hükümlerinin uygulanması konusunda oldukça hassas davranmaktadır. Bu hassasiyetin, açıkça belirtilmese de suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin karşılığında öngörülen yaptırımın yüksekliğinden kaynaklandığı söylenebilir¹⁵⁶. Bütün suçlar bakımından

¹⁵³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 340; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 396-397; ALŞAHİN, s. 877; KORKUSUZ, s. 839.

¹⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 396-397.

¹⁵⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 341; KARAKEHYA, s. 208.

¹⁵⁶ Benzer yönde bkz. ve karşı. ÖNOK, s. 70-72; BACAKSIZ/BAYZİT, s. 410; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 660. Yar. CGK., E.2022/314, K.2022/828, 22.12.2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında, sanık tarafından mağdurenin cinsel organına parmak sokulup sokulmadığı hususunda şüphe bulunduğu, bu nedenle sanık hakkında suçun temel şeklinden mahkûmiyet kararı tesis edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır:

“Mağdurenin Kollukta ve Mahkemede vajinasına parmak sokulduğu hissiyle, Savcılıkta ise sanığın parmağının vajinasına girdiğini hissetmesiyle uyandığını belirtmesi, mağdure hakkında düzenlenen adli raporun olay öyküsünde ise; saat 03.00 sıralarında sanığın evinde uyurken vajinasına sanığın parmağını sokmasıyla uyandığını ifade etmesi, adli tıp raporunda mağdurenin genital muayenesinde herhangi bir bulgu elde edilememesi, bu nedenle sanığın parmağının vücuduna girip girmediği hususunda şüphe oluşması, söz konusu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde sanığa atılı eylemin TCK'nın 102. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” Yar. 9. CD., E.2021/26453, K.2025/3505, 29.04.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında da katılanın beden muayenesinde herhangi bir darp cebir izine rastlanılması, katılanın vajinal muayene raporunun bulunmaması, kamera görüntüleri, savunma ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın katılana yönelik cinsel saldırı eylemini organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiğine dair katılanın beyanları dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı belirtilerek suçun temel şeklinin oluştuğu sonucuna varılmıştır.

Yar. 9. CD., E.2021/14886, K.2025/3327, 24.05.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında; sanığın cinsel saldırı fiilini organ sokmak suretiyle gerçekleştirmek istediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı sonucuna varılarak ilk derece mahkemesince suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten tesis edilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir. Böylelikle tarafımızca belirtildiği gibi failin kastı esas alınmak suretiyle suçun nitelikli haline teşebbüsün söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır:

“Sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettiği nitelikli cinsel saldırı suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elde olmayan nedenlerle tamamlamamasının gerektiği, dosya kapsamında katılana yönelik cinsel saldırı eyleminin organ sokmak suretiyle gerçekleştirmek istediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle tamamlanan eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerektiği anlaşıldığından söz konusu hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.”

gösterilmesi gereken bu hassasiyetin, yaptırımın yüksekliği nedeniyle daha sıkı bir biçimde gösterilmesi anlaşılabilir. Ancak suçun bu nitelikli hali işlendiğinde veya bu nitelikli hale teşebbüs edildiğinde, yaptırım uygulanmasından sakınılmaması gerektiği açıktır. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23 Ocak 2020 tarihli kararında sanığın, katılardan cinsel organını ağzına almasını istediği; ancak katılanın buna karşı geldiği sabit kabul edildiği halde, bu hareket değerlendirme dışı bırakılmış ve suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edilmediği sonucuna varılmıştır¹⁵⁷. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 31 Ekim 2023 tarihli kararı, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsle ilgili örnek nitelikte isabetli bir karardır¹⁵⁸.

TCK m.102/2'nin suç tanımını genişletmesi nedeniyle bu nitelikli hal teşkil edebilecek hareketler, kadın veya iktidarsız bir erkek tarafından da gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte iktidarsız bir erkek tarafından, cinsel organ haricindeki bir organı veya cismi sokmaya yönelik kastının bulunmaması kaydıyla, bu nitelikli hale teşebbüs edilemeyeceği kanısındayız. Çünkü böylesi bir durumda, aracın mutlak elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır¹⁵⁹.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edilip edilmediğinin belirlenmesi konusunda, tekrara düşmemek için suça teşebbüste kastın önemiyle ilgili yaptığımız açıklamalara atıf yapıyoruz.

¹⁵⁷ Yar. CGK., E.2017/206, K.2020/21, 23.01.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararına konu olayda; araba kiralama işiyle iştigal eden katılan tarafından sanığa araba kiralanmış, katılan tarafından sanık aleyhine araç kira bedeli ile hasarın ödenmediği iddiasıyla icra takibi yapılmıştır. Bunun üzerine sanık, birkaç kişiyle birlikte katılanı ormanlık alana götürmüş ve burada silahla ayağının yanına ateş etmek de dahil katılana yönelik bazı hareketler gerçekleştirilmiştir. Bu hareketlerden biri de sanığın cinsel organının, katılan tarafından ağzına alınmasının istenmesidir. Ancak katılan bunu kabul etmemiştir. Yargıtay tarafından suçun temel şeklinin olduğu sonucuna varılmış ise de suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edilmiştir. Çünkü failin kastı açıktır, icra hareketleri başlamıştır, suç failin elinde olmayan nedenlerle (mağdurun direnmesi) tamamlanamamıştır.

¹⁵⁸ Yar. 14. CD., E.2013/22466, K.2013/10749, 31.10.2013, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında; “mağdurenin aşamalarda değişmeyen beyanlarına, bu anlatımları doğrulayan doktor raporları ve olay yeri görgü tespit tutanaklarına, tanık beyanları, savunma ve tüm dosya içeriğine göre, alkollü olan sanığın suç tarihinde saat 22.00 sıralarında küçük çocukları ile evinde uyumakta olan mağdurenin evine pencere camını zorlayarak girdiği, tokat atmak suretiyle uyandırdığı mağdureyi saçlarından tutarak evin yatak odasına sürüklediği, yatağa yatırarak bir eliyle ağzını kapattığı mağdurenin eteğini ve şortunu çıkardığı, üzerindeki tişörtünü göğüs kısmından yırtarak mağdureyi kucağına aldığı sırada, eve gelen tanık Yaşar'ın kapıya vurması üzerine, “kocana söylersen seni öldürürüm” diyerek tehdit ederek bıraktığı mağdurenin kapıyı açıp gelen tanığa sığındığının anlaşılması karşısında, sanığın sübut bulan eylemlerinin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ve tehdit suçlarını” oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

¹⁵⁹ ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 406; NUHOĞLU, “Türk Ceza Kanununda ve 2022 Tasarısında Cinsel Suçlar”, s. 621. Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 449; ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 365; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 396; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 350; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 647.

E. Suça Teşebbüste Cezanın Belirlenmesi

İşlenmek istenen suç teşebbüs aşamasında kaldığında suçla korunan hukuki değer, tamamlanmış suça göre daha az zarar veya tehlikeye maruz kaldığı söylenebilir. Tamamlanmış suçun haksızlık içeriği, teşebbüste kalmış suçtan daha fazla olduğu için suç siyasetinin bir gereği olarak teşebbüste kalmış suça daha az bir ceza verilmektedir¹⁶⁰. TCK m.35/2’de de suça teşebbüs halinde, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre maddede gösterilen şekilde failin indirimli ceza ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Suç tanımlarının tamamlanmış suç esas alınarak yapılması nedeniyle suçun karşılığında öngörülen ceza da tamamlanmış suç için öngörülmüştür. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suç işlendiğinde, hâkim tarafından önce suçun tamamlanmış şekline göre temel ceza belirlenecektir¹⁶¹ (TCK m.61/1). Daha sonra belirlenen bu temel ceza üzerinden teşebbüs indirimi uygulanacaktır (TCK m.61/5).

Cinsel saldırı suçu, sırf hareket suçu niteliğindedir. Bu itibarla teşebbüs indirimi, gerçekleştirilen hareket veya hareketlerin, mağdurun cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü ile ilgili sebebiyet verdiği tehlike gözetilerek belirlenecektir¹⁶². Teşebbüste ceza belirlenirken, dikkatli davranılmalıdır. Örneğin suçun temel şekline teşebbüs eden failin cezası, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali için öngörülmüş cezadan az olmaması gerekir¹⁶³. Fail suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs etmiş ise, bu takdirde de belirlenecek ceza, suçun temel şekli için öngörülmüş cezadan daha az olmamalıdır. Aksi takdirde fail, suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle adeta ödüllendirilmiş olur. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁶⁴.

III. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Suçta teşebbüsten söz edilebilmesi için failin icra hareketlerine başladığı suç, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması gerekir. İcrasına başlanılan suç; failin elinde olmayan nedenlerle ya icra hareketleri tamamlanmadığı için ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin meydana gelmediği için tamamlanamaz. Şayet suç, failin elinde olan nedenlerle tamamlanmamış ise

¹⁶⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 664; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 716. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda ceza indirimini hâkimin takdirine bırakan sistemler hakkında bkz. ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 412-413; DEMİRBAŞ, s. 525; TOZMAN, s. 155-156.

¹⁶¹ ZAFER, s. 512.

¹⁶² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 445; TANER, s. 279; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 659.

¹⁶³ Karş. TANER, s. 279-280; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 659.

¹⁶⁴ AKKAYA, s. 164; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 659.

suça teşebbüsten söz edilemez¹⁶⁵. Suça teşebbüsten söz edilememesini sağlayan, gönüllü vazgeçmedir¹⁶⁶. “Gönüllü vazgeçme” başlıklı TCK m.36’ya göre “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

Gönüllü vazgeçme, suç yoluna girmiş ve suçun icra hareketlerine girişmiş failin, bu yoldan dönmesine olanak sağlayan altın köprü olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁷. Gönüllü vazgeçme hükümleri sayesinde, yukarıda belirtildiği üzere suçun icra hareketlerine başlayan failin gönüllü olarak bunlara devam etmemesi veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen neticeyi önlemesi halinde, fail suça teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır. Böylelikle suç işlemeye başlayan failin, nasıl olsa cezalandırılacağı düşünülmesiyle suçu tamamlamasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Gönüllü vazgeçmede fail suça teşebbüsten sorumlu tutulmayarak suçtan geri dönmesi kolaylaştırılmaktadır¹⁶⁸. Failin icra hareketlerine devam etmemesi, pasif gönüllü vazgeçme; icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticeyi engellemesi ise aktif gönüllü vazgeçme olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁹. Aktif gönüllü vazgeçme, 5237 Sayılı TCK’da kabul edilerek gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilmiştir.

Cinsel saldırı suçunun, sırf hareket suçu olması nedeniyle bu suç bakımından sadece pasif gönüllü vazgeçme gündeme gelebilir. Gönüllü vazgeçmenin özü, tamlamadan da anlaşılacağı üzere vazgeçmenin “gönüllü” olmasıdır¹⁷⁰. Gönüllü, bir işi yapmayı hiçbir yükümlülüğü yokken isteyerek üstlenen; vazgeçme ise, niyet veya karardan dönmek anlamına gelmektedir¹⁷¹. Gönüllü vazgeçme, 765 sayılı TCK m.61/2’de “*ihtiyarile vazgeçtiği*” ile ifade edilmişti ve genellikle “*ihtiyariyle vazgeçme*” şeklinde kullanılıyordu¹⁷². İhtiyâr ise; “seçme,

¹⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 439.

¹⁶⁶ Suça teşebbüs ile gönüllü vazgeçme hükümleri arasındaki ilişki için bkz. BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, *GÜHFD*, Y. 2018, S. 1, s. 90 vd.

¹⁶⁷ SOYASLAN, *Genel Hükümler*, s. 306; ZAFER, s. 517; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 440; BOZBAYINDIR, s. 93; KARAKEHYA, s. 215. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin teoriler konusunda bkz. ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 402-403; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 440 vd.; SÖZÜER, s. 235 vd.; BOZBAYINDIR, s. 97 vd.

¹⁶⁸ ZAFER, s. 517.

¹⁶⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 702; ZAFER, s. 514.

¹⁷⁰ BOZBAYINDIR, s. 88, 160.

¹⁷¹ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T: 16.08.2025.

¹⁷² ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 400.

seçilme, katlanma, ihtiyâren ise kendi seçerek, gönüllü olarak, kendi isteğiyle” anlamına gelmektedir¹⁷³. Bu itibarla gönüllü olmanın; “isteyerek gerçekleştirme, seçme şansı bulunduğu bir durumda imkanlardan birini tercih etme” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁴. Failin, “yapabilirim ancak yapmak istemiyorum”, “devam edebilirim ancak devam etmek istemiyorum” diyebildiği hallerde vazgeçme gönüllüdür; buna karşılık “yapmak istesem de yapamam” dediğinde vazgeçme gönüllü değildir¹⁷⁵.

Fail, başladığı icra hareketlerine bütünüyle kendi isteğiyle devam etmiyorsa vazgeçme gönüllüdür. Bir başka anlatımla icra hareketlerine devam edilmemesi, mağdurun direnmesi veya üçüncü kişilerin müdahalesi gibi harici etkenler olmaksızın failin özgür iradesine dayalı olarak gerçekleşmiş ise vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁶. Ancak failin icra hareketlerine devam etmemesi, harici etkenlerden kaynaklanıyorsa vazgeçme gönüllü olmayacaktır¹⁷⁷. Örneğin fail, cinsel arzularını tatmine yönelik olarak mağdura dokunmaya başlamış; mağdurun bağırması üzerine evde bulunan köpek faili ısırması ve korkuya kapılan fail evden kaçmışsa vazgeçmenin gönüllülüğünden söz edilemez. Failin gerçekten pişmanlık duyması veya saiki, gönüllü vazgeçmeden yararlanması bakımından dikkate alınmaz¹⁷⁸.

Failin kastının saptanmasında olduğu gibi vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir¹⁷⁹.

Cinsel saldırı suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinden gönüllü vazgeçme mümkündür. Örneğin fail, mağdurun göğsüne cinsel arzularını tatmini yönelik olarak elini uzattığında, başkaca hiçbir etken olmaksızın mağdurun “Yaptığından utanmıyor musun?” şeklindeki tepkisi üzerine elini çekip mağdura dokunmadığında bu nitelikli hal yönünden vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenebilir. Suçun temel şeklinden de gönüllü vazgeçme mümkündür. Örneğin cin-

¹⁷³ DEVELLİOĞLU, s. 421.

¹⁷⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 444; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 703-704.

¹⁷⁵ ZAFER, s. 515; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 700; DEMİRBAŞ, s. 514; ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 916-917; ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 403.

¹⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 445; ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 918; ÖNOK, s. 72.

¹⁷⁷ DEMİRBAŞ, s. 513-514; ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 918; ÖNOK, s. 73; AYDIN, s. 103-104.

¹⁷⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 705; ÖNDER, *Ceza Dersleri*, s. 403; ZAFER, s. 515; AYDIN, s. 105. Yargıtay tarafından vazgeçmedeki saikin türünün aranmamasının gönüllü vazgeçmenin amacı ile bağdaşmadığı konusunda bkz. BOZBAYINDIR, s. 162; ÖNOK, s. 72-73.

¹⁷⁹ BOZBAYINDIR, s. 157-158; ÖNOK, s. 73.

sel arzularını tatmine yönelik olarak mağdurun bedenine dokunmaya başlayan fail, yine başkaca hiçbir etken olmaksızın mağdurun yukarıda belirtilen şekildeki tepkisi üzerine hareketlerine son verdiğinde vazgeçme gönüllüdür.

Gönüllü vazgeçme, uygulamada daha çok suçun daha ağır cezayı nitelikli hali ile ilgili gündeme gelmektedir. Yargıtay'ın muhtemelen yaptırımın ağırlığı nedeniyle bu nitelikli hal yönünden gönüllü vazgeçmeyi bazen geniş uyguladığı söylenebilir¹⁸⁰. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin anılan 15 Mayıs 2023 tarihli kararında sanığın hareketlerine son vermesi, harici etkenden kaynaklanmıştır (komşular tarafından kapının çalınması). Bu harici etken, sanığın icra hareketlerini devam ettirmesini engellemiştir; dolayısıyla vazgeçme gönüllü değildir. Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 31 Ekim 2013 tarihli kararında, kapının tanık tarafından çalınması, kararda açıkça belirtilmese de, harici etken olarak kabul edilmiş ve sanık suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulmuştur¹⁸¹. Yine Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 15 Mayıs 2023 tarihli kararında olduğu gibi mağdurun mukavemetinin aşılabılır olduğu kabul edilebilmektedir¹⁸². Ancak mağdurun mukavemetinin aşılabılır olup olmadığına ilişkin değerlendirme dikkatli yapılmalıdır¹⁸³.

¹⁸⁰ Benzer yönde bkz. ve karş. TANER, s. 281; ÖNOK, s. 74; ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 658, 660. Örneğin Yar. 9. CD., E.2021/9424, K.2023/3129, 15.05.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararına konu olayda; kısmi zeka geriliği bulunan mağdure ile sanığın dört-beş dakika süreyle yatak odasında baş başa kaldığı, eve giren tanık tarafından sanığın yatak odasının arkasında pantolon kemerinin tokasını takarken görüldüğü ve kapının çalınması nedeniyle sanığın fiiline son verdiği kabul edildiği halde; sanığın icra hareketlerini sonuna kadar götürmediği ve mağdurenin aşılabılır mukavemeti dışında ciddi bir engel neden olmaksızın kendiliğinden mağdureyi bıraktığı kabul edilerek açıkça belirtilmese de sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanmasına karar verilmiştir:

“...tanıkların sanık ile mağdurenin dört - beş dakika kadar yalnız kaldıklarına ilişkin ifadeleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında; sanığın mağdurenin göğüslerine dokunduğu sırada tanıklar ... ve ... tarafından kapının çalınması üzerine eylemine son verdiği, icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkanı bulunduğu halde mağdurenin aşılabılır mukavemeti dışında ciddi bir engel neden olmaksızın kendiliğinden bıraktığı anlaşılan olayda, sübuta eren eyleminin cinsel saldırı suçu kapsamında kalacağı gözetilerek karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanlışlığa düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur.”

¹⁸¹ Bkz. dn. 158'de anılan karar.

¹⁸² Yar. 9. CD., E.2025/2281, K.2025/4818, 28.05.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında da mağdurun mukavemetinin aşılabılır olduğu kabul edilmiştir:

“Tüm dosya kapsamına göre; sanığın, katılan mağdurenin aşılabılır mukavemeti dışında organ sokma eylemini tamamlamasına engel harici neden olmaksızın kendiliğinden sonlandırdığının anlaşılması karşısında mevcut haliyle sübuta eren eyleminin cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/1-1, 102/3-a, c maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanlışlığa düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.”

¹⁸³ Benzer yönde bkz. ve karş. ÖNOK, s. 74-75. Yar. 9. CD., E.2025/392, K.2025/3643, 05.05.2025, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararına konu olayda, ilk derece mahkemesince sanık hakkında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten mahkûmiyet kararı tesis edilmiştir. Ancak Yargı-

TCK m.36/1’de açıkça belirtildiği üzere suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen fail, suça teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır. Ancak failin ona değin gerçekleştirdiği hareketler, esasen bir suç oluşturunca sadece o suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Faile sadece teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı ceza verilmez; bu esnada gerçekleşen başka suçlar varsa onlardan dolayı cezalandırılır¹⁸⁴. Örneğin fail, cinsel arzularını tatmini yönelik olarak mağdurun bedenine birkaç kez temas etmek suretiyle icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamış; ancak yaptığından utanıp suçun temel şekli için aranan belli bir devamlılık ve yoğunluğa varmadan icra hareketlerine son vermiştir. Bu takdirde fail, işlemeyi kastettiği suçun temel şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutulamayacak; ancak o ana değin gerçekleştirdiği hareketler, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halini teşkil ettiği için bundan sorumlu tutulacaktır. İcra hareketlerine başlamakla birlikte, bu hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen failin, vazgeçme anına değin gerçekleştirdiği hareketlerin suç teşkil etmesi ve bundan dolayı sorumlu tutulması, uygulamada genellikle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali bağlamında gündeme gelmektedir. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline yönelik icra hareketlerine girişen fail, gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçtiğinde; yani icra hareketlerini vücuda organ veya cisim boyutuna vordırmadığında, suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır¹⁸⁵ (TCK m.36/1). Öğretideki bir görüşe göre gönüllü vazgeçmeye

tay tarafından sanık tarafından kullanılan fiziksel güç nedeniyle astım hastalığı bulunan katılanın direncinin kırıldığı, sanığın silahlı olduğu, katılanın fırsatını bulup kapıya doğru kaçtığı ve kapıyı açıp bağıracağı deyince sanığın olay yerinden ayrıldığı, bu nedenle sanığın katılanın aşılabilir mukavemeti dışında başka bir engel neden olmaksızın fiiline kendiliğinden son verdiği; dolayısıyla kararda açıkça belirtilmese de sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmiştir:

“Katılanın aşamalarda astım rahatsızlığını bulunması ve sanığın fiziksel güç kullanması nedeniyle eylem sırasında direncinin kırıldığı, sanığın silahının olduğu, fırsatını bularak kapıya doğru kaçması ve kapıyı açarak bağırır demesi üzerine sanığın olay yerinden ayrıldığı şeklindeki beyanlarına göre sanığın kendisine direnen katılanın aşılabilir mukavemeti dışında başka bir engel sebep olmaksızın eylemine kendiliğinden son verdiği ve mevcut haliyle sübuta eren eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanlışya düşölerek yazılı şekilde hüküm kurulması, hukuka aykırı bulunmuştur.”

Sanığın silahlı olmasının, katılanın mukavemetinin kaldırabilir bulunmasında belirleyici olduğu anlaşılmaktadır. Ancak sanığın silahlı olmasının katılanın mukavemetini ortadan kaldırabilmesi için katılana karşı en azından yaralamaya yönelik bir fiilin işlenmesinin göze alınmasını gerektirir. Bu nedenle katılanın mukavemetinin aşılabilir olmadığı kanısındayız. Zaten sanık, katılan dairenin kapısına çıkıp bağıracağını söyleyince olay yerinden ayrılmıştır. Bu itibarla sanık, üçüncü kişilerin olaya müdahale veya tanık olma olasılığı nedeniyle fiiline son vermiştir. Bu nedenlerle sanığın vazgeçmesinin gönüllü olmadığı kanısındayız.

¹⁸⁴ ÜNVER, *Cinsel Dokunulmazlığa*, s. 301; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 378.

¹⁸⁵ ÜNVER, *Cinsel Dokunulmazlığa*, s. 301; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 748; ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 367; YOKUŞ SEVÜK, *Cinsel Saldırı*, s. 253. Yar. 14. CD., E.2016/6729, K.2020/1508, 26.02.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>) kararında sanık, suçun temel şeklinden sorumlu tutulmuştur:

ilişkin hükümde yer alan “tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde” ibaresi, vazgeçme anına değin oluşan suçun, kastedilenden bağımsız bir suç olması anlamına gelmektedir. Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali ile temel şekli aynı suçtur. Bu nedenle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden gönüllü olarak vazgeçen failin, suçun temel şeklinden cezalandırılmayacağı savunulmaktadır¹⁸⁶.

SONUÇ

Tamamlanmamış suçların cezalandırılmasına olanak sağlayan suça teşebbüs hükümleri, tamamlanmış suçu düzenleyen norma bağlı olarak uygulanabilir. Bu nedenle öncelikle TCK veya başka bir kanunda düzenlenmiş kasıtlı bir suçun elverişli hareketlerle icrasına başlanılmalıdır. Ancak icrasına başlanılan suç, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamalıdır.

Cinsel saldırı suçunun, TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi, bu suçla kişinin cinsel dokunulmazlığının korunmasının amaçlandığını göstermektedir. Kişinin cinsel dokunulmazlığının korunması, cinsel özgürlüğünün de korunmasını sağlayacaktır. Dokunulmazlık, özgürlüklerin nitelikleri arasındadır (Anayasa m.12). Cinsel saldırı suçunda; kişinin vücut dokunulmazlığı, cinsel davranışlarla ihlal edilmektedir (TCK m.102/1). Suç tanımında yer verilen “ihlal eden” sözcükleri ile bölüm başlığındaki “dokunulmazlık” kavramı uyumludur. Bu nedenlerle cinsel suçların düzenlendiği bölüm başlığı isabetlidir.

TCK m.102/1’e göre “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” Alıntılanan hükümden anlaşılabileceği üzere suçun temel şekli, “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” biçiminde tanımlanmıştır (TCK m.102/1, cümle 1).

“Katılanın aşamalarındaki beyanları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında olay tarihinde katılan ile yalnız kalan sanığın, organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemine yönelik başladığı icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkanı bulunduğu halde katılanın aşılabılır mukavemeti dışında ciddi bir engel neden olmaksızın kendiliğinden eylemine son verdiği ve 5237 sayılı TCK’nın 36. maddesinde yer alan gönüllü vazgeçme düzenlemesi de gözetildiğinde, mevcut haliyle eylemin aynı Kanunun 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanlışya düşülerek nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçundan mahkumiyet kararı verilmesi” hukuka aykırı bulunmuştur.

¹⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 446; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 397; TANER, s. 283-284.

Cinsel davranış, sarkıntılık düzeyinde kaldığında suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali oluşacaktır (TCK m.102/1, cümle 2). Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali ise TCK m.102/2’de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca “Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”

Suç tanımında, “cinsel davranış” kavramı esas alınmıştır. Cinsel davranış, cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik harekettir. Cinsel saldırı suçu, sırf hareket suçudur. Bu itibarla suçun tamamlanması için netice aranmaz. Suç, yaşayan herhangi bir insan olan mağdurun beden dokunulmazlığını ihlal eden cinsel davranışların gerçekleşmesiyle işlenebilmektedir. Cinsel davranış veya davranışların, mağdurun rızası olmaksızın bedenine temas etmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bedensel temas içeren cinsel amaçlı veya cinsel arzuları tatmine yönelik her davranış, suçun oluşmasını sağlayabilir.

Suçun, bağlı hareketli olduğu düşünülse bile, suçu oluşturabilecek hareketler kolaylıkla gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca bu hareketlere bağlı olarak bir neticenin meydana gelmesi de gerekmemektedir. Bedensel temas; anlık ve kesik olduğunda suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali, belirli bir süreklilik arz edip yoğunluğa vardığında suçun temel şekli, mağdurun vücuduna kısmen dahi herhangi bir organ veya cisim sokulduğunda suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşacaktır. Bu itibarla cinsel saldırı suçuna ilişkin birçok olayda, kural olarak teşebbüsün en tartışmalı koşulu olan elverişli hareketlerle icraya başlanılıp başlanılmadığının tartışılması gerekmemektedir. Dolayısıyla hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımının tartışılmasına birçok olayda gerek bulunmadığı gibi hareketin elverişli olup olmadığının belirlenmesi kapsamında suçta kullanılan aracın ve maddi konunun elverişliliğinin belirlenmesine de birçok olayda gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte suçun yaşayan bir insana karşı işlenmesi gerektiği için failin farkında olmayarak ölmüş bir kişiye karşı cinsel davranışlarda bulunması gibi uç olasılıklarda, suçun maddi konusunun mevcut olmadığı açıktır; çünkü cinsel saldırı suçunda suçun maddi konusu, cinsel davranışların yöneltildiği kişidir. Suçun maddi konusu mevcut olmadığına, işlenmesi kastedilen suça teşebbüsten söz edilemeyecektir; bu takdirde işlenemez suçun bulunduğu kabul edilmelidir.

Cinsel saldırı suçunun gerek temel şekli gerekse nitelikli halleri bakımından birçok olayda kural olarak teşebbüsün ikinci koşulunun tartışılmasının gerekmemesi, bu suça teşebbüste failin kastının önemini ortaya koymaktadır. Bu itibarla suçun temel şekline mi yoksa nitelikli hallerinden birisine mi teşebbüs

edildiğinin saptanmasında, failin kastının belirleyici olduğu söylenebilir. Kastın varlığının, icra hareketlerine başlanmadıkça suça teşebbüs için yeterli olmadığı açık olmakla birlikte; cinsel saldırı suçunun oluşumu için yeterli kabul edilen cinsel davranışın gerçekleştirilmesinin kolaylığı nedeniyle bu suça ilişkin birçok olayda hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımı gündeme gelmez.

Kast, failin iç dünyasında meydana geldiği için belirlenmesinde güçlükler yaşanabilmektedir. Kişinin iç dünyasında meydana gelen kast, dışa yansıyan olgularla belirlenebilir. Bu itibarla failin kastının saptanması için somut olayın bütün koşulları, titizlikle belirlenmeli ve değerlendirilmelidir.

Cinsel saldırı suçuyla ilgili hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımının tartışılmasını gerektiren bir olayla karşılaşılması az da olsa olanak dahilindedir. Bu takdirde TCK m.35'te benimsenen maddi objektif teoriye göre değerlendirme yapılmalıdır. Anılan hükmün gerekçesinde belirtildiği gibi icra hareketlerinin başlangıcıyla ilgili “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü yerine, “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Suçun kanuni tanımındaki hareketin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığı kuşkusuzdur. Ancak hükmün gerekçesinde dolaylı olarak ifade edildiği üzere işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketler gerçekleştirildiğinde de suçun icrasına başlanıldığı kabul edilecektir. Öğretide gerçekleştirilen hareketin; işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olup olmadığının, genel yaşam deneyimleri ve olayların olağan akışına göre belirlenmesi önerilmektedir. Suça teşebbüste sorumluluk belirlenirken daima varsayımsal yargıda bulunmaktadır. Anılan öneri, serbest hareketli ve neticeli suçlarla ilgili yapılmıştır. Bu önerinin, inceleme konusu suç bakımından da dikkate alınabileceği kanısındayız. Suçun, bağlı hareketli olduğu düşünülse bile, suç tanımında gösterilen cinsel davranışın gerçekleştirilmesindeki kolaylık nedeniyle suç, serbest hareketli suçla benzerlik göstermektedir. Dahası suç, sırf hareket suçudur. Bu itibarla serbest hareketli ve neticeli suçlarla ilgili yapılan öneri, cinsel saldırı suçu bakımından da dikkate alınabilir. Ancak özellikle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkin Yargıtay kararlarında, somut olayın koşulları zaman zaman gereği gibi değerlendirilmemektedir. Bu nedenle failin kastının suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline ilişkin olmadığı ve somut olayla herhangi bir ilişkilendirme yapılmaksızın icra hareketlerinin başlamadığı sonucuna varılabilmektedir. Bazen de somut olayın koşulları gereği gibi değerlendirilmediği için elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerine devam edemeyen fail hakkında gönüllü vazgeçme hükmü uygulanabilmektedir (TCK m.36).

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AKBULUT, Berrin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, **CHD**, Y. 2019, S. 40, s. 265-288.
- AKKAYA, Çetin, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan**, Ed. Mahmut KOCA, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 857-880.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Sarkıntılık Fiili”, **AÜHFD**, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 3243-3270.
- AYBAY, Aydın/ AYBAY, Rona/ PEHLİVAN, Ali, **Hukuka Giriş**, 25. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2023.
- AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **AÜHFD**, Y. 2006, C. 55, S. 1, s. 85-113.
- BACAKSIZ, Pınar/BAYZİT, Tuğba, “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspat Yaklaşımı”, **DEÜHFD**, **Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan**, Y. 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 379-414.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan, “Kanun Madde Gereçeklerinin Normların Yorumlanmasındaki Rolü ve Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi”, **SDÜHFD**, Y. 2025, C. 15, S. 1, s. 211-251.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, **GÜHFD**, Y. 2018, S. 1, s. 87-169.

- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- CENTEL, Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, **TBBĐ**, Y. 2012, S. 69, s. 269-290.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **Prof. Dr. M. Emin ARTUK’a Armağan**, Ed. Mahmut KOCA, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 225-262.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 20. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- DURSUN, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, **CHĐ**, Y. 2014, S. 24, s. 57-73.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, **DEÜHF**, Y. 2022, S. 2, s. 619-672.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 20. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2022.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- İBİŞ, Rabia, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- KANTARCI, Nurullah, **İşlenemez Suç**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KARAKEHYA, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KATOĞLU, Tuğrul, “Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan Cilt-I**, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015.
- KESKİN-KİZİROĞLU, Serap, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II**, 1.

- Baskı, Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Ceza Derneği Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 995-1004.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KORKUSUZ, Gülşah, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, **İÜHFİM**, Y. 2013, C. LXXI, S. 1, s. 815-854.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar, **Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı**, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar, “Cinsel Saldırı”, in: **Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar**, BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KİZİROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/MEMİŞ KARTAL, Pınar/ALTUNÇ, Sinan/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/ERMAN, Barış/EROĞLU ERMAN, Fulya/KURT, Gülşah/SINAR, Hasan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 459-490.
- MEMİŞ KARTAL, Pınar, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu” **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Ed. Nur CENTEL, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 85-110.
- NUHOĞLU, Ayşe, “Türk Ceza Kanununda ve 2022 Tasarısında Cinsel Suçlar”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 609-640.
- NUHOĞLU, Ayşe, “İstanbul Sözleşmesi ve Cinsel Suçlar”, **II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu**, Ed. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA, Necdet BASA, Ankara, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 987-998.
- ORAL, Mehmet, “Teşebbüs”, in: **Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında Türk Ceza Kanunu -Genel Hükümler- (26- 27 Mart 1997-İstanbul)**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 197-206.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1987.
- ÖNDER, Ayhan/ ÖZEK, Çetin, **Ceza Hukuk Pratik Çalışma Gereçleri**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1987.
- ÖNOK, Murat, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar ve Çareler**, Ed. M. Buket SOYGÜT, Aras TÜRAY, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 63-82.
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZGENÇ, İzzet, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, **AHBÜHFD**, Y. 2020, C. XXIV, S. 1, s. 257-283.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- PEHLİVAN, Ali, **Kovuşturmanın Mecburiliği İlkesi ve Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararları**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- SÖZÜER, Adem, **Suç Teşebbüs**, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.
- ŞEN, Ersan/ MAVİŞ, Mert/ ŞAHİN, Buğra/ EFE, Enes/ SERDAR, Cem, **Cinsel Suçlar**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.
- TANER, Fahri GÖKÇEN, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TANÖR, Bülent, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, **İnsan Hakları**, Ed. Korkut TANKUTER, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 47-56.
- TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.
- TOROSLU, Haluk, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, **AÜHFD**, Y. 2023, C. 72, S. 1, s. 417-445.
- TOSUN, Öztekin, **Suç Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ar Basım Yayım, İstanbul, 1982.
- TOZMAN, Önder, **Suç Teşebbüs**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

- ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- ÜNVER, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar”, in: **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu**, 1. Baskı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, s. 294-342.
- ÜZÜLMEZ, İlhan “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Ed. Bahri ÖZTÜRK, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 251-262.
- YALÇIN SANCAR, Türkân, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- YALVAÇ, Gürsel, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK CMK CGTİK ve İlgili Kanunlar ile Yönetmelikler**, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi” **MÜKTCAD**, Y. 2018, C. 2, S. 1, s. 49-54.
- YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, **TBBD**, Y. 2005, S. 57, s. 243-282.
- YURTCAN, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar**, 3. Bası, TBB Yayınları, Ankara, 2018.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Osmanlı Devleti ile Yahudi Cemaati Arasındaki Hukuki İlişkiler Hakkında Kısa Bir Değerlendirme^(*)

A Brief Assessment of Legal Relations between the Ottoman Empire and the Jewish Community

Ebru KAYABAŞ^(**)

Öz:

Osmanlı Devleti'nde toplum, hukuki, siyasi ve sosyal açılardan çeşitli kategorilere ayrılmıştır. Bu kategorilerden biri, bireylerin dini inançlarına dayalı olarak yapılan sınıflandırmadır; bu bağlamda Müslümanlar ile Gayrimüslimler (zimmiler) arasında yapılan ayırım, millet sistemi çerçevesinde kurumsallaştırılmıştır. Osmanlı'da yüzyıllar boyunca uygulanan millet sistemi, özellikle dini-idari temele dayalı bir organizasyon biçimi olarak dikkat çeker. Müslümanlar ile Gayrimüslimler arasındaki gruplandırmada Yahudiler de dâhil olmak üzere, tüm Gayrimüslimler, bireysel düzeyde Osmanlı Devleti'nin tebaası kabul edilirler. Ancak, Osmanlı'nın kendine özgü yönetim yapısı gereği, Gayrimüslimler sadece devletin tebaası olmakla kalmamış, aynı zamanda bağlı oldukları cemaatin, yani milletlerinin de doğal bir üyesi olarak kabul edilmişlerdir. Millet sistemi, özellikle İslam hukukundaki zimmet sözleşmesiyle ilişkilidir ve bu, devletin Gayrimüslimlerle olan ilişkisini belirleyen temel faktörlerden biri sayılır. Bu bağlamda, Yahudi milletinin Osmanlı'daki statüsü de zimmet akdi ile yakından bağlantılıdır ve Yahudilerin toplum içindeki yeri ve yönetimle olan ilişkilerini şekillendiren önemli bir unsurdur. Bu çalışmada, Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslim tebaasını oluşturan üç ana milletten biri olan Yahudilerin, Osmanlı hukuk sistemi içindeki genel konumu ve özellikle de yönetim karşısındaki statüleri ele alınacak ve incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Millet Sistemi, Zimmet Akdi, Osmanlı Yahudileri, Gayrimüslimler, Osmanlı Hukuku.

Abstract:

In the Ottoman Empire, society was divided into various categories from legal, political, and social perspectives. One of these categories was the classification of individuals based on their religious affiliation; in this context, the distinction between Muslims and non-Muslims was

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.06.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 02.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1714094

Bu makaleye atıf için: KAYABAŞ, Ebru, "Osmanlı Devleti ile Yahudi Cemaati Arasındaki Hukuki İlişkiler Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 631-677

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: ekayabas@istanbul.edu.tr
Orcid: 0000-0003-2478-1545

institutionalized within the framework of the millet system. The millet system, which was applied in the Ottoman Empire for centuries, stands out as a form of organization founded primarily on religious and administrative principles. In the grouping of Muslims and non-Muslims -including Jews- all non-Muslims were recognized at the individual level as subjects of the Ottoman state. However, due to the Empire's distinctive administrative structure, non-Muslims were not only considered subjects of the state but also regarded as integral members of their respective confessional communities, that is, their millets. The millet system was closely connected to the *dhimma* contract in Islamic law, which constituted one of the fundamental factors shaping state-communal relations with non-Muslim populations. In this regard, the status of the Jewish millet in the Ottoman Empire was closely tied to the principles of *dhimma* and served as a significant element in defining both the community's position within society and its state-communal relations with the Ottoman administration. This study will examine the general position of the Jewish millet -one of the three principal non-Muslim millets of the Empire -within the Ottoman Shari'a-based Legal Framework, with particular attention to their status in the context of the Ottoman administration.

Keywords:

Millet System, Dhimma Contract, Ottoman Jews, Non-Muslims, Ottoman Law

Extended Summary:

The administrative and social structure of the Ottoman Empire was remarkable for its ability to encompass diverse ethnic and religious communities across an extensive geography. Despite its character as an Islamic state, a substantial proportion of the Empire's population consisted of non-Muslims. The primary objective of Ottoman governance was not to convert non-Muslim subjects to Islam but to organize them systematically and maintain effective control. Within this framework, the administration prioritized upholding an order grounded in the principle of justice (*adalet*), fostering communal harmony, and ensuring the complete collection of tax obligations. From the reign of Mehmed II, this approach was systematized through the application of Islamic legal principles rooted in the *dhimma* (*zimmet*) framework, whereby non-Muslims were addressed not as individuals but as members of their respective confessional communities. Consequently, Ottoman society was organized into religious communities, restructured around the concept of the millet, and, over time, the classical Islamic *dhimma* framework evolved into the Ottoman millet system.

The historical development of Judaism, with origins predating Islam and Christianity, was shaped through interactions with various civilizations, including Babylonian, Persian, Roman, Byzantine, Arab, and Ottoman. Successive migrations contributed to the Jewish diaspora, resulting in the formation of distinct ethno-cultural communities: Ashkenazi in Europe, Sephardi in the Mediterranean, and Mizrahi in the Middle East and North Africa. In Anatolia, Jewish communities established a continuous presence from early periods, particularly under Roman and Byzantine rule, and maintained communal continuity under Ottoman governance. The mass migration of Sephardi Jews expelled from Spain in 1492 significantly altered the demographic and cultural composition of Ottoman Jewish communities, particularly in urban centers such as Istanbul, Salonika, and Izmir.

The implementation of the millet system proceeded relatively smoothly for the Greek Orthodox and Armenian Gregorian communities, owing to their centralized ecclesiastical structures, but the same cannot be said for the Jewish community. Due to its religious traditions and historically fragmented structure, Judaism lacked a centralized religious hierarchy, which posed challenges to the organization of Ottoman Jewry. Consequently, the effective functioning of state-communal relations became closely tied to the development of the institution of the Chief Rabbinate (*Hahambaşılık*). This condition, combined with the historical and cultural diversity and internal divisions among Jewish communities, significantly shaped the administrative position of the Jewish millet within the millet system and its state-communal relations with the Ottoman

administration. The period from 1453 to 1602 is widely regarded as the most flourishing era for Jewish communities in the Empire, followed by a phase of decline between 1602 and 1856. A primary objective of this study is to examine this institutional framework and the position of Ottoman Jewry under the millet system.

Within the Ottoman Islamic Juridical System, the status of non-Muslims was defined by the institution of *dhimma*, as previously noted. Through the *dhimma* contract, the People of the Book (*Ehl-i Kitap*) were granted protection of life, property, and freedom of worship on the condition that they accepted Islamic sovereignty; in return, they were subject to the payment of *cizye* and other tax obligations. Although the social position of *dhimmis* was not equal to that of Muslims, it was notably protective compared to other legal systems of the period. Consequently, the *dhimma* institution constituted the fundamental legal and administrative framework shaping the Ottoman Empire's approach toward its non-Muslim subjects.

In the Ottoman Empire, the millet system organized non-Muslim communities based on their religious affiliations. The Greek Orthodox, Armenian Gregorian, and Jewish millets were represented before the state through their respective religious leaders. However, due to the absence of a centralized religious hierarchy in Judaism, comparable to a patriarchate, the Chief Rabbinate in Istanbul, which was intermittently functional, assumed a distinct role. Although scholarship often attributes the establishment of this institution to the reign of Mehmed II, there is no direct evidence of a Chief Rabbinate encompassing all Jews of the Empire. Following the conquest of Constantinople, the appointment of the Romaniote rabbi Moses Capsali as head of the Chief Rabbinate in Istanbul facilitated the organization of Jewish communities around local communal structures known as *kahal* (congregations), whereby each community established its state-communal relations with the Ottoman administration through its own synagogue and rabbi. Internal communal divisions and the tendency of local rabbis to assert independence from central authority weakened the Chief Rabbinate's capacity to resolve internal disputes and represent the community before the state. This administrative weakness rendered the institution's position within the millet system subject to ongoing administrative and legal contestation. Thus, in comparison to other non-Muslim millets, Ottoman Jewry exhibited a more fragmented structure.

Over time, the office of the Chief Rabbinate developed a dual structure within the context of state-communal relations. Religious leadership was exercised by rabbis, while financial and administrative functions were largely delegated to the lay leadership of the community. Following the influx of Sephardi Jews after 1492, the demographic and authority balances within the community shifted, as the Sephardim displaced the Romaniotes in prominence and emerged as the dominant group. The powers of the Chief Rabbinate remained limited, primarily addressing personal status matters, such as family and inheritance disputes, through its communal courts. However, when one of the parties appealed to the *şer'iyye* courts, disputes were typically adjudicated under the framework of Islamic law.

In the perception of the Ottoman administration, Jews were often regarded as loyal subjects and viewed the Empire as a refuge compared to the persecution and expulsions they faced in Christian Europe. Nonetheless, this perception was not consistent across all periods; Jews periodically experienced forced resettlements, deportations, and specific restrictions, such as limitations on synagogue construction. Despite these challenges, the Ottoman administration generally refrained from interfering in the internal autonomy of the Jewish community, permitting, to a significant extent, the exercise of rabbinical authority and the operation of communal courts. During the Tanzimat era, the structure of the millet system underwent significant transformation, culminating in the promulgation of the 1865 *Yahudi Milleti Nizamnamesi* (Jewish Millet Regulation). This study focuses primarily on the period from the classical age of the Empire to the Tanzimat, with the legal transformations of the Constitutional (*Meşrutiyet*) and Republican eras beyond its scope.

In conclusion, the position of Jewish communities within the Ottoman Islamic Juridical System was shaped by the principles of *dhimma* and the millet system. Like other non-Muslim millets,

Jews maintained a measure of communal autonomy under state authority through the institutions of the Chief Rabbinate and communal courts, preserving their religious identity. The Ottoman millet system provided a framework both protective and restrictive, facilitating the coexistence of diverse religious communities. However, by allowing communities to maintain their traditional structures, the system impeded complete integration among groups, contributing to communal fragmentation in the nineteenth century that accelerated the dissolution of the Empire during the era of nationalism. Unlike the Greek Orthodox, Armenian Gregorian, Arab, and other communities, the Jewish millet did not pursue separation from the Ottoman state or seek national independence. This exceptional situation can be attributed to the nature of state-communal relations, the Ottoman policy of minimal interference in internal communal affairs, and the decentralized and heterogeneous structure of the Jewish community, shaped by historical migrations, which prevented the development of a unified national consciousness.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti her ne kadar İslam devleti olsa da bazı bölgelerinde nüfusun çoğunluğunu Gayrimüslimler oluşturmaktaydı. Devletin egemenliği altındaki geniş coğrafyada, üç büyük dine mensup topluluklar, yalnızca farklı inanç sistemlerine değil, aynı zamanda bu dinlerin kendi içindeki çeşitli mezhep ve cemaat yapılarına da sahip olarak, olabildiğince heterojen bir yapıda bir arada yaşamaktaydılar. Bu tabloda Osmanlı Devleti'nin temel meselesi, Gayrimüslim tebaayı zapturapt altına almak veya Müslümanlığı kabule zorlamak değil, onları sistemli bir şekilde örgütlemek ve denetim altına almaktır. Bu yolla, düzenin sürekliliği adalet ilkesine dayanılarak temin edilecek, toplumsal huzur sağlanacak ve en önemlisi, Gayrimüslimler yasalara riayet ederek, vergi yükümlülüklerini yerine getirecekti. Fatih Sultan Mehmet döneminde bu idare tarzı, daha sistematik ve kararlı bir yaklaşımla, İslam hukukunun zimmilik kurallarına uygun olarak hayata geçirilmeye başlandı. Bundan sonra Osmanlı Devleti, zimmi-leri bireysel kimlikleriyle değil, ait oldukları cemaatin birer mensubu olarak değerlendirdi ve bazı hukuki ve mali konularda doğrudan cemaati muhatap kabul etti. Söz konusu yaklaşım, İslam hukukunun doğal yapısından kaynaklanmaktadır. Bu idari düzenlemeler, halkın dini aidiyetlerine göre topluluklara ayrılmasını ve her bir Gayrimüslim bireyin ya da topluluğun, din temelli bir bağ çerçevesinde bir millete mensup olmasını mümkün kılar. Özetle Osmanlı Devleti, toplumu din temelli olarak kompartımanlara ayırmış ve bu kompartımanların üyelerini “millet” olarak adlandırarak klasik İslam devletlerine özgü “ümme” sistemini, zaman içerisinde “millet” esasına dayalı bir yapıya dönüştürmüştür. Kurulan sisteme göre cemaatler, çoğunlukla milletlerinin ruhani liderleri aracılığıyla Osmanlı idaresiyle temas kurmuş; bu kişiler, milletlerinin davranışları ile vergi ve diğer yükümlülüklerinden dolayı padişaha karşı sorumlu tutulmuşlardı.

Osmanlı Devleti millet sistemini geliştirirken, Ermeni ve Rum milletleri dinlerinin yapısı gereği merkezi bir dini/ruhani otoriteye sahip olduklarından bu konuda çok büyük bir sorunla karşılaşmadı. Ancak Yahudi milleti açısından bu durum bir sorun teşkil etti; zira hem dini geleneklerinden hem de farklı coğrafyalara dağılmış ve parçalanmış yapılarından kaynaklanan çeşitli nedenlerle merkezi bir dini liderliğe sahip değillerdi. Bu nedenle çalışmada, millet sistemi ve hahambaşılık konusu ve yaşanan sorunlar özellikle vurgulandı. Bununla birlikte, makalenin kurgulanmasında hukuk tarihi disiplininde yaygın olarak kullanılan yöntem benimsendi; bu yöntem doğrultusunda, Yahudilik ve Yahudilerin Osmanlı Devleti öncesi ve sonrasında Anadolu'daki toplumsal yapıları ile özellikle çeşitli göç/göçe zorlanma süreçleri genel hatlarıyla incelendi. Çalışmanın

ilgili başlığında bu konuda aktarılan çeşitlilik ve bölünmeler, Yahudilerin millet sistemi içindeki konumları ve özellikle devlet görevlileriyle cemaatlerinin yaşadıkları sorunların temelini oluşturur. Sonrasında Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere yönelik ilk ve öncelikli olarak İslam hukuku çerçevesinde zimmet ilkelerinin uygulandığı bilindiğinden, zimmet kurumu ve bu sözleşmenin getirdiği hukuki düzenlemeler ve sınırlamalar ayrı bir başlık altında incelenerek makalenin ana sorunlarından birisi temellendirildi. Ardından, makalenin temel odak noktalarından bir diğeri olan Yahudi cemaatlerinin millet sistemi içerisindeki konumuna da değinilerek; yine bu bağlamda, millet sisteminin genel ilkeleleriyle birlikte, sadece bireye sıkı sıkıya bağlı konular olan aile ve miras hukuku alanlarındaki uyuşmazlıklara bakma yetkisine sahip Yahudi cemaat mahkemeleri de tartışıldı.

Ayrıca çalışmada, Yahudi cemaatlerinin millet sistemi içerisindeki konumu; bu bağlamda hahambaşılık kurumu, cemaat mahkemeleriyle ilgili ortaya çıkan sorunlar ve cemaat liderlerinin devlet görevlileriyle olan ilişkileri öncelikli olarak ele alındı. Bu nedenle, çalışma ağırlıklı olarak 1865 tarihli Yahudi Milleti Nizamnamesi'ne kadar olan dönemi kapsamakla birlikte konu bütünlüğü açısından gerekli görülen yerlerde sonraki dönemlere de atıfta bulunuldu. Bununla birlikte gerek klasik dönemde gerek Tanzimat döneminde Yahudilerin bireysel düzeydeki hukuki statüleri ile toplumsal yaşamdaki İslam hukuku kaynaklı sınırları ve Meşrutiyet ve sonrasında Gayrimüslimlerin hukuki statülerinde meydana gelen dönüşüm süreci kasten ihmal edilerek söz konusu meseleler, detaylı biçimde ele alınmak üzere ileride gerçekleştirilecek müstakil çalışmalara bırakıldı. Netice olarak okuyacağınız makale Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla sona eren ve günümüz hukuk sisteminden önemli ölçüde farklılık gösteren, kendine özgü kural ve kurumlara sahip Osmanlı Devleti hukuk sistemine ait bir konuyu incelemektedir. Bu doğrultuda, özellikle Yahudi toplumu açısından dönemin hukuk anlayışı ile cemaat-devlet ilişkileri, bağlamından koparılmadan ve tartışılan asıl meseleyle birlikte bütüncül bir şekilde ele alındı.

I. YAHUDİ TARİHİ VE TOPLUMU

Dinler tarihinde, üç büyük tek tanrılı dinle karşılaşmaktayız: Yahudilik, Hıristiyanlık ve İslam. Bu üç dinin içerisinde en eskisi, yaklaşık 5800 yıllık bir geçmişe dayanan Yahudi inancıdır ve genel olarak yayılma ve tesiri bakımından evrensel bir din olma niteliğine sahip olsa da iç dinamikleri açısından hem ulusal hem de evrensel öğeler barındırmaktadır. Tarihsel bağlamda Yahudilerin kökeninin, İbrahim'in Sara'dan olan oğlu İshak'a dayandığı iddia edilir. İshak

vefat ettiğinde oğlu Yakup, Filistin'e elçi olarak gönderildi ve orada yerleşti. Bu esnada Yakup'un on iki oğlu oldu ve o tarihten sonra her biri bir Yahudi kabile-sini temsil etti¹. Kurumsal yapısı Musa Peygamber ile başlayan ve onun Sina Dağı'nda Tanrı ile yaptığı konuşmayla birlikte gelişen Yahudilik artık bundan sonra On Emir sembolizmiyle de bir inanç sistemine sahip oldu. İncanın temeli-ni oluşturan kutsal metin Torah, dinin ilk kutsal kitabıdır. İncanın kurum ve ilkeleri, günümüze kadar Yahudi din adamlarının oluşturduğu Rabbani gelenek ve Orta Çağ Yahudi düşüncesi aracılığıyla şekillenmiş, özellikle son yüzyıllarda geliştirdiği farklı açılımlar ve kırılmalarla ilerlemesini devam ettirmiştir. Bu açıdan Yahudilik bütüncül, homojen bir sistem olmaktan ziyade, Yahudilerin çeşitli dönemlerde Babil, Pers, Yunan, Roma, Bizans, Arap, Osmanlı ve diğer batılı kültürlerle yaşadıkları tecrübe ve karşılıklı iletişim sonucunda biçimlenen dinamik bir sistemi karşımıza çıkarır. Tarih boyunca Yahudileri tanımlamak için üç ayrı isim kullanılmıştır. Bunlar: İbrahim'in atası Eber'e dayanan İbrani, İbrahim'in torunu Yakup'a dayanan İsrail ve Yakup'un oğullarından Yahuda'ya dayanan Yahudi'dir. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde Yahudilere, Musa Peygam-ber'in takipçisi olmaları nedeniyle Musevi de denilmiştir².

Yahudiler, "Exodus-Çıkış" olarak adlandırdıkları, MÖ 15 ila 13. yüzyıl arasında gerçekleştiği düşünülen Mısır'dan göçleri ile İkinci Tapınağın yıkılma-sına kadar geçen süre boyunca Filistin topraklarında yaşadılar. Ancak daha son-ra Romalıların tapınaklarını yok etmesinin ardından dünyanın o dönemde müm-kün olan dört bir köşesine dağıldılar. Bu göç esnasında kuzeydoğu Avrupa isti-kametine yani Almanya, Polonya, Rusya'ya doğru giden ve oraya yerleşenlere Aşkenaz; güney-güneybatı Avrupa ve genel olarak kuzeybatı Akdeniz çevresine yerleşenlere Sefarad ve Kafkasya, Orta Asya, Orta Doğu, Kuzey Afrika'ya yer-leşenlere doğulu anlamına gelen Mizrahi denilmiştir. Bu üç ana grubun dışında ve etnik olarak Yahudi kabul edilmeyen Etiyopya kökenli Beta İsrail, Çin kö-kenli Kaifeng Yahudileri, Güney Afrika'da yaşayan Lemba Yahudileri, 20. yüzyılda Yahudiliği benimseyen Abayudaya yani Uganda Yahudileri'nin ya-nında çoğunlukla Osmanlı topraklarında yaşayan Karay mezhebine mensup ve geleneksel Yahudilikten farklı olarak Tora Yazıtları'nı kutsal kabul eden ama Talmud'u ve rabbani geleneklerini reddeden Karaimler (Karayit-Ba'alei ha-Mikra) de sayılabilir³.

¹ GÜRKAN, Salime Leyla, **Ana Hatlarıyla Yahudilik**, İSAM, Ankara, 2016, s. 15-16.

² GÜRKAN, s. 16.

³ ŞAKİR, Ziya, **Türkiye Yahudileri**, Akıl Fikir Yayınları, İstanbul, 2011, s. 11; GÜRKAN, s. 32, 34.

Yahudilerin Anadolu topraklarındaki tarihi ise Türklerin Anadolu'ya yerleşmelerinden hayli eskiye dayanır. Bunun ilk izlerine, Tevrat'ta Fenikeli esir tacirlerinin, Yahudileri İyonlara sattıklarına dair bir kıssada rastlanılmıştır. Ayrıca Aristo'nun eserlerinde Anadolu'da yaşayan Yahudilerden sıkça bahsedilirken, çeşitli arkeolojik çalışmalarda da MÖ 4. yüzyıldan itibaren Ege bölgesi başta olmak üzere Anadolu'nun her köşesinde, eski Yahudi yerleşimleri ve İbranice rulolar ortaya çıkarıldığı bilinir. Bu eserler arasında Roma'nın ilk İmparatoru Augustus'un Yahudi tebaasına tanıdığı hakların yazıldığı Ankara'da bulunan bronz sütun ve bir antik Lidya kenti olan Hypaepa'daki "Genç Yahudilerin Sunusu" önemlidir⁴.

Anadolu'da yaklaşık on bir yüzyıl süren Bizans hakimiyeti dönemine baktığında Yahudilerin iki gruba ayrıldığı görülür: İlk grup, isimlerinin kökeni Rumca olan ve Rumcaya yakın Yevanik (Yahudi Rumcası) adı verilen dili konuşan ve hatta ibadetlerinin bir kısmını bu dille gerçekleştiren Rabbani de denilen Romanyotlar ve ikinci olarak -yukarıda da bahsedilen- Tora Yazıtları dışında başka kaynak tanımayan Karaim mezhebi mensuplarıdır. Zaman zaman Hristiyanlığı kabule zorlanan, havralarına el konulup kiliseye dönüştürülen, ayinleri yasaklanan ve hatta 9. yüzyılda bir kısmı kaçıp Hazar Kağanlığına sığınmak zorunda kalan Bizans Yahudileri sonraki yüzyıllarda ve özellikle Türk hakimiyetinde yeniden Anadolu'da yaşamaya devam ettiler⁵.

Orta Çağ'da Yahudilerin ekserisi batıda İspanya'dan, doğuda Irak, İran, Filistin ve Orta Asya'ya kadar yayılan İslam devletlerinin hükümlanlık alanında yaşıyordu. Diğer taraftan Avrupa'da mukim Yahudiler ise kültürel ve dini öğretiler açısından doğuya bağımlı bir azınlık grubunu oluşturuyordu. Zamanla bu değişti ve Orta Çağ'ın sonlarına doğru, Yahudi dünyasının merkezi doğudan batıya, Asya'dan Avrupa'ya, İslam topraklarından Hristiyan topraklarına kaydı. Bu dönüşümün nihayetinde, cemaatin kendi içerisinde, İslam dünyasındaki Yahudiler azınlık, Hristiyan dünyasındaki Yahudiler ise çoğunluk durumuna geldi. 16 ve 17. yüzyıllarda Yahudi yerleşim merkezleri artık genel olarak iki büyük krallıkta toplanmıştı: Leh Krallığı ve Osmanlı İmparatorluğu⁶.

⁴ SHMUELEVITZ, Aryeh, **The Jews of the Ottoman Empire in the Late Fifteenth and the Sixteenth Centuries**, Brill, Leiden, 1984, s. 12; SVASTİCS, Okşan, **Yahudilerin İstanbul'u**, 2. Baskı, Boyut, İstanbul, 2014, s. 16. Ayrıntılı bilgi için bkz: FELDMAN, Louis H. **Jew and Gentile in the Ancient World: Attitudes and Interactions from Alexander to Justinian**, Princeton University Press, Princeton, 1993.

⁵ GALANTİ, Avram, **Türkler ve Yahudiler**, Gözlem Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 15; SHMUELEVITZ, s. 13. Ayrıntılı bilgi için bkz: BOWMAN, Steven B., **The Jews of Byzantium, 1204-1453**, University of Alabama Press, Alabama, 1985; FELDMAN, Louis H., **Judaism and Hellenism Reconsidered**, Brill, Boston, 2006.

⁶ GROEPLER, Eva, **İslam ve Osmanlı Dünyasında Yahudiler**, Çev. Süheyla KAYA, Belge Yayınları, İstanbul, 1999, s. 29.

Osmanlı ve İslam devletleri coğrafyasındaki yerleşik Yahudi cemaatlerinin durumu, Bizans başta olmak üzere yerleştikleri topraklara hükmetmiş önceki devletlerden pek farklı değildi. Zira İran ve çevresinde yaşayan ve Farsça konuşan Yahudiler, Irak'tan Fas'a, çok geniş bir alanda yerleşik ve Arapça konuşan Yahudiler ve daha evvel de bahsedilen Anadolu'da yaşayan önce dönüştürülmüş bir Rumca sonra Türkçe konuşan Romanyot Yahudileri ile birlikte üç büyük grubu oluşturmaktaydı. Bu durum 15. yüzyılda değişti ve Avrupa'nın çok çeşitli bölgelerinden doğuya, İslam topraklarına doğru yaşanan büyük göç dalgalarıyla birlikte İbranice ve Almanca'nın karışımıyla oluşturulmuş bir dil olan Yidişçe konuşan Aşkenazlar ve standart İspanyolca'nın tarihi bir varyantı olan Judeo-Español (Ladino) dilini konuşan Sefarad Yahudileri de denkleme dahil oldu. Anadolu'ya ilk göçenler, 1376 sürgününden sonra Macaristan'dan, 1394 sürgününden sonra Almanya ve Fransa'dan, 16. yüzyılın sonuna kadar İtalya'dan gelen Aşkenazlardı. Ancak asıl büyük kitlesel göç 15. yüzyılın sonundan, 1492'den itibaren Elhamra Kararnamesi ile İber yarımadasından çıkartılan İspanya ve Portekiz Yahudileri, Sefarad'ların göçüyle oldu⁷. Yahudi milleti Osmanlı toprakları üzerinde yaşayan en dağınık ve en çok dilli cemaatti. Osmanlı Yahudileri hakkında yazan başta Avram Galanti olmak üzere çeşitli yazarlar, 1453-1602 yılları arasındaki dönemin Osmanlı'da Yahudi cemaatlerinin en parlak dönemi olduğunu, 1602-1856 yılları arasının çöküş, 1856'dan Birinci Cihan Harbine kadar ise yeni bir başlangıç anlamına geldiğini ifade etmişlerdir⁸.

II. İSLAM HUKUKUNDA GAYRİMÜSLİMLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

İslam devletlerinde halk unsuru hukuki, siyasi ve sosyal açıdan çok çeşitli ayrımlara tabidir. Bu ayrımlar dönemlere ve devletlerin kamu düzenlemelerine göre farklılıklar göstermekle birlikte büyük oranda Osmanlı Devleti için de geçerliydi. Devlet görevlilerini yani kendine özgü çeşitli ayrıcalık ve sorumluluklara tabi askeri sınıfı bir tarafa bırakırsak, Osmanlı'da reaya⁹, özgürlükleri

⁷ GROEPLER, s. 29.

⁸ Yahudilerin Anadolu ve Osmanlı topraklarındaki yerleşimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: GALANTİ, Avram, **Üç Sami Kanun Koyucu - Hamurabi, Musa, Muhammed**, Anka Yayınları, İstanbul, 2002; EPSTEIN, Mark Alan, "The Ottoman Jewish Communities", **İslamkundliche Untersuchungen**, V: 56, Freiburg, 1980; SEVILLA-SHARON, Moshe, **Türkiye'de Yahudiler**, Kudüs İbrani Üniversitesi Yayınları, Kudüs, 1982; SHAW, Stanford J., **Osmanlı İmparatorluğu'nda ve Türkiye Cumhuriyeti'nde Yahudiler**, Çev. Meriç SABUTAY, İstanbul, 2008; LEWIS, Bernard, **İslam Dünyasında Yahudiler**, Çev. Bahadır Sina ŞENEL, İmge, İstanbul, 1996.

⁹ "Osmanlılar'da reâyâ terimi en geniş anlamda seyfiye, kalemiye ve ilmiyeden oluşan askerî sınıf dışındaki bütün halkı kapsar. Bunların büyük çoğunluğu bütün vergileri öder, bir kısmı da bazı hizmetler karşılığında avâriz ve raiyyet rûsûmundan muaf tutulur. Reâyâ kelimesi kaynaklarda sadece Osmanlı Devleti'nin tebaası için değil diğer devletlerin halkı için de kullanılır. Kroniklerde ve başka eserlerde "keferenin

bakımından hür ve köleler olarak; ekonomik bakımdan kabaca şehirli ve köylüler olarak ve dini inançları bakımından da Müslümanlar ve Gayrimüslimler (zimmiler) olarak bölümlere ayrılmaktaydı. Müslümanlar da diğer dinlerde olduğu gibi çeşitli gruplara bölünmüş olmalarına rağmen, teorik olarak tek parça kabul edildiler. Gayrimüslimler ise kendi aralarında ehl-i kitap ve müşrik olarak iki grupta tasnif edildi. Buna göre Gayrimüslimler İslam devletlerinde belirli kurallar ve sınırlamalara riayet ettiklerinde, örneğin cizye ve haraç vergilerini ödedikleri takdirde hem yaşam hakkına hem tebaadan olma hakkına sahiptir¹⁰.

İslam hukukunda Gayrimüslimlerin hukuki statüsü kendisinden önceki hukuk sistemlerindeki düzenlemelere benzer bir şekilde, temelinde Gayrimüslimlere ilişkin olumsuz bir yargıyla desteklenir ve Müslümanlar karşısındaki eşitsizliğe dayanır. Aslında İslam hukukunda çoğunlukla efendi-köle, erkek-kadın ve inanan-inanmayan olmak üzere üç tür eşitsizlik görünür haldedir ve bu üç gruptan sadece inanmayanlar yani Gayrimüslimler kendi istekleriyle bu statüde kalmaları nedeniyle onlara uygulanan eşitsizliklerin diğerlerine oranla çok daha sembolik olduğu açıktır. Müslümanlar karşısında sahip oldukları bu eşitsizlikler -ileriki bölümlerde Yahudiler açısından ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere- daha ziyade kılık kıyafetleri, evlerinin görünüş ve şekilleri, toplum içindeki davranış biçimleri veya kamusal yasaklar gibi konularda kendisini gösterir. Ayrıca vergi düzenlemelerine veya sosyal eşitsizliklere sık sık isyan eden halk, Kuranı Kerim kaynaklı olduğu için Müslüman ve Gayrimüslim eşitsizliği de dahil olmak üzere sayılan bu üç eşitsizliğe Tanzimat dönemine kadar yüzyıllar boyunca isyan etmedi¹¹.

İslam'ın tebliğinden hemen sonra başlayan süreçte, İslam hukukunun fakiher aracılığıyla İslam devletiyle beraber ve paralel gelişimi nedeniyle -yani daha isabetli bir ifadeyle devletin kendine özgü siyasi/hukuki mahiyeti gereği- sonraki tüm İslam devletlerinde Gayrimüslim uyruklar hep var oldu. Bu nedenle İslam'ın Gayrimüslimlere yaklaşımının temelleri Hz. Muhammed'in tutumuna, kısmen de fetihler esnasındaki koşullara bağlı olarak gelişti ve değişti. Medine'de kurulan devlette Yahudiler de İslam'ın egemenliği altında, Müslüman ve

reâyâsı / keferes reâyâları” tabiri sıkça geçer. Dolayısıyla terim bütün toplumlarda “vergi ödemekle yükümlü, yönetilen tabaka” anlamındadır. Osmanlı Devleti'nin gayri müslim tebaası kastedildiğinde tabir “reâyâ keferesi” şeklini alır.” (ÖZ, Mehmet, “Reaya”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/reaya>, E.T.: 03.06.2025).

¹⁰ AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 141 vd; CİN, Halil/ AKYILMAZ, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 4. Baskı, Sayran Yayınları, Konya, 2011, s. 197 vd.

¹¹ BRAUDE, Benjamin/LEWIS, Bernard, “Introduction”, içinde, **Christians and Jews in the Ottoman Empire - The Functioning of a Plural Society**, Volume: 1, Holmes and Meier, New York, 1982, s. 3.

müşriklerle beraber yaşıyordu. Bununla birlikte devlet, daha sonra güçlenip yeni topraklar fethettikçe, egemenliği altına aldığı bölgelerde yaşamakta olan çeşitli dinlerden kadim halklarla karşılaştı. İslam devleti, putperest Araplar ile mürtedler (İslam'ı benimseyip sonra dönenler) dışındaki tüm Gayrimüslim toplulukların kendi tebaası olarak belirli şartlar dahilinde yaşamalarına izin verdi. Bu durum İslam'ın egemenliği altındaki herkesin şartlar gereği Müslümanlığı kabul etmeyebileceğinin doğal karşılanmasından ve yine Arap putperestleri ve mürtedler haricinde diğer dinlere inanan reayaya, Müslümandan daha aşağı bir konumda da olsa, onların var oluşlarını tanımak suretiyle varlıklarını kabul etmesinden kaynaklanmaktaydı. İslam dini, Müslüman olmayanlarla ilişkisini temelde İslam egemenliğini kabul edip etmemelerine bağlı olarak kuruyordu. Bu nedenle Müslümanlar ve Gayrimüslimlerle olan ilişkiler daha en başında bir iktidar sorunu olarak siyasal ve hukuki düzeyde ele alınmış, devletin Gayrimüslim tebaasına, komşularına ve fethettiklerine karşı davranışlarında izleyeceği kurallar ve bu kuralların içinden çıkarılacak daha geniş ilkeler şeklinde biçimlenmiştir. Böylece Gayrimüslimlerle ilişkiler ilerleyen dönemlerde İslam hukukunun önemli bir kısmını oluşturmuştur¹².

Uygulamada ise Gayrimüslimler, dini inançlarına istinaden ehl-i kitap olanlar ve olmayanlar olarak kendi içinde ikiye ayrılır. Yahudi ve Hristiyanlara yani tek tanrı inancına sahip ve yine kendilerine semavi bir kitap (Zebur, Tevrat, İncil) gönderildiğine inananlara ehl-i kitap; bunların dışında kalan inançlara sahip olanlara ise ehl-i kitap olmayanlar denir¹³. Ayrıca uygulamada Zerdüş'tü peygamber kabul eden¹⁴ Mecusileri (Zerdüş'tleri)¹⁵ ve Sabiileri¹⁶ de ehl-i kitap kabul eden fakihler bulunur.

¹² LEWIS, s. 23; SOYKAN, Tankut, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler**, Ütopya, İstanbul, 2000, s. 39.

¹³ ERYILMAZ, Bilal, **Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi**, Risale, İzmir, 1988, s. 6.

¹⁴ BOZKURT, Gülnihal, "İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı, Cilt: 3, Sayı: 1-4, 1987, s. 117.

¹⁵ Zerdüş'tün öğretilerini benimseyen bir din olan Mecûsilik, eski İran gelenek ve inançlarıyla harmanlanarak şekillenmiştir. Bu inanç sistemi, özellikle Sasani İmparatorluğu döneminde, devleti yönetenlerle sıkı ilişkiler kuran bir din adamları sınıfı sayesinde resmi bir yapıya kavuşmuştur. İslam kültüründe bu din, adı geçen din adamları grubundan dolayı Mecûsilik olarak bilinirken, Batı dünyasında kurucusu olan Zerdüş't'e atfen Zoroastrianizm ya da en yüce varlık olan Ahura Mazda'ya nispetle Mazdeizm adıyla anılır. Ayrıca, ateşe büyük bir saygı duyulması ve bu sebeple yapılan ibadetler nedeniyle, halk arasında Ateşperestlik adıyla da tanınmıştır. (GÜNDÜZ, Şinasi, "Mecusilik", **TDV İslam Ansiklopedisi**, (Çevrimiçi), E.T.: 15.08.2025).

¹⁶ "Sabiiler ve Mecusiler ne Musevi ne de Hristiyan oldukları halde ehl-i kitap kabul edilmişlerdir. İslamiyet her iki inanç grubunun da vahyedilmiş birer kitap sahibi olduklarını ancak bunların zaman içinde kaybolduklarını kabul eder." (ERCAN, Yavuz, **Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 2).

İslamiyet inananlarını, dinlerin doğası gereği, diğer dinlerin taraftarlarına göre daha yüksek bir konumda görürken yine kuralları gereği diğer inanç sahiplerini kendi aralarında farklı ayrımlara tabi tutar ve bunlardan bazılarını diğerlerine nazaran üstün bir konumda kabul eder. Osmanlı dönemi ve öncesinde bu topluluklar içinde İslam'ın en değer verdiği grup ehl-i kitaplardı ve ehl-i kitap olmayanlar daha aşağı bir konumda yer alıyordu. Bunun nedeni ise Yahudilik ve Hristiyanlığın her ne kadar sonradan “bozulmuş” olsalar da yine Allah tarafından peygamberleri vasıtasıyla gönderilen vahiylerle yani özü itibarıyla semavi kitaplara dayanan inançlar olarak kabul edilmeleridir¹⁷.

Ehl-i kitap olmayan inanç sahiplerinin haklarından hayli farklı olarak İslam hukuku, Müslüman erkeklerin Yahudi veya Hristiyan ehl-i kitap kadınlarla evlenebilmesi veya Yahudi ve Hristiyanların kestiklerinin yenmesi gibi konularda ruhsat verir ve genel olarak ehl-i kitaplar, İslam devletlerinde kamu düzenini bozmadıkları ve Müslümanların inançlarına zarar vermedikleri sürece dinlerini özgürce yaşama hakkına sahiptir. Böylece Gayrimüslimler İslam devleti tebaası -Osmanlı'nın son döneminde vatandaşı olarak esas itibarıyla kanun önünde Müslümanlarla eşit haklara sahipti. Farklı uygulama ve kısıtlamalar - çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere- daha ziyade kamu düzeni ile ilgili konularda ve cezai meselelerde karşımıza çıkarırken, zamanın diğer devletlerinden görece daha iyi ve istisnaidir¹⁸.

İslam hukukuna göre cihat düşüncesi esas olarak belirli bir toprak ve topluluk üzerinde egemenlik kurmayı hedeflemez; aksine tüm dünyaya egemen olmayı amaç edinir. Ancak elbette yeryüzünde İslam'a inananlar gibi inanmayanlar da bulunmaktadır¹⁹ ve pratikte tüm dünyanın Müslüman olması pek kolay gerçekleşebilecek bir idea değildir. Zamanla durumu fark eden fakihler İslam devletler hukukunu düzenlerken, yeryüzünü darülislam²⁰ ve darülharp²¹ olarak

¹⁷ SOYKAN, s. 31.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: CİN/AKYILMAZ, s. 97; ÖZEL, Ahmed, **İslam Hukukunda Ülke Kavramı - Darülislam Darülharp**, İz, İstanbul, 1998.

¹⁹ KARAMAN, Hayrettin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukukuna Giriş - Amme Hukuku**, Ensar, İstanbul, 1984, s. 183.

²⁰ “Fıkıh kitaplarında dârülsîlâmın ‘Müslümanların hâkimiyeti altındaki yer’ veya ‘Müslümanların devlet başkanının hüküm ve sultasının yürürlükte olduğu ülke’ şeklinde tarif edildiği görülmektedir. Buna göre dârülsîlâm, Müslümanların hâkimiyeti altında bulunup İslâm hukuk sisteminin uygulandığı ülkedir. Bu durumda nüfusun Müslüman veya Gayrimüslim, az veya çok olması önemli değildir.” (ÖZEL, Ahmed, “Darülislam”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, <https://islamansiklopedisi.org.tr/darulislam>, E.T.: 25.06.2024).

²¹ “İslâmın siyasî hâkimiyetinin sınırları dışında kalan, yönetim ve hukuk düzeni İslâm esaslarına uymayan her ülke dârülharptir.” (ÖZEL, Ahmed, “Darülharp”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/darulharp>, E.T.: 25.06.2024).

iki kısma ayırdılar. Böylece uygulamaya göre, bir bölge İslam devletinin haki-miyetine geçtiğinde yani darüislam haline geldiğinde İslam devletinin egemen-liğine girer ve İslam hukuku tesis edilir. Bunun sonucunda bir ülkenin veya bölgenin darüislam ya da darülharp olup olmadığının anlaşılmasındaki temel kıstas otorite ve egemenlik olup nüfusunun hangi dine inandığı veyahut bölgede Gayrimüslimlerin çoğunlukta olup olmadığının önemi olmaz. Önemli olan ida-renin ve hizmetlerinin İslam hukukunun kurallarına göre düzenlenmesi, İslam hukukunun uygulanmasıdır. Tam olarak fikir birliği olmamakla birlikte yönetim hakkı Gayrimüslimlerde olan ancak İslam devletlerine bağlı, onların hâkim olduğu ülkeler (bağlı ülkeler) ve daha evvel darüislam iken birtakım gelişmele-rin neticesinde işgal edilen ve Gayrimüslim egemenliği altına giren fakat İs-lam'ın izlerinin tam anlamıyla kaybolmaması nedeniyle eski kuralların devam ettiği ülkeler de darüislam kabul edilir. Aksi görüştekiler ise ilk örneğe darüs-sulh derken özellikle ikinci örnekteki ülkelerin artık darüislam olamayacağını, durumun İslam devletler hukuku kurallarına uymadığını ve artık darülharp ka-bul edilmeleri gerektiğini ifade ederler²². Anlaşılacağı üzere, İslam hukukunun darülharp ve darüislam anlayışı, İslam hukuk sisteminin yürürlükte olduğu alanla ilgilidir. Bu bağlamda, devlet teorisine göre sınırları belirli olan ülke unsuru, İslam devleti anlayışında da varlık göstermektedir²³.

Peki İslam topraklarında yaşayan Gayrimüslimler tüm bu bahsedilen İslam hukuku kurallarına bağlı olarak İslam devletinin tebaası olma hakkını nasıl ka-zandı? Daha önce de bahsedildiği gibi bu konuda İslam devletlerinin birbirinden farklı uygulamalara sahip olması doğal olmakla birlikte ortaklaşan uygulamalar ve hükümler de mevcuttur. Klasik fıkıh kitaplarında Gayrimüslimler: Yabancı Gayrimüslimler, İslam devletiyle savaş halinde bulunan ülkelerde yaşayan ve harbi²⁴ adı verilen Gayrimüslimler, barış anlaşması yapılan devlette yaşayan ehl-i sulh denilen Gayrimüslimler ve aman (eman)²⁵ beyanı ile İslam devletine se-

²² BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, Cilt: 3, İstanbul Üniver-sitesi Yayınları, İstanbul, 1950, s. 369 vd.; ÖZEL, s. 86-87.

²³ KOYUNCU, Nuran, “İslam-Osmanlı Hukukunda Devlet Kavramı”, **Bilim, Eğitim ve Düşünce Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 3, 2007, s. 8.

²⁴ Harbi, “İslam hukukuna göre İslam inancını kabul etmemiş olan darülharp sakinlerine denir. Bunlar için Kuran'da ‘civar’ kelimesi kullanılmaktadır. Harbi, teorik olarak darüislamla sürekli savaş halinde olan veya aralarında barış hali geçerli olmayan ülkelerin vatandaşlarıdır. İslam devleti bunlar üzerinde hiçbir egemenlik hakkına sahip değildir.” (KARAKOÇ, İrem, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık - Yabancılık Statüsü**, Yetkin, İzmir, 2012, s. 122).

²⁵ “Kelime anlamı bakımından iman, İslam'ı kabullenmek; eman sözleşme yapmak demektir. Hukuk tekniği bakımından anlamı ise, harbilere karşı öldürmek ve esir almak niyetiyle karşı saldırıdan Allah rızası için kendini çekmektir. Ancak karşı tarafın da darüislamda bulunduğu sırada, devletin aleyhine fiil ve davra-

yahat etmek ve İslam devletinde belirli bir süre ikamet etmek için izin alan müstemenler olarak dört grupta incelenir²⁶.

İslam devletinin tebaası olan Gayrimüslimler ise zimmet akdi yaparak İslam devletinin egemenliğini kabul eden ve bu suretle reaya statüsüne sahip olan zimmi-lerdir. Bir bölge veya bir ülke İslam egemenliği altına girdikten sonra darülislam haline gelir ve bu topraklarda sürekli olarak yaşama hakkını elde eden ehl-i kitap Gayrimüslimler de ehl-i zimmet statüsünü kazanır ve zimmi adını alır. Ehl-i kitap olmayan Gayrimüslimlerin aşağıda zikredileceği üzere bazı istisnalar haricinde zimmi olma imkânı bulunmaz, bu hak sadece ehl-i kitaplar için söz konusudur.

Zimmet kökünden türetilen zimmi “kendisine güvence verilen, koruma altına alınan kişi” demektir. Kurala göre bir toprak parçası İslam devletinin egemenliği altına girdiğinde, orada yaşayan Gayrimüslimler ya darülislam haline gelen eski topraklarını terk edip başka bir yere göçerler ya da kendileriyle bahsedilen anlaşma yapılıp ve kararlaştırılan şartlara göre o topraklarda yaşamaya devam ederler. Bunun sonucunda darülislamda reaya statüsünde Müslümanlarla beraber yaşayan başka din mensuplarına zimminin yanında ehl-i zimmet de denilir.

İslam devleti ile Gayrimüslim tebaası arasındaki ilişkilerin başlangıcı Hz. Muhammed’e kadar uzanır. Hicret’in ardından Hz. Muhammed, Medine’de yaşayan muhacirler ve ensar adıyla anılan Müslümanlar, müşrik ve Yahudilerden oluşan üç cemaatin, Arap topraklarının diğer bölgelerinde yaşayan toplumlardan ayrı bir “ümme” teşkil ettiğini ilân edip her grubun hak ve sorumluluklarını “Medine Vesikası” adı verilen bir sözleşmeyle kayıt altına alarak farklı din ve kültürle sahip insanların bir arada yaşamasına imkân veren bir yönetim anlayışını benimsedi²⁷. Ancak Medine Vesikası, zimmet akdi sistemi ile birebir aynı değildir çünkü imzacı üç taraf da o dönem için birbirlerine benzer haklara sahipti. Zamanla Medine’de Müslümanlar ile Gayrimüslimler, özellikle de Yahudiler

nişlar içine girmemesi gerekmektedir. Bu açıdan eman çift yönlü hukuki bir yükümlülüktür.” (KARA-KOÇ, s. 123).

²⁶ YURTSEVEN, Yılmaz, “İslam Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Zimmilerin Hukuki Statüsü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000, s. 439-462; BOZ-KURT, “İslam Hukukunda Zimmilerin...”, s. 117.

²⁷ YURTSEVEN, s. 440; FAYDA, Mustafa, “Zimmi”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/zimmi>, E.T.: 05.07.2024. “Eski Yunan ve Roma’da kendi ırk ve toplumlarından olmayan insanlar her türlü hukuktan mahrumlardı; can ve mal güvenlikleri yoktu. Eski Mısır’da da yabancılar hukuk dışı sayılırdı. Bizans sınırları prensip olarak Arap ve İranlı yabancıları kapalı tutulurdu ve ancak antlaşmalarla tespit edilen bazı şehirlerde ticaret yapma imkânı vardı. Avrupa’da da 19. yüzyıla gelinceye kadar yabancılar hukukun himayesinden mahrumdular. Buna karşılık İslâmiyet, kendi mensuplarının oluşturduğu bir toplumda bu inancı paylaşmayanların inanç hürriyetine, can ve mal güvenliğine sahip olarak yaşamalarına imkân tanımıştır.” (ÖZEL, Ahmed, “Gayrimüslim”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/gayri-muslim>, E.T.: 05.07.2024).

arasında yaşanan olaylarla birlikte, İslam hukukunun Gayrimüslimlere ilişkin hükümleri şekillenmeye başladı. Yahudi kabileleri ve Hristiyanlarla, hicretten sonra zimmet ilkelerini belirleyecek anlaşmalar yapıldı. Hayber'deki Yahudilerle yapılan anlaşmalar ve Necran'daki Hristiyanlarla yapılan anlaşmalar bunların arasında en bilinenidir. Hayber Yahudileri yerlerinde kalma hakkı ve mallarını koruma vaadi karşılığında ürünlerinin yarısını vermek zorunda kalmışlardı. Peygamber'in Necran'daki Hristiyanlarla yaptığı son anlaşma en önemli anlaşma olarak kabul edilir. Anlaşmaya göre, Necran halkının mülkiyeti, ibadeti ve ahval-i şahsiyyesi İslam devleti tarafından garanti altına alınacaktı. Hz. Muhammed'den sonraki dört halife döneminde, Gayrimüslimlerin hukuki statüsü İslam hukukundaki gelişmelere paralel olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeye devam etti ve statüleri İslam inancının Yakın Doğu'da yayılmasıyla belirginleşti. Böylece İslam, Müslümanları ümmet olarak tek bir grup altında toplayıp aynı zamanda ehl-i kitap olan Gayrimüslimler için zimmet kurumunu geliştirirken dönemin Hristiyan devletlerinde hâkim dinin dışındaki inanç sahiplerine yönelik zimmete karşılık gelen bir statü ya da kuruma rastlanmıyordu²⁸.

Hukuki açıdan zimmet, en basit tabiriyle Müslümanla Müslüman olmayanlar arasında yapılan, kendileri ile sözleşilmiş ve yemin edilmiş kavmin, İslamiyet'in egemenliğini tanımak şartıyla Müslüman toplum tarafından korunduğu ve süresiz olarak yürürlükte kalan bir tür akit olduğundan²⁹, bu akdin yapılabilmesi için daha önce de zikredildiği gibi Müslüman olmayanların ehl-i kitap olmaları ve darülislamda oturmaları şarttır. Müslümanların fethettikleri bölgelerdeki insanları İslam dinini kabul etmeye davet etmeleri gereklidir. Fethedilen bölgelerde yaşayan ehl-i kitaplar arasından daveti kabul ederek İslam'a geçenler, diğer Müslümanlarla aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olur. Daveti reddedenler ise, zimmilik statüsünü kabul ederlerse kendi dinlerinde kalmaya devam edebilirler. Hiç kimse onları din değiştirmeye zorlayamaz. Özetle, zimmiler Müslümanların zimmetindedir; yani Müslümanlar, onları Allah'ın emirlerine uyarak, koruma sözü vermişlerdir. İslam devletinin egemenliğini kabul ettikleri sürece, zimmilerin canları, malları, ırz ve namusları korunur ve zarar verilemez. Buna karşılık, zimmiler devletin egemenliğine bağlı olarak cizye ve haraç gibi şer'i ve bazı örfi vergileri ödemekle yükümlüdürler³⁰.

²⁸ GERBER, Haim, **Crossing Borders - Jews and Muslim in Ottoman Law, Economy and Society**, Gorgias Press, Piscataway, 2011, s. 35; ERCAN, s. 4; SOYKAN, s. 39.

²⁹ KENANOĞLU, Macit, **Osmanlı Millet Sistemi - Mit ve Gerçek**, Klasik, İstanbul, 2012, s. 11.

³⁰ KÜÇÜK, Cevdet, "Osmanlılarda 'Millet Sistemi' ve Tanzimat", **Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi**, Cilt: 4, İstanbul, 1985, s. 1007.

İslam devleti ile tebaasından olan Gayrimüslimler arasında kurulan hukuki bağın önemli öğelerinden birisi de cizyedir. Sünni mezhebinin Hanefi ekolünün kurucu imamlarından olan Ebu Yusuf, zimminin canı ve malının ödenen cizye karşılığında korunduğunu söyler³¹. Esasen cizye devletin gayrimüslim tebaasından mükellef olan erkeklerinden askerlik yapmamaları karşılığında yılda bir defa olmak üzere maddi durumlarına göre alınan ve toplumun faydası için kulanılması gereken bir tür baş vergisidir. İslam hukukunun birinci kaynağı olan Kuran'ın, Tevbe suresinin 29. ayetine dayanan bu vergi İslam devletinin ilk dönemlerinden itibaren gayrimüslim tebaadan alınmış ve ödemeyen zimmiler için de hapis cezası öngörülmüştür. Cizye yükümlülüğü ancak Gayrimüslimin Müslüman olması veya ölümü ile son bulur³².

Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi kabul edilen Hanefi mezhebine/okuluna göre ehl-i kitap olan Yahudi, Hristiyan, Sabii, Zerdüştler ve Arap olmayan putperestler de zimmet sözleşmesinin tarafı olabilir. Dolayısıyla anlaşmayı yapan taraflar, devlet ve zimmi olma şartlarını haiz Gayrimüslim halktır. Bu nedenle zimmet akdini fiziki bir anlaşma olarak tasavvur etmek pek doğru olmaz zira doğaldır ki devlet kamu tüzel kişisiyle, binlerce Gayrimüslimin bir meydanda toplanıp karşılıklı imza atması pek kolay değildir. Hz. Muhammed döneminde yapılan sözleşmeler ve Fatih Sultan Mehmet'in³³ İstanbul'u fethettikten sonra çeşitli zimmi topluluklarına verdiği ahitnameler konunun istisnalarındandır. Ayrıca zimmet sözleşmesinin kendine özgü bir yapısı vardır ve bu sözleşme neticesinde zimmilerin sorumluluğu yalnız devleti değil, Müslüman halkı da ilgilendirir. Hem devlet hem Müslüman halk zimmilerin can ve mal güvenliğini korumakla yükümlüdür³⁴. Anlaşma ile ehl-i kitabın öncelikle hukuk bakımından şahsiyeti tanınır ki bu sayede harbi ve müstemenden ayrılır ve böylece zimmilerin özel hukuk bakımından hakları da tanınmış olur. Ticareti devletçe yasaklanmış şeyler dışında her türlü ticareti yapabilir, satın alabilir, satış yapabilir, evlenebilir, kendi dinine mensup varislerine miras bırakabilir, onlardan miras kalabilir ve türlü uyuşmazlık durumunda mahkemeye serbestçe baş-

³¹ İDİZ, Göktuğ, **Osmanlı Devleti'nin Klasik Döneminde Gayrimüslim Tebaaya Tanınan Dini Güvenceler Bağlamında Kiliselerinin ve Sinagoglarının Tamiri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 31.

³² BİLMEN, s. 74; EL-MAVERDİ, Ebu'l-Hasan, **El-Ahkamu's-Sultaniyye**, Çev. Ali ŞAFAK, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 164; COHEN, Mark R., **Haç ve Hilal Altında - Ortaçağlarda Yahudiler**, Çev. Ahmet FETHİ, İstanbul, 1996, s. 91, 107.

³³ Bundan sonra Fatih olarak kullanılacaktır.

³⁴ BOZKURT, Gülnihal, **Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989, s. 7.

vurabilirlerdi. Bütün bu sayılan haklar zemine ve zamana göre değişebilmekle birlikte, zimmilerin cizye borcu ve İslam egemenliğini tanıma zorunlulukları değişmeyen kurallardır³⁵. Ayrıca harbi statüsündeki bir Gayrimüslim, darüls-lamda bir seneden fazla ikamet ederse zimmet sözleşmesi yapmış kabul edilir ve hem İslam devletinin korumasından yararlanmaya başlar hem de sözleşme-nin zimmilere yüklemiş olduğu belli vergilere tabi olur. Bu durum sözleşmenin şekle bağlı olmadığını da göstergesidir³⁶.

Anlaşmaya göre Müslümanlar da zimmilere karşı, düşmanlık yapmamak, onla-ra herhangi bir zarar verdiği takdirde, zararını derhal tazmin etmek ve her türlü dış saldırıya karşı zimmileri korumak gibi görevleri haizdir. Ayrıca zimmet sözleşme-sinin herhangi bir süresi yoktur, süreklidir ve müstemenlere verilen amandan farklı olarak yalnız kişiyi değil, aileyi de kapsar. Zimmi, zimmet sözleşmesi ile kendisine yüklenen borçları ifa etmediğinde sözleşme bozulur. Şayet zimmi darülharbe geçip Müslümanlara karşı savaşırsa, İslam yasalarını ve şer'iyye mahkemelerini redde-derse, cizyeyi ödemekten imtina ederse, bir Müslümanı dininden döndürürse, İslam dinine küfrederse ve Müslüman bir kadınla zina yapar veya evlenirse öğretilde farklı görüşler de bulunmasına rağmen çoğunluk görüşüne göre zimmet sözleşmesi zim-mi aleyhine bozulur ve Gayrimüslim üzerindeki zimmet koruması kalkar. Zimmet akdinin sona ermesi şahsi sonuçlar doğurur, ailesini etkilemez yani korumanın iptali yalnızca akdi bozan zimminin statüsünü değiştirir. Karısı varsa, artık zimmi olma-yan kocası ölmüş kabul edilir; kadın dul statüsüne geçer ve kocanın mirası mirasçı-ları arasında paylaştırılır³⁷.

Gayrimüslimlerin, İslam devletiyle teorik de olsa toplu halde zimmet söz-leşmesi yaparak zimmi statüsüne sahip olduklarından bahsedilmişti fakat zimmi olmanın tek şartı bu değildir. Bazı başka durumlar da Gayrimüslimin zimmi statüsüne geçmesini sağlayabilir. Kişi zimmet akdi yapmak istediğini birtakım karineler ile gösterebilir. Örneğin geçici oturma izninin süresi dolduğu halde darülslamı terk etmeyebilir veya toprak satın alabilir, -kadınsa- tebaadan biriyle evlenebilir veya -çocuksa- zimmet akdine gerek olmaksızın ebeveynine tabi olarak geçiş yapabilir³⁸.

Ayrıca zimmet akdinin sonuçlarından bir diğeri, bölgeden bölgeye değişik-lıklar gösteren -genelde Ömer Ahdi olarak adlandırılan- düzenlemelere göre

³⁵ ERCAN, s. 8; BİLMEN, s. 426; BOZKURT, "İslam Hukukunda Zimmilerin...", s. 423.

³⁶ HAMİDULLAH, Muhammed, **İslam Hukuku Etütleri**, Bir Yayıncılık, İstanbul, 1984, s. 161.

³⁷ ERCAN, s. 9.

³⁸ BOZKURT, "İslam Hukukunda Zimmilerin...", s. 125-126; YURTSEVEN, s. 446-447.

Yahudi milleti de dahil olmak üzere tüm zimmilerin İslam devleti içinde uyması gereken kurallarla ilgilidir. Buna göre genel olarak zimmiler, bir Müslümanın üzerinde yetki kullanabileceği, otorite kurabileceği bir pozisyona gelemmez yani istisnaları haricinde asker ve memur olamaz; dinini, ibadetlerini Müslümanların duygularını incitecek şekilde icra edemez; yaşadığı bölgede Müslümanlardan daha yüksek konuta sahip olamaz; kural olarak yeni ibadethane inşa edemez ve halihazırda var olan harabe haline gelmiş ibadethanelerini çok nadiren verilen özel izin olmadığı takdirde onaramaz; Gayrimüslim olduğunu belli etmeyen³⁹, yalnızca Müslümanlara has olan renklerde benzer kıyafetler giyemez⁴⁰ veya kılıç kuşanamaz; at binemez ve Müslüman köle edinemez⁴¹. Örneğin İstanbul'da Bab mahkemesi kayıtlarında iki ayrı kıyafet yasağı tembihine rastlanmaktadır. Bunların ilkinde: “Yahudi topluluğunun bundan böyle renkli çukayı [bir çeşit renkli dokuma türü-kumaş] kavuk üzerine sarık gibi sarmayıp, kendilerine özgü olan boneta [başlık] ve kalpak kullanmaları için kesin bir şekilde uyarılmaları ve cezalandırılmaları hususlarında tam bir dikkat göstermeniz buyurulmuştur⁴²”. İkincisinde de benzer şekilde: “Payitaht ve çevresinde ikamet eden kâfirler [gayrimüslimler] ve Yahudi topluluğuna, daha önce yapılan uyarı ve padişah fermanı doğrultusunda, sarı mest [ayakkabı], kırmızı kalpak ve diğer yasaklanmış kıyafetleri kullanmamaları gerektiği hususunda yeniden uyarılmaları gerekmektedir. Bu nedenle, adı geçen kıyafetlerin giyilmesinden kesinlikle kaçınılması için sıkı bir şekilde uyarılmaları ve cezalandırılmaları hususunda gerekli dikkati ve özeni göstermeniz buyurulmuştur⁴³”. Her iki kararda da kurallara uyulmadığı takdirde uymayanların cezalandırılacak olmaları dikkat çeker. Öte yandan bilinmelidir ki sayılan özet niteliğindeki kısıtlayıcı kurallar özellikle

³⁹ “Yavuz, Osmanlı Devleti'nde giyim kuşam kısıtlamalarının III. Murat döneminde başladığını aktarıyor.” (M. M. MONTGOMERY, “Turkey”, *Jewish Encyclopedia*, s. 282'den aktaran YAVUZ, s. 179, dn. 32).

⁴⁰ “Dernschwam Yahudilerin konuştukları dil ile giydikleri kıyafet arasında bir bağ olduğunu düşünür: ‘Her Yahudi, hangi milletin dilini konuşuyorsa o milletin kıyafetiyle gezer. Çoğu defa Türklerin, İtalyanların ve Rumların kıyafeti olan uzun elbiseler, kaftanlar giyerler. Kaftan belden kuşaklı, üstte bir ceket, altta bir etekten ibarettir. Ayrıca içe giyilen, iyi kumaştan ve ipekten giysileri de var. Türklerin kavuğu beyaz, Yahudilerin ise sarıdır.’” (DERNSCHWAM, Hans, *İstanbul ve Anadolu'ya Seyahat Günlüğü*, Çev. Yaşar ÖNEN, Ankara, 1992, s. 147'den naklen: ÇETİN, Firdevs, *Batılı Seyyahlara Göre İstanbullu Gayrimüslimler (1553-1673)*, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 238).

⁴¹ EL-MAVERDİ, s. 163; ROZEN, Minna, *İstanbul Yahudi Cemaatinin Tarihi*, Çev. Serpil ÇAĞLAYAN, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013, s. 18.

⁴² *İstanbul Kadı Sicilleri*, Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H 1143-1144/ M 1730-1732), Cilt: 65, s. 75, (Çevrimiçi), <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=4933&MetinTmz=Yah%C3%BBdi%20t%C3%A2fesi%20min%20ba%E2%80%98d%20elv%C3%A2n>, E.T.: 14.08.2025.

⁴³ *İstanbul Kadı Sicilleri*, Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil, (H 1143-1144/ M 1730-1732), Cilt: 65, s. 261, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=5169&MetinTmz=hav%C3%A2l%C3%AEsinde%20s%C3%A2kin>, E.T.: 14.08.2025.

Osmanlı Devleti'nde her zaman aynı şekilde ve şiddette uygulanmamıştır⁴⁴. Kanuni Sultan Süleyman, 1554'te Osmanlı memurlarının taciz ve aşağılamalarından şikayetçi olmalarının ardından Kudüs Yahudileri için çıkardığı bir fermanında: “*Benim mutlu saltanat dönemim sırasında herhangi birinin sataşma ve tacize uğramasını esefle karşılıyorum. Yönetici ve kadı atamalarında amaç, o yerde yaşayan reayanın benim adil saltanat dönemimde iyi bir hayat sürebilmelerini sağlamaktır*” diyerek Osmanlı'nın yönetim anlayışının da isabetli bir örneğini ortaya koyar⁴⁵.

Osmanlı Devleti, bir İslam devleti niteliği taşımakta olup nüfusunun yarısından fazlasını Müslümanlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda Müslümanlar, İslam hukukunun kendileri için belirlediği sınırlar içerisinde kaldıkları sürece, ehl-i kitap diğer dinlere inananlara kıyasla daha rahat ve özgür bir yaşam sürdürmüşlerdir. Bilhassa kamu hizmetine girmenin yani askeri sınıfa mensup olmanın ilk şartı Müslüman olmaktır. Diğer taraftan, Müslümanların din değiştirme özgürlüğü yoktur, İslam'ı kabul ettikleri andan itibaren dinden dönemezler. Zimmiler ise İslam hukukunun temel prensipleri gereği Müslümanlara zarar vermedikleri sürece onlarla aynı temel haklara sahiptir⁴⁶.

Osmanlı Devleti mülkîlik prensibi gereği diğer hukuki düzenlemelerde olduğu gibi zimmi tebaasını idare ederken de İslam'ın zimmet kurallarına göre bunu icra etmekteydi. Ancak Osmanlılar zimmet hukukunu, tartışmalı yanları sonraki başlıkta değinilecek olan ve millet sistemi adı verilen bir hukuk uygulaması ile şekillendirip geliştirdiler⁴⁷.

⁴⁴ “Şeriat kurallarının doğal bir getirisi olarak, bu kuralların yorumlanması, yazılı olmayan ama pratik bir unsuru diğerlerine ekliyordu. Bu unsur kuşaklardır süregelen Osmanlı siyasi geleneğine yerleşmişti ve Roma İmparatorluğu ve İslam öncesi Persler gibi devletlerin temelini oluşturan imparatorluk kültürlerinden de etkilendi. Sultanın rolü, tebaasına adalet sağlamak olarak algılanıyordu. Adalet şeriat demektir. Şeriatı uygulamak için orduya ihtiyaç vardı. Orduyu devamlı kılmak için para gerekiyordu. Para vergiler yoluyla tebaasından geliyordu. Tebaa, ancak mutlu olduğunda, ilgi ve şefkat gördüğünde ve halinden hoşnut olduğunda vergi öderdi. O halde padişah saltanatını sürdürebilmek için tebaasını hoş tutmak zorundaydı. Böyle bir hak döngüsü anlayışı formüle edilmiş ve bu yalnızca teorik, yazılı metinlerde kalmamıştı. Bunun açık izleri 16. yüzyılın örfi hukukunda da görülebilir. Söz konusu pragmatik bakış açısı, zimmilere yönelik olarak İslam hukukunun uygulanış şeklini de gözle görülür düzeyde etkiledi.” (ROZEN, s. 18-19).

⁴⁵ COHEN A., *Ottoman Documents on the Jewish Community of Jerusalem in the Sixteenth Century*, Kudüs, 1976, s. 50-51'den naklen Rozen, s. 385.

⁴⁶ KENANOĞLU, s. 25; COHEN, s. 98.

⁴⁷ ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Nizamı”, s. 85.

III. OSMANLI MİLLET SİSTEMİ VE YAHUDİLER

Osmanlı Devleti'nde reayanın önemli bir kısmını oluşturan Gayrimüslimlere yönelik uygulanan yönetim anlayışını, idari statüyü kavramak için aynı zamanda Gayrimüslimlere nasıl bakıldığını da bilmek gerekir. Bunun için de bürokrasinin onları nasıl adlandırdığı önemlidir. İbranice melel, “konuşmak, söylemek”, mille de “kelime, söz” anlamına gelir. Ardından Arapça'ya geçip “yazı yazdırmak, dikte etmek” anlamındaki “ımla” kökünden millet olarak türetilmiş, Osmanlı'da da din ve bir dine veya mezhebe mensup cemaat karşılığında dini aidiyeti ifade etmek için kullanılmıştır. Bu çerçevede İslam milleti, Yahudi milleti, Nasrani (Hristiyan) milleti, Mecusi milleti ve benzeri tanımlar da belli dini aidiyetleri ifade eder. İslam milletini oluşturan grubun ortak özelliği Müslüman olmalarıdır ve kişi sonradan Müslüman olsa dahi artık onun etnik kökeni önemli değildir, İslam milletine dahildir. Millet, 1860'lardan itibaren kendisine sosyal açıdan yüklenen anlamdan da etkilenip Arapça kökenli anlamının dışına çıkıp Batı'daki “nation/ulus” teriminin karşılığı olarak kullanılmış, zamanla sosyolojik ve siyasal bir içerik kazanmıştır⁴⁸.

Osmanlı Devleti'nde Müslüman-Gayrimüslim ayrımından bahsederken tüm Gayrimüslimlerin bireysel bağlamda Osmanlı tebaası olduğu zikredilmişti. Bunun yanında Osmanlı'nın kendine has yönetim yapılanması sonucunda tüm Gayrimüslimler kolektif açıdan tabi oldukları milletin de doğal bir üyesi olarak kabul edildiler⁴⁹. Birey içine doğduğu millet yapılanmasının dahilinde, cemaatinin dini, mali ve kısmen idari otoritesine bağlı yaşar ve sadece dinden döndüğünde (ihtida ettiğinde) statüsü değişir. Esasen Osmanlı Devleti, zimmilerin din değiştirirken İslam'ı tercih etmedikleri takdirde bir dinden diğerine geçmelerini yani örneğin Yahudilikten Hristiyanlığa dönmelerini yasaklamadığı halde pek hoş karşılamaz ve uygulamada da bu duruma sık rastlanmaz. Fakat özellikle Hristiyanların kendi aralarında mezhep değiştirmeleri görülmemiş olaylardan değildi⁵⁰. Ortaylı'nın tabiriyle İmparatorluğun o en uzun yüzyılında bu durum değişti. 17-18. yüzyıllarda Katolik Cizvitler ve Lazaristler (Misyon Cemaati mensubu rahipler) mezhep propagandası yaparken, 19. yüzyılda Amerikalı Protestan misyonerlerin bilhassa Gregoryen Ermenileri hedef alıp Anadolu'ya adeta

⁴⁸ ORTAYLI, İlber, “Osmanlı İmparatorluğunda Millet Nizamı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hamide Topçuoğlu Armağanı**, 1995, s. 86; BOZKURT, “İslam Hukukunda Zimmilerin...”, s. 9; ŞENTÜRK, Recep, “Millet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/millet#1>, E.T.: 10.10.2024; KENANOĞLU, Osmanlı Millet Sistemi, s. 31.

⁴⁹ SOYKAN, s. 73.

⁵⁰ ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Nizamı”, s. 86.

akın etmeleri neticesinde huzursuzluk arttığından, padişahlar zaman zaman Hıristiyan mezhepleri arasındaki geçişleri yasakladı⁵¹.

Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslim tebaasını görünürde etnik ama esasında dini cemaatler şeklinde ayırarak yönetmesi ve bu cemaatlere tabi zimmiler üzerinden yine cemaat liderlerine birtakım yetkiler tanıması literatürde farklı farklı değerlendirmelere ve tartışmalara neden olmakla birlikte çoğunluk bunu millet sistemi olarak ifade etmeyi tercih etmektedir⁵².

Konuyla bağlantılı olarak Osmanlı'da eskiden beri “Yahudi/Musevi milleti” ifadesinin kullanıldığına dair en önemli delillerden biri, 9 Şa'ban 1293 (H) / 30 Ağustos 1876 (M) tarihli, “resmî evrakta ya Musevî milleti ifadesine ya da eskiden olduğu gibi sadece gayrimüslim tabirine dönülmesine dair” Hahambaşı Vekâleti'nin talebidir. Söz konusu talep ve cevabın özeti şu şekildedir:

“Resmî evrak ve matbuatta tebaanın sınıflarından bahsedildiğinde, öteden beri Müslüman ve gayrimüslim ifadeleri kullanılmakta; bu bağlamda gayrimüslim kavramı Yahudi milletini de kapsamaktadır. Ancak bir süredir yalnızca ‘Müslüman’ ve ‘Hıristiyan’ ifadeleriyle yetinilmekte ve bu terimlerin kapsayıcılığının yetersizliği nedeniyle adı geçen millet [Yahudi milleti], Osmanlı Devleti tebaası arasında anılmamaktadır. Bu sebeple, benzeri resmî evrak ve basılı yayınlarda eskiden olduğu gibi ya ‘Müslüman ve gayrimüslim’ tabirlerinin ya da açıkça ‘millet-i merkûme’ [adı geçen millet - yani Yahudiler] ifadesinin kullanılması, İstanbul Hahambaşılığı Vekâleti tarafından dilekçeyle talep edilmiştir. Bu dilekçeye uygun olarak, meselenin gereği uyarınca Şeyhülislamlık makamının ilgisine sunulması ve gerekli emir ve iradenin verilmesi, en yüce makamın [padişahın] takdirine bırakılmıştır⁵³”. Bu belge, daha önceki dönemlerde de millet teriminin söz konusu sistemle bağlantılı olarak kullanıldığını göstermektedir.

Osmanlı yöneticilerince idare kolaylığı sağlama amacıyla geliştirilerek özgün bir kurum haline getirilen millet sisteminin kökeni, Fatih'e kadar uzanır. İstanbul'un fethinin ardından ilk olarak Rum Ortodoks kilisesine dini ve ahval-i

⁵¹ ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Nizamı”, s. 87.

⁵² “Osmanlı Devleti'nin, klasik döneminde Gayrimüslim tebaasının yönetimine ilişkin kurduğu bu düzen, dini cemaatlere otonom (özerk, muhtar) bir yapı sağlamış mıdır? Bu bağlamda millet sistemi şeklinde ifade edilebilecek bir sistem mevcut mudur? Millet sistemi şeklinde ifade edilen bir kurumsallaşmanın varlığını kabul etmek, Gayrimüslim cemaatlerin, bu arada Rum-Ortodoks [veya Ermeni-Yahudi] cemaatinin otonom olduğunun kabulünü de gerektirir mi?” (Ayrıntılı tartışmalar için bkz: OSMANAĞAOĞLU, Cihan, **Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 81-102).

⁵³ **İstanbul Kadı Sicilleri**, İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil (H 1280-1329/ M 1863-1911)), Cilt: 99, s. 156, (Çevrimiçi) <https://kadısicilleri.org/?blm=ayrmetin&idno=36068>, E.T.: 15.08.2025.

şahsiyyeleri ile ilgili hukuki işlerinde özerklik verildi. Ardından yine Fatih, Rumların bizzat kendilerinin seçmesine izin verdiği Gennadios Skolarios'u, milletini yönetmesi için gerekli yetkileri kullanma imtiyazını da tanıyarak topraklarındaki tüm Ortodoksların patriği olarak atadı. İstanbul Patriğini ruhani reis olarak atarken aslında Bizans kaynaklı bir ananeyi takip ediyordu. Devamında Bulgar ve Sırp kiliselerinin “milli karakterini” yani bağımsızlığını kaldırıp İstanbul patriğine bağladı. Sonradan benzer imtiyazlar farklı yöntemlerle Ermeni ve Yahudi cemaatlerine de verildi. Bu üç ana gayrimüslim toplumunun başında bulunan İstanbul Rum ve Ermeni Patrikleri ve ileride tartışmalı yönleri izah edilecek olan İstanbul Yahudi Hahambaşılığına milletlerini yönetme masrafları için vergi toplama hakkı verilerek bir nevi iltizam sistemi de hayata geçirildi. Her milletin maliye, eğitim ve çok sınırlı bir alanda da olsa yargı örgütleri vardı ve Fatih’le başlayan süreçte sınırları inceliklerle çizilmiş dini cemaatlere mensup olan Gayrimüslimler devlet nazarında Osmanlı uyruğu olmalarına rağmen her iki grup da aynı statüde olduklarını hiç kabullenmediler⁵⁴.

Osmanlı yönetiminde patrikhaneler, cemaatlerinin en yüksek, adli, idari ve mali kurumlarıydı. Örneğin İstanbul’da bulunan Rum Patrikhanesi, Rumeli ve Anadolu’daki tüm Ortodoksların⁵⁵ yönetim merkeziydi ve bu yüzden kalabalık bir çalışan kadrosu istihdam ediyordu. Sivil çalışanların dışında yüksek rütbeli rahipler ve metropolitlerden oluşan, dünyevi ve uhrevi konuları karara bağlayan bir ruhani meclis, Sinod (konsil) bulunmaktaydı. Patrik ise evvelce zikredildiği gibi milletbaşydı. Bu yönüyle hem Osmanlı’nın bir memuru hem de Rum milletin en üst düzey temsilcisiydi. Rumların ödemekle mükellef olduğu vergilerden muaf olduğu gibi kiliselerle mahkemelerin harcamaları ve diğer dini giderler için onlardan ayrıca vergi toplamaktaydı⁵⁶. Osmanlı Devleti’nde ikinci büyük nüfusa sahip Ermeni milleti için de benzer düzenlemeler yapıldı. İstan-

⁵⁴ BOZKURT, “İslam Hukukunda Zimmilerin...”, s. 10.

⁵⁵ “Aslında Hristiyanlığın başlangıcında İstanbul patrikleri, Roma, Kudüs ve Antakya patrikleri gibi apostolik bir vekâlete sahip değildir. Çünkü şehir hiçbir zaman dinin ilk havarilerinden birinin makamı olmamıştı. Yani sözü geçen şehirlerdeki kiliseleri havarilerden St. Paul kurduğu halde, İstanbul için böyle bir apostolik vekâlet söz konusu değildi. İstanbul patriği tamamen imparatorun yarattığı bir ruhani reislikti. Zamanla patriklikler arasında öncelik çatışmasına girildi. Fakat özellikle İstanbul ve Roma’nın 9. yüzyıldaki birbirlerini karşılıklı olarak aforoz etmesi ve daha önce Antakya ve İskenderiye patriklerinin monofizitliğe eğilimi dolayısıyla İstanbul üstünlük kazanmış ve gerçek Hristiyanlığın merkezi olarak ekümenik kilise unvanını almıştır. Buna rağmen Osmanlı yönetimi İstanbul’daki patriğe Antakya ve İskenderiye karşısında üstünlük ve yönetim yetkisi vermedi. Mısır’daki Kopt kilisesi, Antakya kilisesi, Lübnan’da Melkitler ve nihayet Şark Katoliklerinden sayılan Maruniler, Süryani ve Keldani kilisesi ile Ermeni kilisesinin Fener’le hiçbir bağı olmadı.” (ORTAYLI, İlber, “Osmanlı İmparatorluğunda Millet”, **Tanzimat-tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi**, Cilt: 4, İstanbul, 1985, s. 998).

⁵⁶ ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğunda Millet”, s. 998-999; AKKUŞ, Turgay, **Meşrutiyetten Cumhuriyet Bursa Kent Tarihinde Gayrimüslimler**, Libra, İstanbul, 2010, s. 23.

bul'daki Ermeni patriği milletinin dini, hukuki ve eğitim kurumlarından sorumluydu. Fatih ilk olarak dönemin Bursa piskoposu Hovagim'i İstanbul patriği olarak atadı. Osmanlı yönetimi, daha sonraki yıllarda İstanbul patriğiyle birlikte ve ona denk olarak Kudüs Ermeni patriğini de kabul etti. Günümüzde İsrail ve Filistin'deki Gregoryen topluluğunun dini lideri halen Kudüs patriğidir⁵⁷.

Sistem içerisinde Gayrimüslimlere, bir yandan dini inançları, diğer yandan evlilik, boşanma, miras gibi kişisel durumlarını doğrudan etkileyen bazı özel hukuk konularında büyük ölçüde hoşgörü gösterilirken, diğer taraftan Müslümanlardan ayrıışmaları sağlanarak toplumsal dini hassasiyetler de korunuyordu. Bu şekilde, millet sistemi aracılığıyla Osmanlı toplumunda Gayrimüslimler ve Müslümanlar, aynı devletin egemenliği altında, bazı alanlarda farklı hukuki düzenlemelere tabi olarak bir arada yaşamışlardır. Bu düzenin temelinde yalnızca hukuki ve dini gereklilikler değil, aynı zamanda toplumu oluşturan farklı grupların tasnif edilmesi suretiyle onların hak ve özgürlüklerinin belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesinin pratik faydası da bulunmaktadır⁵⁸.

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde Gayrimüslimlerle ilgili arşiv belgelerinde Rum milleti, Ermeni milleti, Yahudi milleti olarak sınıflandırıldıklarını görüyoruz. Rumlar, Bulgarlar, -Sırp ve Hırvatlar gibi- çeşitli Slav gruplar, Romanlar, bazı Arap ve Arnavutlar, eğer Ortodoks iseler Rum milletin üyesi sayılırken, Ermeniler ilk dönemde Ermeni milleti adı altında Gregoryen kilisesi etrafında örgütlenmişken özellikle son yüzyılda Gregoryen, Katolik ya da Protestan oluşlarına göre farklı milletlere bölündüler⁵⁹. Yahudi milleti ise Karaim mezhebi mensuplarıyla hem bir arada hem değildi. Çeşitli ferman ve işlemlerde⁶⁰ Yahudi milleti hahambaşından ve Karaim milletbaşından bahsedilir ve Or-

⁵⁷ “Ermeniler yekvücut olarak bir kilisenin cemaati değildi. Monofizit öğretiyeye bağlı ve doğunun en eski milli kilisesi olan Ermeni Gregoryenlerin yanında Ermeni Katolik kilisesi de vardı. Bu kilise Şark Katolikleri dediğimiz, Roma'ya akide bakımından bağlı fakat gerek dili gerek ibadet biçimi ve gerekse patriklerinin kendileri tarafından seçimi dolayısıyla özerkliği olan bir kilisedi. Maruniler, Süryaniler gibi Ermeni Katolikleri de Roma'dan yarı bağımsızdı. 19. yüzyılda bir müddet için var olan ve halen kalıntısı devam eden Bulgar Katolik kilisesi de bu gruptandı. Ermenilerin bir grubu 19. yüzyılda özellikle Amerikan propagandası ve İngiliz himayesi sayesinde Protestan mezhebine geçti ve doğu vilayetlerinde bu nedenle Ermeni Protestan kilisesi de ayrı bir örgüt ve millet grubu oldu. Nihayet özellikle Suriye-Filistin'deki Rus misyonerleri etkisiyle bir Rus Ortodoks grubu olduğunu da belirtmek gerekir. Fakat merkezi İstanbul'da olan ve en kalabalık iki grup olan Ermeni Gregoryenler ve Osmanlı idaresi açısından Ermeni Katoliklerdi.” (ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğunda Millet”, s. 999).

⁵⁸ BOZKURT, “İslam Hukukunda Zimmilerin...”, s. 10.

⁵⁹ “Bir süre kadim Süryani Cemaati de Ermeni Cemaati ile birlikteydi ve Ermeni milletine dahil kabul edildi. Çünkü ikisi de Kadıköy Konsülü karşıtı olan monofizist mezhep içindeydiler.” (ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Nizamı”, s. 89).

⁶⁰ Burada zikredilen işlemler arasında, İstanbul Kadı Sicilleri'nde yer alan bir kayıt özellikle dikkat çekicidir. Söz konusu belge, devletin Karaim cemaatine ait hukukî meseleleri uzun süredir diğer Yahudi cema-

taılı'ya göre bu iki cemaat daha çok idari ve mali meseleler açısından ayrı kabul edilmiş olmalıdır⁶¹. Görüldüğü üzere millet terimi 19. yüzyıla kadar bir ırkı işaret etmek için kullanılmamıştır; sistem ırk ve dil birliğine göre değil, din ve mezhep esasına dayanır.

Özellikle devletin klasik döneminde egemen ve yönetici sınıf olan Türklerle birlikte Araplar, Boşnaklar ve Arnavutlar gibi Müslümanlar da kendilerini asli tebaa olarak görürlerdi. Devletin güçlü zamanlarında iyi işleyen millet sistemi, devlet zayıfladıkça yıkılmayı hızlandıran en önemli nedenlerden biri oldu⁶². Başta Balkanlarda yaşayanlar olmak üzere Gayrimüslimler, Fransız İhtilali'nin de etkisiyle 19. yüzyılda peyderpey ulus bilincine ulaştılar. Yüzyıllarca dil, kültür ve geleneklerini yitirmeden Müslümanlarla birlikte yaşayan Gayrimüslimler, ulusçuluk akımıyla birlikte -ve beklendiği üzere- ulusal devlet isteklerini gündeme getirdi. 1829'da Yunanistan'ın bağımsızlığını ilan etmesinin ardından Balkanlar'ın tüm ulusları hızla ayrılma sürecine girdi. Buna karşılık Yahudi cemaati, geleneksel tutumu gereği Batı'ya karşıydı, Batı tipi ulusçuluğu kökeni itibarıyla bir Hristiyan ideolojisi olarak görüyor, ona tabi olmak istemiyordu; böylece diğerleri uzaklaşırken Yahudiler yavaş yavaş Osmanlı idaresi ve bürokrasisi üzerindeki etkilerini artırdı ve devlete sadık kalmayı tercih etti⁶³.

Böylece, Osmanlı Devleti'nde millet terimi artık anlam değiştirerek bugün kullanılan anlamına yaklaştı. Balkan milletlerinden epey sonra 20. yüzyılın başlarında İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin etkisiyle Türkler de uluslaşma sürecine girdi.

atlerinden ayrı olarak değerlendirdiğini açıkça ortaya koymaktadır. Özetle: “Divan-ı Hümayun Kalemi'nden iletilmiş olan yüce ferman örneklerinin içeriği ve yapılan incelemeler doğrultusunda, Osmanlı topraklarında mukim Karaim topluluğunun dini ayinlerinin diğer Yahudi cemaatlerinden farklı olduğu; bayram kutlamaları ve nikâh usullerinin diğer Yahudi cemaatlerine benzemediği; nüfus defterlerinde de ayrı kaydedildikleri; bu durumda Karaim cemaat başkanının müstakil olarak mühür kullanmasının Yahudi cemaatinin inanç ve uygulamalarına topluluk olarak herhangi bir zarar veya sakınca doğurmayacağına anlaşıldığı ifade edilmiştir. Bu nedenle, daha önce Karaim cemaatine mensup bireylerin taşıraya seyahatlerinde kullanılmak üzere cemaat başkanlığı adına mühür kullanımına izin verilmiş olduğu anlaşılmıştır. Buna ek olarak, söz konusu mührün yalnızca yolculuk vesikalarında değil, aynı zamanda Karaim cemaatiyle ilgili diğer uygulamalarda -özellikle nikâh akdi ve feshine ilişkin dini hukuklarıyla ilgili işlemler gibi mezhepsel konularda da- kullanılması ve bu işlemlerin ilgili kurumlarca kabul ve tasdik edilmesi doğal ve yerinde bulunmuştur. Bu uygulamanın, cemaatin iç işleyişi ve düzeni açısından da gerekli olduğu belirtilerek, ilgili nezarete bildirimde bulunulmuş; sadrazamlık tarafından da bu husus, Sicil-i Nüfus idaresinin bilgisine sunularak, gerekli kurumlara tebliğ ve bildirim yapılması tarafımızdan arz edilmiştir.” (**İstanbul Kadı Sicilleri**, İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil, Cilt: 99, s. 335, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=36289&MetinTmz=Musevi%20kara>, E.T.: 15.08.2025).

⁶¹ BOA, Yahudi ve Karaim Defterleri, Cilt 18, s. 38-42'den aktaran, ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Nizamı”, s. 89.

⁶² BOZKURT, “İslam Hukukunda Zimmilerin...”, s. 10; ERYILMAZ, s. 18.

⁶³ ORTAYLI, “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Nizamı”, s. 87.

A. Osmanlı Devleti'nin Kamusal Düzenlemeleri Karşısında Yahudi Milleti

13. yüzyılın sonlarında Anadolu'nun batısında, Bizans İmparatorluğu sınırında ortaya çıkan Osmanlı Beyliği, coğrafyası nedeniyle çeşitli dinsel ve etnik gruplara aşına olan siyasi bir örgüttü⁶⁴. Ayrıca devletin kurucularından olan Osman Bey'in de bölgedeki Gayrimüslimlerle iyi ilişkiler kurduğu biliniyor. Bu, Osmanlı'nın erken dönemlerinden itibaren Gayrimüslimlerle ilgilendiği anlamına da gelir. Balkanlarda, fetihlerin ardından genişleyen topraklarda yaşayan eski Gayrimüslim komşular artık devletin Gayrimüslim tebaası haline geldi. Yeni fethedilen topraklarda, Gayrimüslim nüfus Müslüman yöneticilerin otoritesine tabiydi. Ancak bir İslam devletinin tebaası olmak, fethedilen topraklarda ki Gayrimüslim halkın dini inançlarını sürdürmesini engellemedi⁶⁵.

Çalışmanın önceki kısımlarında İslam'ın Gayrimüslimlere muamelesinin zimmet düzenlemesine dayandığından bahsedilmişti. Bu hükümler, İslam hukukuyla idare edilen Osmanlı İmparatorluğu tarafından genel kurallara da riayet edilerek uygulanmaya devam ediyordu. Osmanlıların Yahudi tebaasına yaklaşımı tarihçiler tarafından çoğunlukla hoşgörüyle ilişkilendirildi. Ancak bu bahsettikleri hoşgörü, padişahın keyfi bir uygulaması değildi, zimmet sözleşmesiyle Gayrimüslimlere verilen hakların bir sonucuydu. Osmanlı idarecileri ister Hristiyan ister Yahudi olsun, tüm ehl-i kitaba Kuran başta olmak üzere İslam hukuku kaynaklarının emrettiği şekilde davranmakla yükümlüydü.

Yahudilik ve İslam dininin ilişki ve etkileşimini inceleyen birçok tarihçi Yahudilerin İslam ve özellikle Osmanlı egemenliği altında yaşadıkları kuşaklar boyunca, devleti nasıl algıladıkları meselesini de ele almıştır. Araştırmacıların ortak düşüncesi, Yahudilerin kendilerine düşman olduğu defalarca kanıtlanmış bir Hristiyan dünyasına⁶⁶ nazaran Osmanlı'yı güvenli sığınak, yöneticilerini de adil hükümdarlar olarak görmeleridir; dolayısıyla Yahudiler seyahatnamelerin, monografi ve arşiv belgelerinin de aktardığı gibi devlete karşı samimi bir sada-

⁶⁴ EMECEN, Feridun, "Osmanlı Toplumunda Birlikte Yaşama Mutabakatı", içinde, **Çeşitli Yönlerden Türk Ermeni İlişkileri**, Ed. Şafak URAL/Kâzım YETİŞ/Feridun EMECEN, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 25.

⁶⁵ ERYILMAZ, s. 24.

⁶⁶ "Hristiyanların İsa Peygamberin katili olarak Yahudileri görmeleri, iki millet arasında Orta Çağ boyunca devam eden mücadelenin temel sebebidir. Söz konusu düşmanlık takip eden çağlarda siyasi ve ekonomik nedenli bir düşmanlığa evrildi. Bu düşmanlığın neticesinde bahsedildiği şekilde Yahudiler kitleler halinde Osmanlı topraklarına göçtüler. Fakat malum olduğu üzere Osmanlı Devleti'nde de Hristiyanlar yaşamaktaydı ve Yahudilere karşı yapılan saldırılar burada da devam etti ve bu durumun hemen tamamı aslında birbirleriyle yarışan Gayrimüslim topluluklar arasındaki rekabetten kaynaklanmıştır. Bu saldırılara rağmen İstanbul, Selanik ve İzmir başta olmak üzere Osmanlı şehirleri Yahudiler için önemli bir sığınak olmuştur." (ÇETİN, s. 227).

kat gösteriyorlardı⁶⁷. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan yıkıldığı tarihe kadar Yahudilerin tümünü içine alan genel bir perspektiften bakılırsa söz konusu iddia gerçeğe uygun olabilir. Ancak bu dönemsel veya coğrafi olarak devletin her yerinde ve/veya tüm bölgelerinde idarenin ve Yahudi cemaatlerine yönelik düzenlemelerin yeknesak ve birbirinin aynısı olduğu sonucunu doğurmaz. Yahudiler muhtelif dönemlerde zorunlu iskana tabi tutuldular, bazı gruplar bir bölgeden başkasına sürgün edildi veya zorunluluklar nedeniyle çeşitli fermanlarla, doğrudan İslam hukuku kaynaklı hakları kısıtlandı veya kimi zaman askıya alındı.

B. Hahambaşılık ve Cemaat Mahkemelerinin Devlet Sistemi İçerisinde Örgütlenmesi

İstanbul'un 1453'te Osmanlılar tarafından fethi, yalnızca Osmanlı tarihinde değil, Osmanlı Yahudilerinin tarihinde de bir dönüm noktasıdır. Şehrin ele geçirilmesinden sonraki ilk yıllarda Osmanlılar, nüfusu artırmak ve İstanbul'u eskisi gibi büyük bir başkent yapmak için bir kısım tebaasını zorunlu iskân yoluyla İstanbul'a göç ettirdi. Şehrin yeniden şenlenmesine ve bu iddialı yolda ilerlemesine yardımcı olmak için getirilen gruplar arasında, Osmanlı yönetimi altındaki Balkan kasabalarında yaşayan Yahudilerin büyük kısmı ve Anadolu'dan - Ermenilerle birlikte- gelenler de vardı. Edirne Yahudilerinin çoğunluğu da dahil olmak üzere kırktan fazla kasabadan Yahudiler yeni başkente gönderildi. 1492 öncesi İstanbul'da yaşayan Yahudilerin listesini, geldikleri çeşitli kasaba ve vilayetlerin tahrir defterlerindeki kayıtlarla karşılaştırıldığında, Balkanların birçok bölgesinde İstanbul'un fethinden iki veya üç yıl sonra neredeyse hiçbir Yahudi'nin kalmadığı görülmektedir⁶⁸.

Osmanlı Devleti'nde Yahudi halkını oluşturan topluluk, farklı dönemlerde taife, cemaat olarak adlandırılan fakat sonraları yaygın bir şekilde millet diye tabir edilen muhtelif sayıda ve dine dayalı topluluk örgütlenmelerinden biriydi⁶⁹. Yahudi milletin örgütlenmesinde İstanbul'daki hahambaşılık kurumu diğer milletlerin sahip olduğu merkeziyetçi konumdan çok daha farklı bir niteliği haizdi. Yahudilikte ruhban sınıfının ve Vatikan örneğinde olduğu gibi kilise benzeri devletleşmiş bir kurumun olmaması bunun temel nedenidir. Bununla

⁶⁷ ROZEN, s. 37.

⁶⁸ EPSTEIN, Mark Alan, "The Leadership of the Ottoman Jews in the Fifteenth and Sixteenth Centuries", içinde, **Christians and Jews in the Ottoman Empire**, Ed. Benjamin BRAUDE/Bernard LEWIS, Volume: 1, Lynne Rienner, New York, 1982, s. 103.

⁶⁹ Shaw, s. 68.

birlikte İstanbul'daki hahambaşı, devletin nezdinde milletbaşı olarak tanınmaktaydı. Fakat Yahudilerin kendilerine has sosyal yapısının bilinmesine rağmen Osmanlı Yahudi cemaatinin örgütlenme tarihi ile ilgili çalışmalar birtakım sorunlar içermektedir. Araştırmacıların bir kısmı, Yahudi nüfusunu kapsayan hahambaşılık kurumunun Fatih zamanına dek uzandığını iddia eder⁷⁰: Fatih, 1453'te İstanbul'u fethettiğinde, kentin hahambaşı olarak Romanyot kökenli Haham Moses Kapsali'yi tanımış, böylelikle imparatorluğun tüm bölgelerinde yerleşik Yahudileri üzerinde otorite sahibi olan Osmanlı hahambaşılık makamı oluşturulmuştu. Bu yoruma göre ülkedeki tüm Yahudilerin bağlı olduğu iddia edilen hahambaşılık, yine Fatih tarafından kurulmuştu. Fakat fetih döneminde, iddia edildiği gibi Osmanlı'da tüm Yahudileri şemsiyesi altında toplayacak bir ruhani reisliğin yani merkezi hahambaşılık kurumunun kurulduğuna dair günümüze ulaşan herhangi bir belge bulunmaz. Bunun böyle olduğunu iddia edenler ise Fatih'in hahambaşılık için verdiği ahidnamenin, çıkan bir yangında yok olduğunu söyler, halbuki Osmanlı bürokrasisinin bu tür önemli bir belgeyi tek kopya halinde saklamış olması ve yanan ahidname ile kurulduğu söylenen hahambaşılıkta dahi başka bir kopyasının bulunmaması mümkün görünmemektedir⁷¹.

Konu ile ilgili günümüze ulaşan Rabbi fetvalarıyla da desteklenen Osmanlı Devleti kayıtları hayli farklı bir durumdan bahseder. Belgeler, İmparatorluktaki Yahudi topluluklarının “kehillot” (tekili kehilla) veya “kahal” adı verilen ve teokratik temelde örgütlenen çeşitli yerel dini cemaatler halinde, her kahal üyesinin kendi mahallesinde yaşadığını; kendi havraları etrafında yerleştiklerini ve kendi haham ya da rabbilerine bağlı olduklarını sık sık zikretmektedir. Her Yahudi kahalı, gayet normal olarak, göçle geldiği ve köklerinin bulunduğu yerin adını alırdı. Örneğin Edirne kahalları, Katalan, Portekiz, Almanya, İspanya, Apulya (Puglia), Toledo, Aragon, Sicilya, İtalya, Buda; Selanik'tekiler İspanya, Sicilya, Mağrip, Lizbon, Otranto, Katalan, Aragon, Apulya, Provence, Kastilya, Evora, Almanya, Calabria, Zaragoza, Korfu; İstanbul'dakiler arasında ise tüm bunların yanı sıra pek çok Balkan şehri ve Anadolu adlarını taşıyanlar da bulunmaktaydı. Görüldüğü üzere diğer milletlerden farklı olarak Afrika, Orta Do-

⁷⁰ Aksi görüş için bakınız: “Kapsali'nin yalnızca İstanbul'un mu yoksa tüm Osmanlı İmparatorluğu'nun hahambaşı mı olduğu sorunu da tartışma konusu olmuştur. Genel olarak, kendisi ve hemen ardından gelen halefi döneminde bilinen baş hahamlık makamının, 16. yüzyılın başlarından itibaren ortadan kalktığı düşünüldür. Ancak, Osmanlı topraklarındaki Yahudilerin neredeyse tamamının 1453'ten sonra İstanbul'a yerleştiğine dair kanıtlar ışığında ve Osmanlı'nın yeni başkentte imparatorluk için bir çekirdek oluşturma çabası akılda tutulduğunda, Yahudi cemaatindeki hiçbir figür, Fatih dönemindeki İstanbul hahamlarıyla etki veya güç açısından kıyaslanamazdı.” (EPSTEIN, “The Leadership...”, s. 104).

⁷¹ LEWIS, s. 146; SHMUELEVITZ, s. 22.

ğu, İspanya, Kuzey ve Doğu Avrupa kökenli, çok çeşitli inanç pratiklerine sahip, farklı mezheplerden Yahudileri, bahsedilen dönemde bir hahambaşılık çatısı altında toplamak pek kolay değildi. Örneğin 16. yüzyılın başında Selanik hahamlığı kahalların kesin bağımsızlığını öngören bir ferman yayımladı. Fermanında, “*Her bir kahalın üyeleri, diğer kahalların üye sayısı daha fazla olsa bile başka herhangi bir kahala tabi değildir, çünkü her kahal başlı başına bir kasa-ba gibidir*” diyerek kendi şehrinin kahallarının dahi başka şehirlerin egemenliğini kabul etmeyeceğini deklare ederken belki de aksi yöndeki iddialara cevap veriyordu⁷². Ayrıca bu durum Osmanlı şehir örgütlenmesinin genel örüntüsüne de uygundu. Netice olarak 15 ve 16. yüzyıllardan itibaren Osmanlı İmparatorluğu’nda hahambaşılık gibi bir makamın, yani bütün Osmanlı topraklarında kaza yetkisine sahip bir hahambaşının var olduğu yolunda hiçbir gerçek kanıt bulunmaz. Elde olan belgeler, Fatih’in fetih öncesi Bizans’ta hahamlık yapan Moşe Kapsali’nin hahamlığını tanıdığına dairdir ki Kapsali de tanındıktan sonra sadece İstanbul Yahudileri üzerinde söz sahibi olmuştur yani makamın, karşı görüş sahibi araştırmacıların işaret ettiği gibi bütünlüklü, tüm devleti kapsayan bir hahambaşılık değil, fetih öncesi adeta bir şehir devletine dönüşmüş Bizans’ın ve fetihten sonra İstanbul’un hahambaşılığı olduğu barizdir⁷³. Haham Kapsali’nin vefatının ardından yerine yine bir Romanyot olan Haham Eliyahi Mizrahi geçti ve onun da kaza yetkisi İstanbul ile sınırlıydı ve Osmanlı Devleti’nde ancak 1835’te II. Mahmut’un beratıyla resmen bir hahambaşı atamasının ardından hahambaşılık makamı ihdas edilebildi.

15 ve 16. yüzyıllarda Osmanlı Yahudi toplumunda iki tür liderlik vardı: İlk cemaatlerin hahamları tarafından yürütülen geleneksel liderlik; ikincisi ise daha ziyade siyasette ve ekonomik işlerde etkili olan, dini işlerle iştigal etmeyen - günümüzde seküler olarak adlandırabileceğimiz- Yahudiler tarafından gerçekleştirilen liderlik. İlk grup ikiye ayrılabilir: İstanbul’daki hahambaşının liderliği ve diğer topluluklardaki yerel hahamların liderliği; ikinci grup ise önde gelen hekimlerin, tacirlerin yani Yahudi eşrafının liderliğidir. Dini azınlıklar için toplumsal bağımsızlık fikri Osmanlılarla veya hatta İslam ile ortaya çıkmamıştır. Öte yandan hem akademik literatürde hem de popüler söylemde “millet sistemi” şeklinde tanımlanan ve bu çalışmanın ana eksenlerinden birini oluşturan yapı, mezhepsel temelde örgütlenmiş yönetim mekanizmalarının en gelişmiş ve sistematik örneklerinden biri olarak öne çıkmaktadır. Böyle bir sistem Yahudiler için de yeni değildi; daha önce Hristiyan Avrupa’da ve İslam dünyasında da iç

⁷² SHMUELEVITZ, s. 23, dn: 44.

⁷³ LEWIS, s. 147; KENANOĞLU, s. 61.

işlerini kontrol etmişlerdi zira hayli geriye gidildiğinde hahamların otoriteye sahip olması için toplumsal rızadan türetilen teorik temellerin Talmud'da da bulunduğu iddia edilmektedir⁷⁴.

Netice olarak Yahudiler, diğer milletler gibi hiyerarşik düzende millet sistemi içerisinde sıkı bir şekilde organize olmasalar da yaşadıkları her şehirde ayrı özerk birimler olarak adlandırılabilirler yerel ve dini bir temelde özerkliklerini ve ayrı ayrı liderliklerini sürdürmeleri engellenmedi. Her bağımsız birimin birbirleriyle iletişimi sürdürmeleri ve gerektiğinde yardımlaşmaları, diğer bölgelerden ünlü ve işinin ehli hahamlardan fetva istemeleri de serbestti. Böylece yerel Yahudi cemaatleri devlet için herhangi bir sorun yaratmadığı gibi bu birimler devlet örgütüne kolayca uyum sağladı ve belli alanlardaki özerk sistemleri, izin verildiği ölçüde işlevlerini yerine getirdi. Kasabalardaki Yahudilerin bağımsız cemaatlere bölünmüş olarak kalıp kalmamaları veya yetkililer önündeki kasabadaki diğer cemaatleri temsil etmek için ortak bir lider seçip seçmemeleri kendi inisiyatiflerindeydi, bu devleti hiç ilgilendirmeydi. Devlet görevlileri kahalda sorun çıktığında her zaman hahamları muhatap aldı, hahamlar ortaya çıkan sorunları çözdü ve bu da devlet için yeterliydi⁷⁵.

Kapsali'nin hahamlık döneminde, başında bir haham bulunan bağımsız bir yönetime sahip olma ayrıcalığı karşılığında Yahudi milletine yönelik hahamlara özel bir vergi konuldu. Vergi, "rav⁷⁶ akçesi", "cizye-i rav" veya "hahamlık akçesi" olarak kayıtlarda geçiyordu ve Kapsali'nin bizzat kendisi cemaatinden vergiyi toplayıp devlete ödemekten sorumluydu⁷⁷. Kapsali'nin İstanbul'da yargı yetkisine hangi toplulukların girdiği konusu hakkında bazı çelişkiler de görülmektedir. Zira İstanbul'da, Karaim cemaatine, Osmanlı yetkilileri tarafından mali ve kazai bağımsızlık verilmiştir. Kapsali'nin topladığı rav akçesinin kaydedildiği defterde, Karaimlerin kethüdası (kahyası) tarafından yapılan ödeme için de ayrı bir kayıt vardır. 1453'ten önce, Edirne'de Karaim cemaatinin öne çıkması ve İstanbul'a göç ettirildikten sonra kendilerine ait bir mahalleye yerleşmeleri, bu bağımsızlığın Edirne'de sahip olunan ayrıcalıklardan devralınmış olduğunu düşündürmekle birlikte Karaimler İstanbul'da Yahudi nüfusunun küçük bir bölümünü oluşturuyordu ve Romanyot Kapsali'nin gücü ve etkisi, başka bir sebep olmasa bile, Karaimlerin gücü ve etkisinden çok daha ağır bas-

⁷⁴ EPSTEIN, "The Leadership...", s. 101.

⁷⁵ SHMUELEVITZ, s. 26.

⁷⁶ Rav veya rab, İbranice'de Tevrat öğreten veya Yahudi bir manevi rehber veya hahamlar için kullanılır.

⁷⁷ LEWIS, s. 148; EPSTEIN, "The Leadership...", s. 103.

muş olmalıdır⁷⁸. Fethin hemen ardından hahambaşılık görevine getirilen Kapsali, yaklaşık 40 yıl, yani Fatih'in ardından oğlu II. Beyazıt döneminde de görevini sürdürdü. Ancak görevinin sonlarına doğru Osmanlı Yahudi cemaatinin tüm yapısı değişti ve bununla birlikte hahambaşılık da değişti.

1492'deki Reconquista, Yahudi tarihinde bir dönüm noktası kabul edilir ve Osmanlı İmparatorluğu üzerinde de derin bir etkisi olmuştur. İstanbul'un fetminden bu yana geçen kırk yılda Yahudiler, özellikle ticarete ve şehrin gelişiminde önemli bir rol oynadılar. İstanbul Yahudileri o kadar yararlıydı ki, İspanya'dan bu tarafa yoğun Yahudi göçü önemli bir lütuf gibi görülmüş olmalı. Ancak göç, Yahudi cemaatinde pek de öngörülemeyen bir soruna da yol açtı; gruplar arasında çekişmeler başladı⁷⁹. Çünkü Sefarad göçü çok yoğun ve Osmanlı'nın yerleşik Yahudi cemaatlerinin nüfusundan çok daha fazlaydı. Zaman içinde Sefaradlar, Romanyotlar üzerinde baskı kurdu ve çoğunu asimile etti.

Göreve geldiğinde Mizrahi, Kapsali'nin hizmet verdiği şartlara benzer şartlar altında atanmış gibi görünse de artık hahambaşının gerçek işlevi değişmişti. Mizrahi, seçilmesinden birkaç ay sonra topluluğun mali işlemlerinde artık aktif bir rol oynamayacağı ve vergilendirmeye ilgili görevleri yerine getirmeyeceğini ilan etti ve böylece Yahudi milletini bundan sonra, biri dini diğeri ladini olan iki ayrı güç odağı temsil etmeye başladı. Cemaatin manevi-dini liderliği haham Mizrahi'deyken, mali ve idari liderlik, Sefarad cemaatinin bir üyesine devredildi⁸⁰. Bu değişim sadece hahambaşılığın toplamakla görevli olduğu rav akçesiyle ilgili değil, diğer bütün vergiler, harçlar ve mali işlemlerin de dini otoritenin yetki alanından çıkarılıp, ladini bir kurula devredilmesiyle ilgiliydi⁸¹. Böylece

⁷⁸ EPSTEIN, "The Leadership...", s.104.

⁷⁹ "1560'larda Haham Samuel de Medina, "Bugün Selanik'te görüldüğü gibi," diye yorumluyordu durumu, "Calabria, Provincia, Sicilya ve Apulia kutsal cemaatlerinin tümü Sefarad yöntemlerini benimsemiştir ve yöntemlerini değiştirmeyen tek kutsal cemaat Eşkenaz [Alman] olmuştur." Böylelikle, Patrik önderliğinde cemaat idaresi modelindeki Ortodoks Kilisesi'nin yapısının onlar arasında başarısızlığa mahkûm olmasının tek nedeni benzer bir Yahudi hiyerarşisinin olmayışı değildi. Selanik'in büyük ölçüde Sefarad Yahudileri, bir Romanyot hahambaşının kılavuzluğunu kabul etmeyi bir an bile düşünmemişlerdi." (MAZOWER, Mark, **Selanik - Hayaletler Şehri**, Çev. Gül ÇAĞALI-GÜVEN, Alfa, İstanbul, 2013, s. 87).

⁸⁰ EPSTEIN, "The Leadership...", s. 62.

⁸¹ Benbassa'ya göre, "Benimsenen oluşumun ilham kaynağı, İspanya'daki "aljama"ların statüsünü belirlemek için Valladolid Din İşleri Kurulu tarafından 1432 yılında Kastilya'da tanımlanan Yahudiler Yönetmeliğidir. İthal edilen bu model yeni şartlara uyarlanır. Her biri bir mini-toplum ve en önemlisi mali bir birim olarak görülen topluluğun yönetilmesi gerektiğine göre, her birinin idari kadroları vardır. Bu noktada da hem işlerinde sağlıklı bir işleyişin sağlanması için, hem de topluluğun Osmanlı yetkililerine karşı vergi toplamak gibi bir görevi de olduğundan otorite gereklidir. Vergiler ya söz konusu otorite tarafından ya da şehrin Yahudi grupları tarafından ayrı ayrı tahsil edilirdi. İkinci seçenek söz konusu olduğunda, topluluk yetkilisi bölge cemaatine karşı da sorumlu olurdu. Vergi mükellefleri meclisi çoğunluk oyu ile karar alır ve yetkilerini bir yürütme kuruluna (maamad) aktarırdı." (Ayrıntılı bilgi için bkz: BENBASSA, Est-

kethüda artık merkezi hükümetle Yahudi cemaatleri arasında birincil temas noktası haline geldi. Ayrıca bir resmi hahambaşından yoksun hahamlar, Yahudiler arasında en imtiyazlı sınıftı. Öyle ki hem cemaat hem de devlet vergilerinden muaf sayılmışlardı. Kuşkusuz kadıların temsil ettiği şer'iye mahkemeleri sistemine dahildiler. Hahamlar cemaat ya da devlet vergilerinden muaf, imtiyazlı bir yönetici sınıf oluşturuyorlardı. Kadı mahkemeleri, öncelikle Gayrimüslimlerden farklı bir şekilde muamele gören Müslümanlar için tasarlanmış olsa da Yahudilerin hukuki uyuşmazlıklarını da görmekle yükümlüydü ve inançlarına saygılıydı. Hiçbir Yahudi'yi Şabat günü mahkemeye gelmeye zorlamıyor ve Yahudi tanıkların yemin etmeleri gerektiğinde onları hahama gönderiyor⁸² veya Tevrat üzerine yemin ettiriyordu⁸³. Müslümanlar ve/veya Hristiyanlarla yaşananlar dışında, Yahudiler kendi aralarındaki -özellikle aile hukuku, miras gibi konularda- uyuşmazlıklarını çözmek için hahamlık (cemaat) mahkemelerine gidebilirlerdi. Uyuşmazlığın taraflarından herhangi birinin şer'iye mahkemesini talep etmesi durumunda⁸⁴ zorunlu yargı mercii de şer'iye mahkemesi oluyordu. Görüldüğü üzere İslam-Osmanlı hukuku bu konuda belirli şartlarda Gayrimüslimlere bir seçme hakkı tanımıştır⁸⁵.

Hahambaşı Mizrahi'nin 1526 yılında vefat ettiği bilinmektedir. 16. yüzyılda artık hahambaşılık kurumu, Yahudi cemaatinin artan nüfusu ve farklı cemaatlerin kendi hahamlarıyla idare olmak istemesi nedeniyle hayli karmaşık bir döneme girmiştir. Bu nedenle, Mizrahi'den sonraki bazı hahamlar, Karaim ce-

her/RODRIGUE, Aron, **Türkiye ve Balkan Yahudileri Tarihi**, Çev. Ayşe ATASOY, İletişim, İstanbul, 2014, s. 106 vd.).

⁸² HACKER, Joseph R., "Jewish Autonomy in the Ottoman Empire - Its Scope and Limits: Jewish Courts from the Sixteenth to the Eighteenth Centuries", içinde, **The Jews of the Ottoman Empire**, Ed. Avigdor LEVİ, Darwin Press, Princeton, 1994, s. 150-152; MAZOWER, s. 90.

⁸³ MASTERS, Bruce, **Christians and Jews in the Ottoman Arab World**, Cambridge Press, Cambridge, 2001, s. 32.

⁸⁴ 23 Kasım 1747'de Vidin şer'iye mahkemesinde görülmeye başlanan bir dava buna iyi bir örnek teşkil eder: Çoban Bey Mahallesi'nden ölen Yahudi Yovan'ın iki küçük oğluna, mahkeme kararıyla amcaları Salamon vasi olarak atanır. Yovan'ın eşi Sol ve vasi Salamon, mahkemeye başvurarak Yovan'ın terekisinin paylaşımını talep ederler. Tereke paylaşıldıktan sonra, vasi Salamon tekrar mahkemeye başvurarak Sol'un, kardeşinin evini, dükkanını ve cariyesini miras paylaşımına dahil etmediğini iddia ederek şikayetçi olur. Mahkeme, Sol'u sorgular. Sol, adı geçen malların babasından kendisine miras kaldığını savunur ve bu iddiasını ispatlamak için iki Müslüman ve iki Yahudi şahit gösterir. Şahitlerin ifadeleri sonucunda, bahsi geçen malların Sol'a babasından miras kaldığı ispatlanır ve vasi Salamon'un davası reddedilir. Bu vaka, bir kadının, kocasının vefatını takiben miras yoluyla edindiği mallar üzerinde tam ve bağımsız tasarruf yetkisine sahip olduğunu ortaya koyduğu gibi, tarafların Yahudi olması ve meselenin ahvâl-i şahsiyeye ilişkin bir miras ihtilafı niteliği taşımasına rağmen, tarafların arzu ettiklerinde şer'iye mahkemesine başvurabildiklerini de göstermektedir. (Vidin Şer'iye Sicilleri, 81, 80/1'den naklen: KOÇAK, Zülfiye, "Osmanlı Toplumunda Zimmi Kadınların Kadı Mahkemelerini Kullanma Pratiği: Vidin Örneği (1700-1750)", **Balkan Araştırmaları Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2018, s. 187).

⁸⁵ LEWIS, Bernard, **The Jews of Islam**, (with a new foreword), Princeton, 2014, s. 49-50.

maati örneğine benzer biçimde “cemaat hahamı” sıfatıyla görev yapmış ve taleplerini doğrudan padişaha iletmışlerdir. Bu duruma ilişkin dikkat çekici örneklerden biri, İstanbul Yahudi cemaatinin sunduğu bir arzuhal üzerine Haziran 1667’de IV. Mehmed tarafından Sadrazam Yusuf Paşa ile İstanbul Kadısı’na hitaben gönderilen fermanıdır. Söz konusu fermanı, İstanbul’daki Yahudi cemaatinin hahamlık ve cemaat başkanlığına ilişkin meseleler ele alınmaktadır. İstanbul’da yaşayan Yahudi cemaati büyük bir yangın (harik-i kebir/1660 Büyük İstanbul Yangını) geçirmiş, bu felaket sonucunda cemaatler dağılmış ve mevcut hahamlar ile cemaat başkanları görevlerini yerine getiremez hâle gelmiştir. Yahudilerin ortak isteği doğrultusunda artık hahamlık ve cemaat başkanlığı gibi resmi görevlerin kaldırılması, herkesin devlete karşı bireysel olarak vergi ve diğer yükümlülüklerini yerine getirmesi arzulanmaktadır. Ancak bazı nüfuzlu Yahudilerin, bu yükümlülüklerden kaçmak amacıyla kendilerini hâlâ haham olarak göstermeleri ve bu durumu kötüye kullanmaları, cemaatin geri kalanının mağdur olmasına yol açmaktadır. Bu nedenle padişah, bugünden itibaren hiç kimsenin haham ya da cemaat başkanı olarak kabul edilmeyeceğini, görevden alınanların bu makamlara geri getirilmeyeceğini ve yükümlülüklerden kaçmak için öne sürülen bu tür bahanelerin geçersiz olduğunu bildirmiştir. Şeriate ve kanunlara aykırı olan bu tür davranışlara asla müsamaha gösterilmeyeceği belirtilmiş ve fermanın uygulanması için Hüseyin Çavuş görevlendirilmiştir⁸⁶. Netice olarak Mizrahi’nin ardından Osmanlı Devleti’nde, 1526’dan sonra, 1835 tarihinde resmi hahambaşılık kurumu kurulana kadar yaklaşık 300 yıl boyunca başka bir hahambaşı atanmadı.

Yahudi ve Türk araştırmacılara göre Yahudilerin sıklıkla şer’iyye mahkemelerini tercih etmelerinin birkaç gerekçesi vardır. Öncelikle şer’iyye mahkemesi belirli ve cemaat mahkemelerine oranla görece az bir ücret -harç- ödemeye gönüllü herkese açıktı. Diğer Avrupa ülkelerinde etmeye zorlandıkları özel Yahudi yemini gibi yasal bir zorunluluk yoktu; çoğunlukla bir Tevrat tomarı üzerine yemin ediyorlardı. Ayrıca şer’iyye mahkemesinde bir dava yürütmenin Hahamlık mahkemesindeki yargısal işlemlerle karşılaştırıldığında bazı avantajları vardı: Tek oturumda ve hızlı karar verirlerdi. Oysa Halakha’nın yani Yahudi şeriatının gerekliliklerini yerine getirmek için uzun müzakerelere gerek vardı. Bir diğer önemli avantajı ise cemaatteki güçlü kişilerle ve hükümlerini kabul etmeyi reddedenlerle mücadele etmek zorunda kalan cemaat mahkemelerinin

⁸⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, (H 1077/ M 1666-1667), Cilt: 17, s. 885, Hüküm No: 1158, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=2316&MetinTmz=haham> (E.T.: 25.08.2025).

zayıflığıyla karşılaştırıldığında kadı hükümlerinin infaz kolaylığıydı. Diğer bazı vakalarda ise Şeriat ve Halakha arasındaki farkları kendi çıkarları için kullananlar bulunmaktaydı. Bu tür durumlarda Yahudiler seçimlerini fayda temelinde yaptılar, kişisel çıkarlarını dini zorunluluklara ve kamu yararına tercih ettiler. Yahudilerin başka mahkemelerde yargılanmalarını yasaklayan “psak din”lerin (haham fetvalarının) çoğu, özellikle miras yasalarına ve Yahudi kadınların erkeklerinden çok daha aşağı bir zeminde olduğu evlilik haklarına atıfta bulunuyordu. Bu nedenle Halakha’nın evlenmelerini yasakladığı çiftler şer’iyye mahkemelerinde evlendirildi veya miras uyuşmazlıkları çözüldü⁸⁷. Benbassa’ya göre ise, “*Osmanlı Gayrimüslimlerin kendi içişlerindeki anlaşmazlıklar için kadıya başvurmalarını şart koşmasa da Yahudi cemaat mahkemelerinin yargısal kararları tam bir yasallığa sahip değildi. Yine de devlet karışmadıkça, o dönemde yaşayan bir Yahudi’nin gözünde bu mahkemelerin kararları kanun hükmündeydi. Cemaatlerde boyun eğmeyenleri cezalandırmak için hapishaneler dahi bulunuyordu. Yine de Yahudi cemaat mahkemeleri, yetkilerini reddedenlere karşı savunmasız ve güçsüz kalıyor, diretemiyorlardı. Yani Yahudilerin gönül bağı ile bağlı oldukları hukuksal düzenleri tam bir sistem haline gelmemişt*”⁸⁸.

Tüm bu aktarılanlardan anlaşılacağı üzere, devletin Gayrimüslim politika-sına uygun olarak devlet görevlileri hahamlık işlerine nadiren müdahale ederdi. Bir kadı, hahamların şer’iyye mahkemesine başvurmamaları için cemaatine baskı uyguladığı haberini alırsa, bu yönetimde hoşnutsuzluk yarattı ancak hoşnutsuzluk halinin eyleme dönüşmesi nadirdi. Örneğin Selanik Aragon Sinagogu’nda hahamlık makamının iki adayı arasında yaşanan bir tartışma üzerine kadı seçime müdahale etti ve hahamı kendisi atadı fakat bu durum atanan aday açısından pek iyi neticelenmedi ve cemaat maaşını kendilerinin ödediği atanmış hahamı değiştirmekte gecikmedi. Bir başka kadı ise cemaat üyelerine şer’iyye mahkemesine başvurmamaları yönünde talimat veren hahamı azletti ama o haham da daha sonra başka bir cemaat tarafından başka bir kahalda göreve getirildi⁸⁹. Hahamların tüm engelleme çabalarına rağmen⁹⁰, gelecekte doğabilecek

⁸⁷ BEN-NAEH, Yaron, “Jews at the Court of Kadi”, **Continuity and Change in the Early Modern Period**, Volume: 5, New York, 2008, s. 160.

⁸⁸ BENBASSA/RODRÍGUE, s. 103.

⁸⁹ SHMUELEVITZ, s. 45-48; MAZOWER, s. 91. Görüldüğü üzere kadıların hahamları azletme yetkileri de vardır. (ÇİÇEK, Kemal, “Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihi”, **Pax Ottomana**, SOTA - Yeni Türkiye, Ankara, 2001, s. 36).

⁹⁰ Bu konuda Halep örneği önemlidir. Şehirde yaşayan Yahudi cemaati çevre şehirlere göre daha tutucuydu ve cemaat içi meseleleri kadı önüne götürme konusunda pek de hevesli değildi. Bu nedenle Halep şer’iyye sicillerinde Yahudilerle ilgili uyuşmazlıklara pek rastlanmaz. Bunun nedeni olarak şehrin baş hahamının cemaatini Osmanlı mahkemelerine gitmemeleri konusunda uyardığı ve yasakladığı fetvaların

yasal uyumsuzluk ihtimaline karşı Yahudiler, genellikle ticari anlaşmalarını veya boşanma sözleşmelerini kaydettirmek üzere şer'iyeye mahkemelerine gidiyorlardı⁹¹. Ancak kendi cemaat mahkemelerine gitme konusunda bir otonomiye sahip oldukları ahvali şahsiyyeye ilişkin konularda dahi gerek daha adil gerekse daha ekonomik gördükleri için şer'iyeye mahkemelere gitmeyi tercih eden Gayrimüslimlerin bu tercihleri nedeniyle ruhani liderler sık sık Osmanlı'ya şikâyetle bulunmuş ve yetkililer de şer'iyeye mahkemelerini zaman zaman söz konusu davalara bakmamaları konusunda uyarmak zorunda kalmıştır. Ayrıca yine bu tür davalara Tanzimat sonrası yenileşme hareketine bağlı olarak çıkartılan modern kanunları uygulamak üzere kurulan nizamiye mahkemeleri de bakamıyor, bak-tıkları takdirde verdikleri hükümler bozuluyordu⁹². Daha sonra bu durum değişti ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'yle⁹³ cemaat mahkemelerinin evlilik ve boşanma konularıyla ilgili yetkileri kaldırıldı ve yetki şer'iyeye mahkemelerine devredildi⁹⁴. Ancak Kararname İngiliz işgal güçleri tarafından 1919'da yürürlükten kaldırıldığında cemaat mahkemeleri yargı yetkilerini yeniden kazandı⁹⁵. Tüm bunların dışında kalan alanlar ve salt Müslümanlarla Gayrimüslimler arasında değil, aynı milletten olan Gayrimüslimlerin de aralarındaki ceza davalarına bakma yetkisi Osmanlı mahkemelerine aitti⁹⁶. Osmanlı yargı sisteminde Gayrimüslimlerle ilgili getirilen en belirgin sınırlama, şahitlik meselesine ilişkindir. Eğer taraflardan biri Müslüman ise, şahitlerin de Müslüman olmaları şart koşulmuştur. Bu durumda, Gayrimüslimlerin şahitlikleri kabul edilmemiştir. Fakat, farklı milletlere mensup Gayrimüslimlerin birbirleriyle ilgili davalarda şa-

varlığından da bahsedilmektedir. Aynı dönemde Kudüs ve Şam şer'iyeye mahkemelerinde tam tersi bir durumun varlığı iddiaya delil olarak gösterilebilir. (MASTERS, s. 35; ELDEM, Edhem/GOFFMANN, Daniel/MASTERS, Bruce, **Doğu ile Batı Arasında Osmanlı Kenti**, Çev. Sermet YALÇIN, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 49).

⁹¹ MAZOWER, s. 91.

⁹² KONAN, Belkıs, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 179; EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri**, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2004, s. 324.

⁹³ "Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nin hem Müslüman hem Gayrimüslim tebaasına ait aile hukuku kurallarını ayrı fasıllarda da olsa tek kitapta toplayan Türk-İslam tarihinin ilk düzenlemesidir. Üç ana din mensupları için ayrı ayrı hükümler getirerek, Müslüman, Yahudi ve Hristiyanların ahval-i şahsiyyelerine müdahale etmeme yönündeki devlet politikasından ayrılmamışsa da o dönemin şartlarında bu adımın dahi atılması ileri yönde bir harekettir." KAYABAŞ, Ebru, **Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi - Hukuk-ı Aile Kararnamesi**, Filiz, İstanbul, 2009, s. 96, 98.

⁹⁴ KAYABAŞ, s. 96.

⁹⁵ AKYILMAZ, Sevgi Gül, "Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü", içinde, **Osmanlı Toplum Yapısı ve Millet Sistemi**, Ed. Nejla GÜNAY, Nobel, Ankara, 2020, s. 57.

⁹⁶ ÖRSTEN-ESİRGİN, Seda, "İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 2, s.188.

hitlik yapmaları mümkündür. İslam ceza hukuku bağlamında, eğer taraflardan biri Müslüman ise, dava şer'iyye mahkemesinde görülmüştür. Osmanlı'da ise, ceza davaları, tarafların her ikisi Gayrimüslim olsa dahi, şer'iyye mahkemele-
rinde görülmesi zorunlu kılınmıştır. Şeri hukukun ceza hukukuna ilişkin hü-
kümleri (kisas, diyet vb.) herkes için geçerli olmuştur⁹⁷.

Bu kurala rağmen bazen cemaat mahkemelerinin ya da ruhani reislerin ce-
maat üyelerine ceza verdiklerine ve buna dair şikayetlere rastlanmaktadır⁹⁸. Ru-
hani reisler de yine ruhban sınıfını, örneğin hahamları veya kohenleri dini alan-
da işledikleri suçlarla ilgili olarak tedip (terbiye) edebilirlerdi. Hahambaşılar ise
-diğer milletlerin yüksek rütbeli ruhani görevlileriyle aynı şekilde- işlediği suç-
lar nedeniyle klasik dönemde Divanı Hümayun'da, Tanzimat'tan sonra ise Mec-
lisi Vala'da yargıldılar⁹⁹. Ayrıca sadece ruhani reisler değil Müslüman ve
Gayrimüslim tebaadan herkesin devletten adalet talep etme veya adaletsizliği
gidermeyi isteme hakkı olduğundan halktan Yahudilerin de Divanı Hümayun'a
şikâyet dilekçesi verdiği ve uyuşmazlıklarının padişahın huzurunda çözülmesini
istediği örneklerle sık sık rastlanmaktadır. Bunun dışında veziriazamın başkanlı-
ğında toplanan İkinci Divanı da aynı görevleri icra etmiş ve Yahudilerin davala-
rı orada da görülmüştür¹⁰⁰.

Sonuç olarak Halaha'ya¹⁰¹ göre Bet-din olarak da adlandırılan Yahudi ce-
maat mahkemeleri, kendi dini yasalarını uyguladıkları özel hukuk uyuşmazlık-
larında, en az bir hâkimden ama sıklıkla üç hâkimden oluşan heyetleriyle ver-
dikleri kararların¹⁰² infazını mutlaka Osmanlı memurları gerçekleştirdi ve yine

⁹⁷ EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Hukukun Serüveni**, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2011, s. 232.

⁹⁸ Örneğin, "Kudüs'te, David'in uygunsuz hareketinden dolayı hahambaşının elli değnek vurması şurut ve nizamata mugayir olduğundan bahisle istizan-ı muameleye dair belge için bkz: (BOA, Cevdet-Adliye, No: 2363, Tertip: 2, (H) Zilhicce 1267, (M) 1851'den naklen EKİNCİ, s. 326, dn: 40).

⁹⁹ EKİNCİ, s. 327.

¹⁰⁰ AKYILMAZ, s. 56.

¹⁰¹ Halaha, İslam şeriatına benzer bir şekilde hayatın birçok veçhesini düzenleyen dini bir hukuk sistemidir. Klasik Yahudi görüşü, Yahudi hukukunun diğer tüm hukuklardan üstün olduğu ve taraflar Yahudi olduğu sürece Yahudi toplumsal yaşamını etkileyen tüm durumlarda uygulanması gerektiği idi. Ancak, dünyanın dört bir yanına dağılmış olmak ve ev sahibi devletlerdeki yönetici güçlerle samimi ilişkileri korumak için her türlü çabayı gösterdikleri özerk bir varoluşu sürdürme konusundaki uzun deneyimleri, Yahudi hukuk-
çularını devletlerin yasalarına karşı taviz vermeye yöneltti. (SHMUELEVITZ, s. 41-42. Halaha ile ilgili ayrıntılı bilgi için: TCHERNOWITZ, H., **Toledot ha-Halakhah (History of Halakhah)**, Volume: 4, New York, 1934; LANDMAN L., **Jewish Law in the Diaspora**, Philadelphia, 1968; HERZOG, I., **The Main Institutions of the Jewish Law**, London, 1936).

¹⁰² "Hahamların kararlarını verdikleri alan çok genişti: Kira ihtilafları, evlilik, vasiyet onayı ve ticaret huku-
ku geçim kaynaklarını oluşturuyordu ama aynı zamanda tıbbi meseleler de vardı -ne çeşit bir zührevi has-
talık, kadının kocasını boşamasında meşru bir gerekçe oluşturabilir veya kürtaja ne zaman izin verilebilir
gibi. Özellikle İspanya'dan göçenlerin uğradığı ailevi yaşamlarının parçalanması travması, çeşitli ikilem-

bu karar ve infazların tamamını Osmanlı bürokrasisi kendi resmi bürokratik sistemiyle kayıt altına alırdı. Fakat bunlara ek olarak Yahudi inancının kendine has manevi cezasını da unutmamak gerekir: Aforoz etmek (herem-nid-duy). Aforoz, Yahudi cemaatinde mahkemeye nazaran çok daha sık başvurulmuş bir ıslah yöntemidir. Köken olarak Tevrat'a dayanan bir cezalandırma yöntemi olan aforoz, suçlunun toplumsal hayattan, dinin resmi ritüellerinden ve diğer dini törenler, bayramlar, kutlamalar dahil olmak üzere geçici veya ömür boyu sürecek şekilde uzaklaştırılmasını temsil ediyordu¹⁰³.

C. Yahudi Milleti Nizamnamesi ve İlgili Dönemde Yaşanan Gelişmeler

İmparatorluğun son döneminde Tanzimat'ın ilanı ile başlayan ve Islahat Fermanı ile devam eden yenileşme hareketi Yahudi milletini de etkiledi. Diğer milletler¹⁰⁴ gibi Yahudilerde de ve özellikle tüccar ve bankerleri arasında millet yönetiminde halkın daha fazla söze sahip olması yönünde talepler artmıştı¹⁰⁵. 1860'larda laik eğitim sistemi arzusunun bazı Yahudi aydınlar tarafından cemaat arasında yayılmasıyla ilk tepkiler başladı. Yahudi toplumu arasındaki derin bölünme, 1526'da Romanyot Hahambaşı Eliyahi Mizrahi'nin vefatından 1835'te resmi hahambaşılık görevinin ihdas edilmesine kadar geçen üç yüzyıllık süreçte, bu makama bir türlü atama yapılmamasıyla kendini göstermiştir. Sorunun sebeplerinden biri, cemaatler arasındaki çatışmalar olmakla birlikte, diğer taraftan devletin cemaatle olan ilişkilerini sadece nüfuzlu Yahudi şahsiyetler, hahamlar veya cemaatin ileri gelenleriyle sürdürmesiyle de bağlantılıdır. II. Mahmut tarafından 1835'te yapılan hahambaşı ataması ile Yahudi toplumunun - diğer milletlerin bir lidere sahip olmalarının aksine- lidersiz kalma durumunun artık sona erdiğini gösterir¹⁰⁶. Ancak, 19. yüzyılda toplumda şekillenen ve Orto-

lerde kendini gösteriyordu: Bir Yahudi erkek ile siyah bir kölenin oğlu, babasının mülkünü tevarüs edebilir miydi? Kocası Hristiyan olup İspanya'da kalan kadınların durumu ne olacaktı? Bir erkeğin kaç eş almasına izin verilebilirdi? Kararlarda yararlanmak için, İspanya ve İtalya'dan kitaplar getirtilirdi ve tüccarlar ender el yazmalarını çoğaltmaları ve İbranice metinleri Ladino'ya tercüme etmeleri için katipler ve yazıcılar tuttu. Aslında, hahamlar, kendilerine kılavuzluk edecek seleflerinin hükümleri olmaksızın karar vermeyi sakıncalı buluyorlardı. Örneğin vebanın her yeri kasıp kavurduğu bir dönemde kent dışından bir haham, kendisine bir hüküm için yalvaran kişiye, kolunun altında kitapları olmaksızın bir görüş bildirdiği için peşinen özür dilemişti." (MAZOWER, s. 92).

¹⁰³ SHMUELEVITZ, s. 41.

¹⁰⁴ "1862'de Rum-Ortodoks, 1863 yılında ise Ermeni-Gregoryen milleti nizamnameleri yayımlanmıştı." (REYHAN, Cenk, "Osmanlı'da Millet Nizamnameleri", **Belgeler**, Cilt: 27, Sayı: 31, s. 40).

¹⁰⁵ ERYILMAZ, s. 150-151.

¹⁰⁶ 1835'in ardından 1840'ta Padişah Abdülmecit tarafından Tanzimat Fermanı'na göre Yahudilerin haklarını teyit eden bir ferman yayımlandı. 1841'de ise bu sefer Kudüs cemaatine haham atandı. 1841'deki bir başka fermanla bu sefer Yahudilerin kamu yönetimindeki yerlerini koruyacakları belirtildi. (BOZKURT, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının..., s. 189).

doks/muhafazakâr ve ilerici/seküler olarak ikiye ayrılmış olan karşıt gruplar arasındaki çatışma oldukça belirginleşmişti. 1862 yılında bu anlaşmazlıklar şiddetlenince, cemaatin bir düzene girmesi için adımlar atılmaya başlandı. 7 Temmuz 1863 (H 21 Sefer 1280) tarihli irade ile Islahat Fermanı'nın ilkeleri de gözetilecek olan bir nizamname hazırlanarak, Babıali'ye sunulması istendi. Bunun üzerine Sadrazam Fuat Paşa, Hasköy, Havra, Balat, Ortaköy vb kahallarının hahamlarından oluşan bir komisyon kurarak düzenleme yapılmasını istedi. 1864 yılında Edirne Hahamı Yakir Geron, hahambaşı kaymakamı olarak atandı ve Aydın'ın aktarımına göre, *"Geron, Nizamname'yi kısa sürede tamamladı ve padişaha sundu. Bu çalışmasından dolayı, 75.000 kuruş ödül ve ikinci dereceden Mecidiye Nişanı ile onurlandırıldı ve Ladino dilinde hazırlanmış olmasına rağmen kurallar gereği Babıali'ye Türkçe olarak sunulan Nizamname, Sultan Abdulaziz tarafından onaylandı, Takvim-i Vekayi'de yayımlanarak yürürlüğe girdi"*¹⁰⁷. Böylelikle, Hahamhane Nizamnamesinin ortaya çıkışı, sadece çevresel faktörler ve siyasi gelişmelerin değil, aynı zamanda cemaatin içindeki karmaşık sürecin de bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

22 Mart 1865 (Hicri 23 Şevval 1281) tarihli Hahambaşılık Nizamnamesi ile Yahudi cemaatinin dini, idari ve sosyal kurumları düzenlendi¹⁰⁸. 5 fasıl ve 48 maddeden meydana gelen Nizamnameye göre: Yahudi cemaatinin başında bir hahambaşı¹⁰⁹ bulunacak ve Osmanlı Devleti'ndeki tüm Yahudiler üzerinde yetkili olacak; ayrıca ruhani, dünyevi (cismani) ve genel yetkili üç meclis kurulacak; hahambaşının seçimi usulü aynı Ermeni Patriğinin seçilmesi usulü gibi düzenlenecekti¹¹⁰. Ayrıca Nizamname'nin 2. ve 3. maddelerine göre, hahambaşılık makamı boşaldığında ruhani ve dünyevi meclislerin üyelerince bir kaymakam seçilecekti. Daha sonra dünyevi meclis aranan özelliklere sahip kişiler içinden beşini hahambaşı adayı olarak belirledikten sonra söz konusu adaylar kaymakam tarafından tasdik edilerek ruhani meclise gönderilecektir. Ruhani

¹⁰⁷ AYDIN, Mehmet, "Osmanlı Devlet Yapısı İçerisinde Osmanlı Hahamhane Nizamnamesinin Yeri ve Önemi", *Türk İslam Medeniyeti Akademik Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 8, 2006, s. 14-15; ORTAYLI, "Osmanlı İmparatorluğunda Millet", s. 1001; BOZKURT, Gülnihal, "Osmanlı Yahudi İlişkilerine Genel Bir Bakış", *Belleken*, Cilt: 56, Sayı: 219, 1993, s. 546.

¹⁰⁸ Hahamhâne veya Hahambaşılık Nizamnamesi'nin özgün elyazması için: BOA, Buyuruldu, Kütük: 5, s. 132-139; ayrıca *Düstur*, I. Tertibi evvel, Cüzü sani, Cilt: 4, s. 962-975'te de yayımlanmıştır. Nizamname'nin tam Türkçe transkripsiyonu için ise bkz. REYHAN, s. 82-90.

¹⁰⁹ Nizamnamenin 1. maddesine göre göre hahambaşı, "Musevi milletin reisi ve evamir-i Devlet-i Âliyye'nin vasita-i tenfizi ve icrası"dır. Bu bakımdan hahambaşı olacak kişinin babasından beri Osmanlı tebaasından olup, hiçbir şekilde lekelenmemiş; en az otuz yaşını tamamlamış ve yetmiş yaşını geçmemiş olması gerekmektedir. (ERYILMAZ, s. 151).

¹¹⁰ EKİNCİ, s. 321.

meclis, adayları denetleyip uygun görürse bir mazbata düzenleyerek bunu kaymakama sunacak ve kaymakam da adayları umumi meclise havale edecekti. Özetle Yahudi milletinde hahambaşı adayını önce dünyevi meclis belirlemekte, ruhani meclis ise bunu kurallar çerçevesinde kontrol etmekte ve en nihayetinde hahambaşı seçimi umumi mecliste gerçekleşmektedir. Seçimin sonucu, düzenlenen bir mazbata ile kaymakam aracılığıyla Babıali'ye gönderilir ve padişahın irade-i seniyyesi ile hahambaşı göreve başlar. Ancak Osmanlı Devleti veçhesinden bakıldığında hahambaşının seçildikten sonra devlet memurluğuna da başlayabilmesi için Nizamname'nin 4. maddesi uyarınca bir adıma daha ihtiyaç duyulur: Hahambaşı seçilen kişi hahamhaneye gelerek, kaymakamla, ruhani ve dünyevi meclislerin huzurunda, "Devleti-i Âliye'ye ve Millet-i Museviyeye ifay-ı sadakat"a ve nizamnamenin düzgün bir şekilde uygulanmasına dikkat etmeye yemin edecektir. Ardından hahambaşı padişahın huzuruna çıkar ve böylece resmi memuriyeti Babıali tarafından ilan edilir¹¹¹.

Ruhani meclis ve dünyevi meclis üyelerinden oluşan umumi meclis; yirmi- si haham sınıfından, altmışı ise avam sınıfından olmak üzere toplam 80 kişiden oluşacak ve kendi içinden ruhani meclis için yedi haham ve dünyevi meclis için ise dokuz üye seçecek ve Babıali'nin onayından sonra da çalışmaya başlayacaklardı. Dünyevi meclis üyeleri iki yıl için seçilir ve cemaatin özel dünyevi işleri ile; ahval-i şahsiyye ile ilgili uyuşmazlıklara bakardı¹¹².

Hahambaşı, meclislerin verdiği kararları, Nizamname'ye aykırılık bulunmadığı sürece onaylamakla yükümlüdür. 10. maddesi ise dikkate değer bir düzenleme içerir: Hahambaşının evlat, ahfat ve kardeşinin Yahudi milleti işlerinde istihdam edilmesini yasaklamıştır. Bunlarla birlikte hahambaşının suç işlemesi durumunda, yargılamasının Divanı Hümayun tarafından gerçekleştirildiğinden bahsedilmişti, işte bu uygulama Nizamname'nin 12. maddesi ile birlikte değişti ve hahambaşı umumi meclis tarafından yargılanacak ve suçlu bulunursa Babıali'ye sunulmak üzere istifası istenecektir¹¹³. Nizamname bir bütün olarak incelendiğinde düzenlemenin çağının hayli ilerisinde ve sekülerleşmiş olduğunu söylemek mümkündür¹¹⁴.

Ayrıca hahambaşılık kurumunda da yine bir ayrıma gidildi. Bundan sonra hahambaşı tüm ülkede Yahudi milletinin idari açıdan yöneticisi olarak kabul

¹¹¹ ERYILMAZ, s. 151-152; Shaw, s. 259-262.

¹¹² EKİNCİ, s. 320-321.

¹¹³ ERYILMAZ, s. 152.

¹¹⁴ AYDIN, s. 17.

edilirken; sadece İstanbul cemaatinin ruhani lideri olacaktı. Diğer Yahudi merkezlerine yönelik ek düzenlemeler, özellikle taşraya baş hahamların ataması için çıkarılan beratlar aracılığıyla, sonraki 20 yıl boyunca hayata geçirildi. Nizamname hükümlerine bakıldığında aslında hahambaşının çoğunlukla idari görevlerinin düzenlendiği; dini görevlerinin ise eskisi gibi gelenek ve göreneklerle belirleneceği görülür¹¹⁵.

1865 yılında Osmanlı Devleti, nizamname ile hahambaşılık hakkındaki tartışmalara noktayı koyup yetki ve etki alanını belirleyerek kurumu kanunileştirdi. Böylece hahambaşı bir Osmanlı memuru olarak, cemaatinden devlete ait vergileri toplamak, toplanan vergileri hazineye aktarmak, cemaatinin devletin kanunlarına uymalarını sağlamak, ihlal edenleri devletin mahkemelerine teslim etmek ve aynı zamanda cemaatin ladini memuru olan kethüda/kâhyanın yerini alarak devlet katında cemaati de temsil etmekle yükümlü olmuştur. Bu sayede cemaatin şikâyet ve taleplerini ilgili mercilere iletiyor; cemaatin ihtiyacı olan devlet buyruk ve düzenlemelerini çıkarttırıyordu. Hahambaşılık kurumu, 1877'ye kadar idari olarak Hariciye Nezareti'ne bağlıyken II. Abdülhamit'in anayasal reformlarının bir parçası olarak Adliye Nezareti'nin bünyesine dahil oldu¹¹⁶.

Ortaylı'ya göre “İmparatorluğun son dönemine kadar İstanbul'daki hahambaşının Osmanlı İmparatorluğu'nun hahambaşısı olduğu şüphelidir. O ancak 'Primus inter pares' konumunda bulunarak protokolde milletini temsil etme hakkına sahipti. Esasen Yahudi dininde de Müslümanlarındaki gibi ruhban ve ruhani hiyerarşi olmadığından bu durum pek sorun olmuyordu. Sonuçta ortaya çıkan millet örgütü herhalde yeryüzünde sadece Osmanlı İmparatorluğu'nda görülen özgün bir Yahudi cemaat örgütüydü¹¹⁷”. 1865'ten sonra ise hahambaşı sadece İstanbul'daki Yahudilerin değil ülkenin tamamındaki Yahudilerin yöneticisiydi. Artık kesin olarak liderdi ve tüm hahamların, kahal liderlerinin ve Halaha'nın en üstündeydi. Ayrıca dini yasayı ihlal edenlere yasak getirmek, onları aforoz etmek gibi yetki alanındaki cezaları vermek ve bunları uygulama hakkına da sahipti ve hahamlar arasındaki anlaşmazlıklar da onun huzurunda çözülüyordu. Bozkurt'a göre ise, Nizamname'nin ardından ilk hahambaşı seçilen Abraham Kamondo'nun Paris'e gitmesinden sonra, II. Abdülhamit'e kadar bir daha hahambaşı seçilmedi ve Yahudiler bundan sonra nizamnameyi uygulamadılar¹¹⁸.

¹¹⁵ AYDIN, s. 16; SHAW, s. 235.

¹¹⁶ SHAW, s. 235.

¹¹⁷ ORTAYLI, “Osmanlı”, s. 1001.

¹¹⁸ BOZKURT, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının, s. 190.

Nizamname'den sonra Osmanlı tebaası için önemli bir gelişme daha yaşandı ve 23 Ocak 1869 tarihinde devletin ilk vatandaşlık düzenlemesi olan Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi yürürlüğe girdi ve bundan sonra reaya artık tebaa değil vatandaş olacaktı. Bu gelişme ile birlikte Osmanlı toplumu içinde bulunan eşitsizlikler de kısmen azaldı, halk arasındaki farklılık vurguları kalktı ve zimmi gibi İslam hukuku kökenli kullanımların yerini batılı terimler aldı. Düzenlemenin ilk maddesine göre bundan sonra anne babası veya sadece babası Osmanlı vatandaşı ise dünyaya gelen çocukları da artık Osmanlı vatandaşı olacaktı. Ardından gelen ikinci madde ise yabancı ebeveynlerden Osmanlı topraklarında doğan çocuklar, reşit oldukları tarihten itibaren üç sene içerisinde Osmanlı vatandaşı olmak için başvurabileceklerdi. Görüldüğü üzere madde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gibi vatandaşlık kazanmada toprak esasını kabul etmiştir, günümüz vatandaşlık kanununda ise Kararname'nin ilk maddesinde olduğu gibi kan bağı esası yürürlüktedir. Maddelere genel olarak bakıldığında Müslüman, Hristiyan ya da Yahudi olmanın vatandaşlık bağı kurulması açısından bir önemi yoktur. Yine Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası Kanun-i Esasi'nin sekizinci maddesinde de “*Osmanlı tabiiyyetinde bulunan herkes hangi din ve mezhepten olursa olsun istisnasız Osmanlı tabir olunur.*” diyerek konuyu netleştirir¹¹⁹.

Osmanlı Devleti tarihi boyunca millet yapısının örgütlenmesinde zamanla bazı değişiklikler meydana gelmiş olsa da bu yapı, imparatorluğun toplumsal ve idari temel bileşeni olarak varlığını sürdürdü. Bundan sonra nüfus sayımları, bu temel yapı doğrultusunda gerçekleştirilmiş ve seçimler de aynı şekilde bu esaslara göre düzenlenmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki etnik gruplara ilişkin güvenilir istatistiki verilerin eksik olmasının nedenlerinden biri, yapılan nüfus sayımlarında dil ve ırk yerine, esas olarak millet yani dini aidiyetin dikkate alınmış olmasıdır. Tanzimat sonrasında eşitsizliğe yol açtığı iddia edilen cizye kaldırılmış olsa da Gayrimüslimler yine de askeri hizmetten muaf tutulmuş ve bedeli askeriye ödemek suretiyle bu yükümlülükten kaçınabilmişlerdi. Ancak, bu durum I. Dünya Savaşı sırasında değişti; Gayrimüslimler çeşitli kamu hizmetlerine katılmaya başladı ve ordu içinde subaylık da dahil askeri pozisyonlarda görev aldılar. Bunun dışında, karma mahkemelerde; vilayet, liva ve kaza yönetim meclisleri ile ilgili komisyonlarda, Müslüman ve Gayrimüslimlerin dengeli bir biçimde seçilmesi ve atanması söz konusu olmuştu. Bu yaklaşım, uygulanan pek çok idari reformun ardından bile millet sisteminin hâlâ temel

¹¹⁹ Akyılmaz, s. 112-113; (Kanunun tam metni ve ayrıntılı açıklama için bkz. Mahmud Fuad, **Tabiiyyet**, Çev. Cihan OSMANAĞAOĞLU, Derin Yayınları, İstanbul, 2006; Cihan OSMANAĞAOĞLU, **Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyyetinin Gelişimi**, Legal, İstanbul, 2004, s. 201 vd.).

unsur olarak kalmasını sağladı. Ayrıca, devletin sonuna kadar her dini cemaatin ruhani lideri, hukuk davalarına bakmaya devam etti. Son olarak, millet örgütlenmesinden uluslaşma süreci ve bilincine en son ulaşan grubun Gayrimüslimler değil, aksine Müslümanlar ve özellikle Türkler olduğunu da belirtmek gerekir¹²⁰.

Tanzimat döneminde, özellikle 1856 Islahat Fermanı'yla birlikte Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Gayrimüslim tebaanın durumunda önemli bir değişim gözlemlenmeye başladı. Bu dönemde Gayrimüslimler, Avrupa devletlerinin himaye politikaları sayesinde ekonomik olarak güçlü hale gelirken, siyasi haklarda da ilerleme kaydetmişlerdi. Türklerin anavatanı olarak kabul edilen Anadolu'da dahi bu gelişmeler yaşanmış ve dini temelli cemaatler, çıkarılan nizamnameleriyle birlikte resmi olarak millet terimiyle tanımlanmaya başlanmıştı. Böylece Tanzimat reformlarının vadettiği hukuki düzenlemeler, şeriatın sınırlarını zorlayarak Gayrimüslimlerin hukukî statülerinde de belirgin değişiklikler yarattı. Özellikle 1856 Islahat Fermanı sonrasında, Gayrimüslim cemaatlerde din ve hukuk alanlarında önemli dönüşümler gözlemlendi. Bu dönüşümün ilk aşaması, Hristiyan cemaatlerin gerçek anlamda birer millet olma yolunda ilerlemeleri, ikinci aşaması ise bu cemaatlerin kilise meclislerine halktan üyelerin katılımıydı. Bahsedilen süreç, Gayrimüslim cemaatlerde uluslaşma ve sekülerleşme eğilimlerini tetikledi. Islahat Fermanı, Gayrimüslim tebaa için anayasal alanda üç temel reformu öngörür. Bu reformlar özetle şu şekilde sıralanabilir: Vilayet ve belediye meclislerinde Gayrimüslimlerin de yer alacağı bir temsil sistemi belirlendi, Meclisi Ahkâmı Adliye'ye Gayrimüslim üyeler de dahil edildi ve Gayrimüslimlerin millet örgütlenmeleri yeniden yapılandırıldı. Bu reformla birlikte, din adamlarının yanı sıra halktan temsilcilerin de meclislere katılması hedefleniyordu. Tanzimat Fermanı, Müslümanlara ve genel olarak Osmanlı tebaasına bir anayasa sunmamış olsa da 1856 Islahat Fermanı, Gayrimüslim unsurların anayasal hakları ve bağımsızlık taleplerinin başlangıcını simgeler. Ferman, aynı zamanda bu toplulukların milli bağımsızlık arzularının bir nevi manifestosu olarak kabul edilir. Gayrimüslim topluluklar, seçtikleri temsilciler aracılığıyla cemaatlerinin dini, idari, mali ve sosyal alanlardaki yetkilerini artırdılar. Mahkemelerde şahitlik, devlet hizmetlerine girme gibi diğer hukuki ve siyasi haklarının tanınması, bu toplulukların artık bir devlet olarak kabul edilmelerinin önündeki tek engelin, toprak egemenliği ve bağımsızlıklarının olmayışı olduğunu ortaya koydu. Sonuç olarak, nüfusunun büyük kısmını Gayrimüslimlerin oluşturduğu bölgelerde, bu haklara sahip cemaatler, milli bağımsızlıklarını daha kolay bir şekilde elde edebildiler¹²¹.

¹²⁰ ORTAYLI, "Osmanlı İmparatorluğunda Millet", s. 1001.

¹²¹ KÜÇÜK, s. 1023.

SONUÇ

1453'te İstanbul'un Osmanlı hâkimiyetine girmesiyle birlikte, Gayrimüslimlerin toplumsal yapısı, -mahiyeti ile ilgili kimi tartışmaları beraberinde getirse de- millet sistemi adı verilen bir organizasyon çerçevesinde şekillenmiştir. Bu yapının içinde Yahudi cemaati, nüfus açısından Hristiyan topluluklar kadar kalabalık olmasa da Osmanlı toplumunun önemli ve etkin bileşenlerinden biri oldu. Osmanlı'nın Gayrimüslim topluluklarını bir idare yöntemi olarak millet politikası gereği Yahudiler de tek tek değil, cemaatlerinin süreç içerisinde önce ruhani sonra ladini temsilcileri vasıtasıyla devlet ile ilişkilerini sürdürdü. Yine Osmanlı coğrafyasında yaşayan tüm Yahudiler, Tanzimat öncesinde İslam hukuku çerçevesinde tanımlanan zimmi statüsünde, Tanzimat ve sonrasında ise modernleşme süreciyle birlikte eşit vatandaş statüsünde değerlendirildiler. Böylece Yahudi toplumu, Osmanlı yönetimi tarafından tanınan bu özerklik sayesinde yalnızca dinsel kimliğini muhafaza etmekle kalmamış, aynı zamanda sosyal yapısını ve özellikle aile ile miras hukuku alanlarıyla sınırlı olmak üzere cemaat mahkemeleriyle hukuki bütünlüğünü de sürdürebilmiştir. Tüm bunlara rağmen Fransız İhtilali ile başlayan uluslaşma süreci, çok uluslu imparatorlukların varlığını tehdit eden köklü bir dönüşüm başlattı ve bahse konu süreç, özellikle 19. yüzyılda, ulusal bilinç ve bağımsızlık hareketlerinin yükselişiyle imparatorluk yapılarını derinden sarstı. Osmanlı İmparatorluğu, bu dönemde, uluslaşma dalgasının yıkıcı etkilerine maruz kalarak son yüzyılında ciddi bir çözülme sürecine girdi.

Sonuç olarak imparatorluk bünyesinde, farklı etnik ve dini topluluklar millet sistemi içerisinde idare edilirken, günlük hayatta bir arada yaşamalarına rağmen, kendi içlerinde sıkı sıkıya bağlı oldukları geleneksel kurallar ve yapılar nedeniyle birbirleriyle bütünleşemediler. Bu durum, sancılı bir ayrışma sürecini tetikledi ve Osmanlı'nın çok uluslu yapısının dağılmasıyla sonuçlandı. İmparatorluğun yerini, ulusal kimliklere dayalı modern ulus devletler aldı. Bu dönüşüm, Osmanlı Devleti'nin hem siyasal hem de toplumsal dokusunu kökten değiştirdi ve Orta Doğu ile Balkanlar'ın şekillenmesinde belirleyici bir rol oynadı. Bu süreçte Yahudi milleti; Rum, Ermeni, Bulgar veya Arap komşularından farklı olarak herhangi bir ayrışma sürecine girmede. Bu durumun çok çeşitli nedenleri olmakla birlikte çalışmada da bahsedildiği gibi devletle Yahudi cemaati temsilcilerinin kurduğu ilişkilerin, müdahale etmeme politikasının ve tarih boyunca yaşanan göçlerle birlikte cemaatlere bölünmüşlüğün etkisinin olduğu da zikredilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKKUŞ, Turgay, **Meşrutiyetten Cumhuriyete Bursa Kent Tarihinde Gayrimüslimler**, Libra, İstanbul, 2010.
- AKYILMAZ, Sevgi Gül, “Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü”, içinde, **Osmanlı Toplum Yapısı ve Millet Sistemi**, Ed. Nejla GÜNAY, Nobel, Ankara, 2020, s. 51-131.
- AYDIN, Mehmet, “Osmanlı Devlet Yapısı İçerisinde Osmanlı Hahamhane Nizamnamesinin Yeri ve Önemi”, **Türk İslam Medeniyeti Akademik Araştırmalar Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 8, 2006, s. 7-30.
- AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.
- BENBASSA, Esther/RODRIGUE, Aron, **Türkiye ve Balkan Yahudileri Tarihi**, Çev. Ayşe ATASOY, İletişim, İstanbul, 2014.
- BEN-NAEH, Yaron, “Jews at the Court of Kadi”, **Continuity and Change in the Early Modern Period**, Volume: 5, New York, 2008, s. 156-169.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, Cilt: 3, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1950.
- BOZKURT, Gülnihal, **Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989.
- BOZKURT, Gülnihal, “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı, 1987, Cilt: 3, Sayı: 1-4, s. 115-155.
- BOZKURT, Gülnihal, “Osmanlı Yahudi İlişkilerine Genel Bir Bakış”, **Belleten**, Cilt: 56, Sayı: 219, 1993, s. 539-564.
- BRAUDE, Benjamin/LEWIS, Bernard, “Introduction”, **Christians and Jews in the Ottoman Empire - The Functioning of a Plural Society**, Volume: 1, Holmes and Meier, New York, 1982, s. 1-34.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 4. Baskı, Sayran Yayınları, Konya, 2011.
- COHEN, Mark R., **Haç ve Hilal Altında - Ortaçağlarda Yahudiler**, Çev. Ahmet FETHİ, Köprü Kitap, İstanbul, 1996.

- ÇETİN, Firdevs, **Batılı Seyyahlara Göre İstanbullu Gayrimüslimler (1553-1673)**, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2012.
- ÇİÇEK, Kemal, “Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihi”, **Pax Ottomana**, SOTA - Yeni Türkiye, Ankara, 2001, s. 31-49.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Hukukun Serüveni**, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2011.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri**, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2004.
- ELDEM, Edhem/GOFFMANN, Daniel/MASTERS, Bruce, **Doğu ile Batı Arasında Osmanlı Kenti**, Çev. Sermet YALÇIN, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- EL-MAVERDİ, Ebu'l-Hasan, **El-Ahkamu's-Sultaniyye**, Çev. Ali ŞAFAK, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1976.
- EMECEN, Feridun, “Osmanlı Toplumunda Birlikte Yaşama Mutabakatı”, içinde, **Çeşitli Yönlerden Türk Ermeni İlişkileri**, Ed. Şafak URAL/Kâzım YETİŞ/Feridun EMECEN, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- EPSTEIN, Mark Alan, “The Leadership of the Ottoman Jews in the Fifteenth and Sixteenth Centuries”, içinde, **Christians and Jews in the Ottoman Empire**, Ed. Benjamin BRAUDE/Bernard LEWIS, Volume: 1, Lynne Rienner, New York, 1982.
- EPSTEIN, Mark Alan, “The Ottoman Jewish Communities”, **Islamkundliche Untersuchungen**, V: 56, Freiburg, 1980.
- ERCAN, Yavuz, **Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- ERYILMAZ, Bilal, **Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi**, Risale, İzmir, 1988.
- FAYDA, Mustafa, “Zimmi”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/zimmi>, E.T.: 05.07.2024.
- GALANTİ, Avram, **Üç Sami Kanun Koyucu - Hamurabi, Musa, Muhammed**, Anka Yayınları, İstanbul, 2002.
- GALANTİ, Avram, **Türkler ve Yahudiler**, Gözlem Yayınevi, İstanbul, 1995.
- GERBER, Haim, **Crossing Borders - Jews and Muslim in Ottoman Law, Economy and Society**, Gorgias Press, Piscataway, 2011.
- GROEPLER, Eva, **İslam ve Osmanlı Dünyasında Yahudiler**, Çev. Süheyla KAYA, Belge Yayınları, İstanbul, 1999.
- GÜNDÜZ, Şinasi, “Mecusilik”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (Çevrimiçi), E.T.: 15.08.2025.
- GÜRKAN, Salime Leyla, **Ana Hatlarıyla Yahudilik**, İSAM, Ankara, 2016.

- HACKER, Joseph R., “Jewish Autonomy in the Ottoman Empire - Its Scope and Limits: Jewish Courts from the Sixteenth to the Eighteenth Centuries”, içinde, **The Jews of the Ottoman Empire**, Ed. Avigdor LEVİ, Darwin Press, Princeton, 1994.
- HAMİDULLAH, Muhammed, **İslam Hukuku Etüdləri**, Bir Yayıncılık, İstanbul, 1984.
- İDİZ, Göktuğ, **Osmanlı Devleti’nin Klasik Döneminde Gayrimüslim Tebaaya Tanınan Dini Güvenceler Bağlamında Kiliselerinin ve Sinagoglarının Tamiri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- İstanbul Kadı Sicilleri**, İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil (H 1280-1329/ M 1863-1911), Cilt: 99, s. 156, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/?blm=ayrmetin&idno=36068>, E.T.: 15.08.2025.
- İstanbul Kadı Sicilleri**, Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil, (H 1143-1144/ M 1730-1732), Cilt: 65, s. 75, (Çevrimiçi), <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=4933&MetinTmz=Yah%C3%BBdi%20t%C3%A2ifesi%20min%20ba%E2%80%98d%20elv%C3%A2n>, E.T.: 14.08.2025.
- İstanbul Kadı Sicilleri**, Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil, (H 1143-1144/ M 1730-1732), Cilt: 65, s. 261, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=5169&MetinTmz=hav%C3%A2l%C3%AEsinde%20s%C3%A2kin>, E.T.: 14.08.2025.
- İstanbul Kadı Sicilleri**, İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil (H 1280-1329/ M 1863-1911), Cilt: 99, s. 156, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/?blm=ayrmetin&idno=36068>, E.T.: 15.08.2025.
- İstanbul Kadı Sicilleri**, İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil (H 1280-1329/ M 1863-1911), Cilt: 99, s. 335, (Çevrimiçi) <https://kadisicilleri.org/ayrmetin.php?idno=36289&MetinTmz=Musevi%20kara>, E.T.: 15.08.2025.
- KARAKOÇ, İrem, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık - Yabancılık Statüsü**, Yetkin, İzmir, 2012.
- KARAMAN, Hayrettin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukukuna Giriş - Amme Hukuku**, Ensar, İstanbul, 1984.
- KAYABAŞ, Ebru, **Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi - Hukuk-ı Aile Kararnamesi**, Filiz, İstanbul, 2009.
- KENANOĞLU, Macit, **Osmanlı Millet Sistemi - Mit ve Gerçek**, Klasik, İstanbul, 2012.
- KOÇAK, Zülfiye, “Osmanlı Toplumunda Zimmi Kadınların Kadı Mahkemelerini Kullanma Pratiği: Vidin Örneği (1700-1750)”, **Balkan Araştırmaları Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2018, s. 167-210.
- KONAN, Belkıs, “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 171-194.
- KOYUNCU, Nuran, “İslam-Osmanlı Hukukunda Devlet Kavramı”, **Bilim, Eğitim ve Düşünce Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 3, 2007.

- KÜÇÜK, Cevdet, “Osmanlılarda ‘Millet Sistemi’ ve Tanzimat”, **Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi**, Cilt: 4, İstanbul, 1985, s. 1007-1008.
- LEWIS, Bernard, **İslam Dünyasında Yahudiler**, Çev. Bahadır Sina ŞENEL, İmge, Ankara, 1996.
- Mahmud Fuat, **Tabiiyyet**, Çev. Cihan OSMANAĞAOĞLU, Derin Yayınları, İstanbul, 2006.
- MASTERS, Bruce, **Christians and Jews in the Ottoman Arab World**, Cambridge Press, Cambridge, 2001.
- MAZOWER, Mark, **Selanik - Hayaletler Şehri**, Çev. Gül ÇAĞALI-GÜVEN, Alfa, İstanbul, 2013.
- ORTAYLI, İlber, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Nizamı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hamide Topçuoğlu Armağanı**, 1995, s. 85-92.
- ORTAYLI, İlber, “Osmanlı İmparatorluğunda Millet”, **Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi**, Cilt: 4, İstanbul, 1985, s. 996-1001.
- OSMANAĞAOĞLU, Cihan, **Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- OSMANAĞAOĞLU, Cihan, **Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyyetinin Gelişimi**, Legal, İstanbul, 2004.
- ÖRSTEN-ESİRGİN, Seda, “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 182-213.
- ÖZ, Mehmet, “Reaya”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/reaya>, E.T.: 03.06.2025.
- ÖZEL, Ahmed, **İslam Hukukunda Ülke Kavramı - Darülslem Darülharb**, İz, İstanbul, 1998.
- ÖZEL, Ahmed, “Darülharb”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/darulharb>, E.T.: 25.06.2024.
- ÖZEL, Ahmed, “Darülslem”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/darulislam>, E.T.: 25.06.2024.
- ÖZEL, Ahmed, “Gayrimüslim”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/gayri-muslim>, E.T.: 05.07.2024.
- REYHAN, Cenk, “Osmanlı’da Millet Nizamnameleri”, **Belgeler**, Cilt: 27, Sayı: 31, s. 33-90.
- ROZEN, Minna, **İstanbul Yahudi Cemaatinin Tarihi**, Çev. Serpil ÇAĞLAYAN, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013.
- SEVILLA-SHARON, Moshe, **Türkiye’de Yahudiler**, (Türkçe) Kudüs İbrani Üniversitesi Yayınları, Kudüs, 1982.

- SHMUELEVITZ, Aryeh, **The Jews of the Ottoman Empire in the Late Fifteenth and the Sixteenth Centuries**, Brill, Leiden, 1984.
- SOYKAN, Tankut, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler**, Ütopya, İstanbul, 2000.
- SVASTİCS, Okşan, **Yahudilerin İstanbul'u**, 2. Baskı, Boyut, İstanbul, 2014.
- ŞAKİR, Ziya, **Türkiye Yahudileri**, Akıl Fikir Yayınları, İstanbul, 2011.
- ŞENTÜRK, Recep, “Millet”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, (Çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/millet#1>, E.T.: 10.10.2024.
- YURTSEVEN, Yılmaz, “İslam Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Zimmilerin Hukuki Statüsü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000, s. 439-462.

Tutuklama Nedenlerinin Kavramsal Temelleri ve Meşruiyeti: Tutuklama Nedenlerinde Teorik Sınırlar ve Normatif - Uygulamada Sapmalar^(*)

Conceptual Foundations and Legitimacy of Grounds for Pre - Trial Detention: Theoretical Boundaries, Normative, and Practical Deviations

Erdi YETKİN^(**)

Öz:

Bir özgürlükten yoksun kılma biçimi olarak tutuklama, bir koruma tedbiridir ve tutuklamanın koruma tedbiri vasfı, tutuklama nedenleri kaynaklıdır. Tutuklama nedenleri, Anayasa m. 19/3 ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 100 hükümlerinde gösterilmiştir ve klasik olarak kaçma tehlikesinden ve delil karartma tehlikesinden ibarettir. Bununla birlikte pek çok hukuk sisteminde, bahsi geçen klasik tutuklama nedenlerinin dışında başkaca tutuklama nedenlerinin de kabul edildiği görülmektedir. Türk hukuk uygulamasında ise tutuklama bakımından ölçülülük ve gerekçe çerçevesinde tartışmalar sürmekteyse de bu makalede tez olarak tutuklama bakımından asıl sorunun, tutuklama nedenleri gerçekleşmeksizin tutuklamaya başvurulması olduğu ileri sürülmektedir. Keza tutuklama nedenlerinin genişlemesinin ya da tutuklama nedenlerinin somut olayda gerçekleşmemesine karşın tutuklamaya başvurulmasının, tutuklamanın koruma tedbiri vasfını kaybetmesine neden olabileceği iddia edilmektedir. Çalışmamızda tutuklama nedenleri, meri Ceza Muhakemesi Kanunu esas olmak üzere ve mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK), 2005 yılında hükümet tarafından teklif edilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı (CMK - Tasarı) ile mukayeseli huktan Almanya, Avusturya ve İsviçre örnekleri ile karşılaştırılarak incelenecektir. İncelememizde ceza

(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 17.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1757759

Bu makaleye atf için: YETKİN, Erdi, “Tutuklama Nedenlerinin Kavramsal Temelleri ve Meşruiyeti: Tutuklama Nedenlerinde Teorik Sınırlar ve Normatif - Uygulamada Sapmalar”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 679-741

Bu çalışma, “Tutuklamanın Koruma Tedbiri Vsfının Varlık Nedeni Olarak Tutuklama Nedenleri: Normatif Ahval ve Gidişat ile Uygulamadaki Sorunlar” başlığıyla İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Ceza Hukuku Sempozyumunda (28.04.2024, İstanbul) sunulan bildiriden hareketle ve fakat bir araştırma makalesi olarak özgün bir biçimde oluşturulmuştur.

(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Gedik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: erdi.yetkin@gedik.edu.tr
Orcid: 0000-0001-5618-6009

muhakemesinin amaçları çerçevesinde meşru tutuklama nedenlerinin nelerden ibaret olduğu, tutuklama nedenlerindeki genişleme, sembolik kanun koyuculuk faaliyeti ile tutuklama nedenleri arasındaki ilişki, önleyici tutma, Türkiye’de cezai hükmün değer yitimi ile uygulamadaki tutuklama sorunu arasındaki bağlantı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Tutma, Tutuklama, Tutuklama Nedenleri, Önleyici Tutma, Kaçma Tehlikesi, Delil Karartma Tehlikesi.

Abstract:

Pre-trial detention, as a form of deprivation of liberty, is a protective measure whose justification depends on the existence of certain legal grounds. According to Article 19/3 of the Constitution and Article 100 of the Turkish Criminal Procedure Code (Law No. 5271), these grounds traditionally include the danger of flight and the danger of suppression of evidence. However, in various legal systems, other grounds beyond these classical ones are also recognized. While the Turkish legal practice continues to debate the principles of proportionality and justification regarding pre-trial detention, this article contends that the core issue lies in the imposition of pre - trial detention without the existence of legally established grounds. It is argued that either the broadening of these grounds or the application of pre - trial detention despite their absence may ultimately undermine the function of pre-trial detention as a protective measure. This study examines the grounds for pre-trial detention primarily under the current Turkish Criminal Procedure Code and compares them with the former Criminal Procedure Code (Law No. 1412), the 2005 Draft Code proposed by the government, and selected examples from German, Austrian, and Swiss law. Within this framework, the article explores the legitimate aims of pre-trial detention, the expansion of its grounds, the link between symbolic legislation and preventive detention, as well as the relation between the diminished authority of criminal judgments in Turkey and the ongoing problems in pre - trial detention practices.

Keywords:

Detention, Pre-Trial Detention, Pre -Trial Detention Grounds, Preventive Detention, Danger of Flight, Danger of Suppression of Evidence.

Extended Summary:

Pre-trial detention, as a form of deprivation of liberty, is a protective measure whose justification depends on the existence of certain legal grounds. Pre-trial detention is not a form of punishment, preliminary punishment, instrument of execution, or tool of intimidation. Rather, it is a provisional protective measure. Due to its temporary nature, it must not have a punitive character. Using pre-trial detention to demonstrate the power of the state, leverage the coercive effect of incarceration to elicit confessions or cooperation, obstruct the right to remain silent, facilitate the investigation, appease public indignance, or prevent future crimes constitutes illegitimate aims that fall outside the lawful scope of detention. Thus, pre - trial detention must solely serve the procedural aims of ensuring the proper conduct of criminal proceedings.

According to Article 19/3 of the Constitution and Article 100 of the Turkish Criminal Procedure Code (CMK, Law No. 5271), the grounds for pre - trial detention traditionally include the danger of flight and the danger of suppression of evidence. Instead of relying on suspicion as grounds for detention, it would be more appropriate to adopt the concept of danger, as is done in various other legal systems. Similarly, grounds for pre - trial detention should be established based on the specific facts and circumstances of the case. A formulation similar to that used in Austrian law could serve as a suitable model.

In practice, pre-trial detention decisions are often issued even when there is no real danger of flight and the danger of suppression of evidence. This phenomenon indicates a systemic problem

that goes beyond isolated mispractices. Accordingly, the Turkish system of pre-trial detention grounds under the Turkish Criminal Procedure Code can be characterized as having a dual structure that reveals a disjunction between the normative framework and its practice. It has been argued that broadening pre-trial detention grounds or applying pre-trial detention in their absence may ultimately undermine the function of pre-trial detention as a provisional protective measure.

The system of grounds for pre - trial detention in Turkish law aligns with the aim of criminal procedure and the wording of Article 19/3, Sentence 1 of the Turkish Constitution. However, the regulation of catalog offenses as an independent ground for detention in Turkish law constitutes a constitutional anomaly and should be repealed. Until this occurs, the German legal approach may serve as a provisional interpretive model. In this context, it must be acknowledged that there is neither a specific ground for detention nor a mandatory detention requirement for cataloged offenses. Instead, there is a rebuttable legal presumption. If a specific case demonstrates an absence of grounds for detention, pre-trial detention should not be applied. At the same time, it must be accepted that there is no need to specify the grounds for pre - trial detention in concrete terms. However, for continued or prolonged detention, the existence of concrete and specific grounds must be substantiated and demonstrated in a court of law.

This study examines the grounds for pre-trial detention primarily under the current Turkish Criminal Procedure Code and compares them with the former Criminal Procedure Code (Law No. 1412), the 2005 Draft Code proposed by the government, and selected examples from German, Austrian, and Swiss law. Within this framework, the article explores the legitimate aims of pre-trial detention, the expansion of its grounds, the link between symbolic legislation and preventive detention, as well as the relation between the diminished authority of criminal judgments in Turkey and the ongoing problems in pre - trial detention practices. This article addresses several specific issues regarding grounds for detention:

First, pre - trial detention is not categorically inconsistent with the presumption of innocence. However, using pre - trial detention as a “*Verdachtsstrafe*” is incompatible with the culpability principle. Using detention as a communicative tool amounts to symbolic legislation. In practice, the communicative use of pre - trial detention contradicts the legitimate aims of pre - trial detention, the presumption of innocence, and the prohibition of punishment based on mere suspicion.

Recognizing public indignance over a crime as grounds for pre - trial detention introduces ambiguity and arbitrariness into the legal system. Although not formally recognized, such a practice is often applied unlawfully in Turkey. Additionally, modulating detention grounds based on the severity of the alleged offense undermines the nature of pre - trial detention. Lastly, using the general or repeated threat of criminal behavior as grounds for pretrial detention reflects the growing influence of preventive logic in criminal procedures. This development is known as the “*policification*” of criminal law. These grounds are inconsistent with the aims of criminal procedure and the legitimate scope of pre - trial detention.

GİRİŞ

Bir tutma biçimi olarak tutuklama, bir koruma tedbiridir ve tutuklamanın koruma tedbiri vasfı, tutuklama nedenlerinden ileri gelir.

Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası¹, tıpkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5/1 gibi, çeşitli tutma biçimlerini öngörmektedir. Devlet iktidarının, herhangi bir hukuki form altında ya da saf olarak fiilen, kişinin fiziki hareket özgürlüğünü ortadan kaldırıp kişiyi fiilen kontrol altında tuttuğu her hal, “*Tutma (Almanca Haft - İngilizce Detention)*” kavramıyla karşılanabilir²; dolayısıyla tutmaya ilişkin olarak da şöyle bir formülden bahsedilmektedir: Tutma = Kişinin Devletin Fiili Kontrolü Altında Olması ve Hareket Serbestisinin Bulunmaması + İlgili Hukuki Form³.

Liberal Batı düşün geleneğinde hâkim kararına dayanan adli tutma, kural olarak meşru ve asıl tutma formu olarak kabul edilir. Bu çerçevede tutuklamaya dayalı tutma, kişi özgürlüğüne yöneliktir - kişi özgürlüğünü etkiler⁴, adli tutma kümesinin içindedir ve koruma tedbiri niteliğini haizdir.

Tutuklama (Untersuchungshaft)⁵, “*muhakeme hukuku açısından zorunlu hallerde hâkimin verdiği karara dayanılarak henüz bir yargı ile hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkûm olmadan bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılması, bir diğer*

¹ **Anayasa m. 19/2:** Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

² Örneğin Alman hukukundaki tutuklamadan farklı, söz gelimi sınır dışı muhakemesinde cereyan eden tutmadan polis nezaretine değin tutma biçimleri hakkında bkz. GRAF, Jürgen Peter, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, 9. Neu bearbeitete Auflage, Hrsg. Christoph Barthe, Jan Gericke, München, 2023, vor § 112 Rn. 2; VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin, **Grundkurs StPO**, 10. neu bearbeitete Auflage, München, 2021, § 10. 2; Türk doktrininde de bu ayrıma dikkat çeken, KANTAR, Baha, **Ceza Muhakemeleri Usulü 1. Kitap**, Dördüncü Bası, 1957, s. 114.

³ YETKİN, Erdi, **Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2024, s. 350, 352.

⁴ YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl. 1, S. 1, 1980, s. 74.

⁵ Yüce, Almancada tutuklamanın karşılığı olarak kullanılan ve “*Soruşturma Hapsi*” (ya da “*Soruşturma Tutması*”) anlamına gelen “*Untersuchungshaft*” kelimesinin, tutuklamanın mahiyetini dahi iyi bir şekilde yansıttığını ifade etmektedir. YÜCE, Turhan Tufan, “Alman - Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Tevkif ve Tevkif Sebepleri”, **Adalet Dergisi**, 1961/5, s. 444.

söyleyişle tutuk durumuna sokulmasıdır⁶”; “yargılama makamının kararı ile bir kişinin muhakeme edilmek üzere hürriyetinin sınırlanarak tutukevi denen yere konması⁷”; “bir suç işlediği sanılan kimsenin, soruşturmanın aksamadan yürütülebilmesi, ya da verilecek yargının yerine getirilmesi için, hapsedilmesidir⁸”; “suçluluğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır⁹”; “ülke dâhilindeki ceza takibatının gayesi bakımından sanığın hükümden evvel serbestisinin kaldırılması halı¹⁰”; “şüphelinin hâkim kararıyla düzenli bir ceza muhakemesini temin etme ve özgürlükten yoksun bırakmayı icra amacıyla bir tutukevinde icra edilen gözetimidir¹¹” biçimlerinde doktrinde tanımlanmaktadır.

Kesin hüküm olmaksızın suçlu sayılmama ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemimizde tutuklama, kesin hüküm olmaksızın kişinin hürriyetinden uzun sayılabilecek bir müddet boyunca mahrum kalmasına neden olduğundan en ağır koruma tedbiri olarak vasıflandırılmaktadır¹². Tutuklamanın kişi özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil etmesi nedeniyledir ki tutuklamanın ve hatta adli kontrolün, yakalamanın ve gözaltının, doğrudan ya da dolaylı olarak, kısmen veya tamamen kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı ile aynı etkiyi haiz oldukları belirtilmektedir¹³. Cezai hükme dayalı tutma, sanığa tanınan savunma

⁶ KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, İstanbul, 1989, s. 665, Kn. 363.

⁷ TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I: Genel Kısım**, Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 1984, s. 844.

⁸ YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 77.

⁹ CENTEL, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S. 1 - 2, 2011, s. 50.

¹⁰ KANTAR, s. 114.

¹¹ KK-StPO/GRAF, vor § 112 Rn. 1.

¹² SINAR, Hasan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, İstanbul, 2016, s. 1; ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/TÜTÜNCÜ, Efser Erden/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 17. Baskı, Ankara, 2023, s. 446; ŞAHİN, Cumhuriyet/ÖZTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Ankara, 2023, s. 311; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2**, 22. Baskı, Ankara, 2024, s. 947; DÜLGER, Murat Volkan/TAŞKIN, Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2023, s. 381; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 334. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI MERKEZİ, **Tutuklama Raporu**, İkinci Baskı, Ankara, 2011, s. 22.

¹³ TALAS, Serdar/DEMİR, OĞUZHAN, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, **T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Sempozyumu: Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler Tam Metin Bildiri Kitabı**, Ed. Nur Zeliha KAMAN, Ed. Yard. Derya TEKİN, İstanbul, 2024, s. 155.

imkânına karşın sanığın suçlu olduğu yargısı üzerine gerçekleşmekte iken tutuklamaya dayalı tutma ise böyle bir yargıya dayanmadan aynı ceza gibi işlev gördüğünden bu yönüyle cezadan dahi daha ağır olarak da vasıflandırılabilir. Tutukluların hükümlülerden gerçek anlamda farklı bir rejime tabi olmaları bakımından yaşanan sorunlar, farklı bir rejim tatbik edilse dahi fert bakımından yaşadığı sıkıntının kaynağının esasen kişi hürriyetinden yoksun kalması olması, tutuklamanın aniden uygulanarak kişiyi izole etmesi, yine tutuklamanın maddi - manevi zorluklara tutukluyu düşür etmesi, tutuklunun suçlu etiketini beraat etse dahi uzun müddet taşıması, tutuklunun içinde yer aldığı vaziyetin, yalnızca cezai takibata uğrayan kişiye nazaran çok daha ağır olarak nitelenmesine olanak vermektedir; dolayısıyla mahkûma göre tutuklunun daha güç bir konumda olduğu da savunulmaktadır¹⁴.

Netice itibariyle tutuklama, kişi özgürlüğü temel hakkı ile devletin muhakemeye ilişkin menfaatleri arasında gerilimli bir ilişkiyi tasvir etmektedir¹⁵. Henüz hüküm giymemiş ve suçlu sayılmayan kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması ile ceza muhakemesine dair menfaatler arasında bir denge kurulması gerekmekte olup kişi özgürlüğünün değeri göz önüne alındığında bu denge ancak üstün kamu yararı tutuklamayı zorunlu kılmakta ise tutuklamaya başvurulabilmenin mümkün olması ile temin edilebilir¹⁶. Hal böyle iken tutuklamanın, bir kötülük ve fakat zorunlu bir kötülük olarak vasıflandırıldığını ifade edelim¹⁷.

Tutuklamaya dayalı tutma, zikredilen ağır niteliğinin haricinde uygulama sıklığı bakımından da önem arz etmektedir. 01.07.2024 itibarıyla infaz kurumla-

¹⁴ Çünkü tutuklu, aleyhine açılmış ceza takibinin akıbeti bakımından endişelere gark olmaktadır, şüphe ve müphemlik, tutuklunun ceza takibiyle ilişkisini resmetmektedir. Mahkûm ise artık kesinleşmiş ve miktarı belirli olan cezasını çekmektedir ve mahkûm adına böylelikle şüphe ve müphemlik ortadan kalkmıştır. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama, Tevkif)**, Ankara, 1958, s. 12 - 14. Yüce de tutuklamanın cezai hükme dayalı tutmadan daha ağır olduğuna dair düşünceleri zikrederken özellikle tutuklamanın aniden gerçekleşmesiyle muhatabını hazırlıksız yakalamasını ve cezai hükme dayalı tutmada ceza süresi belirli olmasına karşın tutuklamanın belirsiz yapısının tutuklu üzerinde ciddi ve olumsuz bir psikolojik etki bıraktığını ifade etmektedir. YÜCE, Zorlayıcı Önem, s. 74, 80 - 81. Dolayısıyla birey, tutuklama ile henüz hükümle tanışmadan hükmün etkisi ve sonuçları ile karşılaşmaktadır. YÜCEL, Mustafa Tören, "Tutuklama Paradoksu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 23, S. 91, Kasım 2010, s. 299.

¹⁵ PAUER, Johann, "§ 173 StPO", **Linzer Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. BIRKLBAUER, Alois/HAUMER, Rene/NIMMERVOLL, Rainer/WESS, Norbert, Wien, 2020, § 173, Rz. 1.

¹⁶ KK-StPO/GRAF, vor § 112 Rn. 6.

¹⁷ Yüce, tarihte tutuklama kurumunun var olduğunu ve her ne kadar kamusal menfaat ile kişi özgürlüğünü tutuklamada uzlaştırmanın zor bir uğraş olduğunu belirtse de bu uzlaştırma çabasının imkânsız olmadığından hareketle ve fakat tutuklamanın ağır niteliğini de göz önünde bulundurarak en nihayetinde tutuklamayı, zorunlu bir kötülük olarak nitelendirmektedir. YÜCE, Zorlayıcı Önem, s. 77 - 79.

rında 295.064 hükümlü, 47.462 tutuklu olmak üzere 342.526 kişi bulunmaktadır ve tutukluların infaz kurumundakilere oranı, yaklaşık %14 seviyesindedir^{18,19}.

Tutuklamaya ilişkin diğer koşulların gerçekleşmesi şartıyla ancak bir tutuklama nedeninin de varlığı, tutuklamaya başvurmayı ya da tutuklamanın devamını hukuka uygun hale getirir²⁰. Günümüzde pek çok hukuk sisteminde tutuklama nedenleri bağlamında kabul edilen yaklaşım, hâkimin somut olayda bir tutuklama nedeni olup olmadığını denetleme bakımından takdir yetkisini öngören “*maslahata uygunluk sistemi*” değil, tutuklama nedenlerinin kanunda açıkça belirtilerek hâkimin takdir yetkisinin sınırlanması sistemidir²¹. Tutuklama nedenlerinin kanunda doğrudan doğruya gösterilmesi, bir tutuklama nedeninin somut olayda var olup olmadığı hususunun hâkimin takdirine bırakılmasından daha güvenceli bir rejim temin etmektedir²². Zira tutuklama gibi kişi hürriyetine yönelik ağır bir müdahale bakımından tutuklama nedenlerinin tahdidi olması ve hâkim kaydı güvencesi²³, en önemli teminatlardır²⁴. Bu çerçevede kanunda gös-

¹⁸ <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3072024094245istatistik-1.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 28.07.2025. Bununla birlikte atf verdiğimiz istatistikte “*Hüküm Özlü*” ya da “*Hükmen Tutuklu*” durumunda olanlara dair bir veri bulunmamaktadır. Hüküm özlü, derece mahkemesince mahkûm edilen ve fakat henüz kararı kesinleşmemiş kişiyi ifade eder. Kanun yolu muhakemesinin ülkemizde uzun sürdüğünü de hesaba katarsak hakkında derece mahkemesince mahkûmiyet hükmü verilen ve fakat henüz hakkındaki hüküm kesinleşmemiş mahpusların durumunun hükümlü - tutuklu istatistikleri bakımından önem arz ettiğini söyleyebiliriz. Hüküm özlü olarak tutuklan bir kişi tutukludur ve fakat zikrettiğimiz istatistikte hüküm özlü kavramının tutuklu sayısına dâhil olup olmadığını ya da bir başka ifadeyle de hükümlü sayısının hesabında hüküm özlüler sayılmaması gerekirken aksi yönde bir tasarrufun söz konusu olup olmadığını bilmemekteyiz.

¹⁹ Almanya’da da 2000’lere değin tutuklu sayısının aşırı yüksek olduğu, 1990’lardan itibaren iyileşme söz konusu olsa da şu an dahi tutuklama karar sayılarının yüksek olduğu, önemsiz işlerde tutuklamaya tüm tutuklama kararlarına göre yüksek oranda başvurulduğu, çoğunlukla kaçma tehlikesine dayalı tutuklama kararları verilse de gerekçelendirme bakımından ciddi ölçüde sorunlar bulunduğu ifade edilmektedir. ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 30. neu bearbeitete Auflage, München, 2022, § 30. Rn. 3.

²⁰ KIRCHBACHER, Kurt/RAMI, Michael, “§ 173 StPO”, *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Hrsg. FUCHS, Helmut/RATZ, Eckart, Wien, 2009, Rz. 6.

²¹ İNCİ, Z. Özen, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, 6526, 6638 ve 6763 Sayılı Kanunlara Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 97; SINAR, s. 184 - 185.

²² GÖLCÜKLÜ, s. 85 - 86. YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 82. CMUK’ta kanuni tutuklama nedenleri sisteminin, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı’nda ise tutuklama nedenleri bakımından hâkimin takdiri sisteminin kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 86.

²³ Tosun’a göre tutuklama, ancak hâkim kararıyla uygulanabildiğinden ve dolayısıyla hâkim kaydı güvencesine istisnasız bir şekilde sahip olduğundan örneğin yakalamaya nazaran daha güvencelidir. Zira koruma tedbirinin tipik özelliklerinden biri, kural olarak hâkim kaydı güvencesini ihtiva etmeleridir. Bkz. TOSUN, s. 844, 847 - 848. Hâkim kaydı güvencesi, kişi özgürlüğü bakımından ağır bir sonuç doğuran tutuklama bakımından önemli bir güvencedir ancak Taner’in de isabetle ifade ettiği üzere bu güvencenin işlev görebilmesi için de öncelikle hâkimin güvenceye sahip olması gerekir. TANER, Tahir, “Tevkif Sebepleri”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 23 Mart 1955, s. 2.

²⁴ TANER, Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İkinci Bası, İstanbul, 1950, s. 135.

terilmeyen bir tutuklama sebebine dayalı olarak, örneğin bir faili korumak amacıyla tutuklamaya, karar verilemez²⁵.

Çalışmamızda tutuklama nedenlerini, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK), 2005 yılında hükümet tarafından teklif edilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı (CMK - Tasarı), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve mukayeseli hukuktan da Almanya, Avusturya ve İsviçre örneklerinden yararlanarak ve Türkiye'deki mütemadi tutuklama nedenleri sorunu-na dair uygulamayı da gözeterek ele alacağız. İncelememizde ceza muhakemesi-nin amaçları çerçevesinde meşru tutuklama nedenlerinin nelerden ibaret olduğu, tutuklama nedenlerindeki genişleme, sembolik kanun koyuculuk faaliyeti ile tutuklama nedenleri arasındaki ilişki, önleyici tutma, Türkiye'de cezai hükmün değer yitimi ile uygulamadaki tutuklama sorunu arasındaki bağlantı değerlendirilecektir.

I. TUTUKLAMAMANIN KORUMA TEDBİRİ VASFİNİ BELİRLEYEN ŞARTI: TUTUKLAMA NEDENLERİ

Tutuklamanın maddi şartları olarak, 1) kuvvetli suç şüphesinin bulunması (*dringender Tatverdacht*), 2) bir tutuklama nedeninin varlığı (*Haftgründe*) ve 3) ölçülülük ilkesine uyulması (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) belirtilebilir²⁶. Tutuklamada kişi hürriyetinin en önemli teminatı olarak ise kuvvetli suç şüphesinin bulunması koşulu gösterilmektedir²⁷; örneğin Erem tarafından tutuklama için kanunun aradığı esas şartın kuvvetli suç şüphesi olduğu ve tutuklama nedenlerinin ise ek şart olarak belirtildiği görülmektedir²⁸. Bununla birlikte tutuklamada kişi teminatını ve dahası tutuklamanın suçlu sayılmama hakkını ihlal etmemesini sağlayan ve dolayısıyla tutuklama ile meşru bir tutma olanağını mümkün kılan unsur, kuvvetli suç şüphesi koşulu değil bilakis tutuklama nedenleridir.

Bir maruf ve meşhur vakia olarak belirtebiliriz ki Türkiye'de son 20 yılda tutuklama koruma tedbiri çerçevesindeki tartışmalar süregitmiştir. Gerekçelerin yetersizliği, ölçülülük ilkesine riayet etmeme, adli kontrolden etkili şekilde yararlanmama, sosyal medya baskısı nedeniyle tutuklamaya başvurma²⁹, uzun tutuklu-

²⁵ DEMİR ODABAŞI, Özge, “Suçsuzluk Karinesi Açısından Tutuklama Tedbiri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2025, s. 242.

²⁶ VOLK/ENGLÄNDER, § 10. 7; KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, § 173, Rz. 1; PAUER, LiK - StPO, § 173, Rz. 5.

²⁷ GÖLCÜKLÜ, s. 84.

²⁸ EREM, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1968, s. 386.

²⁹ DÜLGER/TAŞKIN, s. 346.

luk süreleri gibi sorunların yanı sıra kanaatimizce tutuklama bakımından sorunların ana kaynağı, tutuklamanın ceza muhakemesi amaçları dışında kullanılmasıdır ve bu bağlamda da tutuklama nedenlerinin fiilen esnetilmesidir ya da değiştirilmesidir. Sorunun doğru şekilde teşhisi, çözüme ulaşma bakımından elzem olduğundan tutuklama bakımından hatalı uygulamaların esas olarak tutuklama nedenlerine dayandığını ifade etmek gerekir; yoksa kanaatimizce sorunun kaynağı, hâkimlerin ya da kamuoyunun önyargıları ya da psikolojik süreçler değildir³⁰.

Tutuklama nedenleri bakımından liberal yaklaşım, muhakemenin esenliği ile bağlantılı tutuklama nedenlerinin öngörülmesi şeklinde iken toplumun güvenliğini öne alan görüşler ise, tutuklamayı maddi ceza hukuku amaçlarını için de kullanma niyetindedir ve bu çerçevede ikinci grup suç işlemeyi ya da yeniden suç işlemeyi önleme, halkın öfkelerini yatıştırma, devletin saygınlığını koruma gibi tutuklama nedenlerini kabul etmektedir³¹. CMK öncesi dönem Türk ceza muhakemesi hukuku ve mukayeseli hukuk incelendiğinde pek çok farklı tutuklama nedeninin ceza muhakemesi kanunlarında düzenlendiği görülecektir. Keza AİHM’in yaklaşımında da, tutuklamanın “*ilgili ve yeterli gerekçeye*” dayanması gerekir ki bu ilgili ve yeterli gerekçeyi sağlayan sebepler ise kaçma, delil karartma, yeniden suç işlemenin önlenmesi ve kamu düzenini bozma tehlikesidir³². Hal böyle iken tutuklama nedenlerinden tutuklamanın hangi amaçlarla kullanıldığını, söz gelimi muhakemeyi güvence altına alma ya da önleyicilik gibi, tatbik edildiğini çıkarsamak mümkündür³³.

Çağdaş ceza muhakemesinin amacı, genel olarak bireylerin haklarını ve özgürlüklerini güvence altına almak ve toplumun menfaatini korumak iken özel olarak ise hakikatin araştırılmasıdır³⁴. Dolayısıyla çağdaş ceza muhakemesi, yalnızca sanığın cezalandırılması ya da sanığın korunması faaliyetinden ibaret olmayıp maddi gerçeğin araştırılması faaliyetidir³⁵. Bu çerçevede mukayeseli

³⁰ Bu çerçevede tutuklamanın tedbir değil de ceza olarak uygulanması bakımından sorunun temelini hâkimlerdeki ve esasen Türk toplumundaki önyargılarda gören görüşe katılmamaktayız. Bu görüş için bkz. SİNAR, s. 89 - 91.

³¹ YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 70 - 71; DEMİR ODABAŞI, s. 238 - 242.

³² ALBRECHT, Hans - Jörg, “Tutuklama Hukuku ve Uygulanması Avrupa’da Karşılaştırmalı Bir Perspektif”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Çev. Mehmet Aslan, C. 10, S. 125, Ocak 2015, s. 34; SEVDİREN, Öznur, “Tutuklama Nedenlerine İlişkin Kanuni Karine Sistemi (Katalog Suçlar) Sorunu: Alman Hukuku ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 206, 2022, s. 146 - 147.

³³ ALBRECHT, s. 30.

³⁴ CİHAN, Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28, S. 3 - 4, 1962, s. 702.

³⁵ CİHAN, s. 709 - 710, 711.

hukuka baktığımızda Almanya’da tutuklama ile güdülen amaçlar konusundaki görüşler şu şekildedir³⁶: 1) Şüphelinin ceza muhakemesinde hazır bulunmasını sağlamak, 2) delillerin korunması ile olguların tespitinin güçleşmesine mani olarak duruşmanın icrasını güvence altına almak ve 3) gelecekteki cezanın (güvenlik tedbirinin) infazını güvence altına almak, 4) tekrar suç işleme tehlikesinin mevcut olduğu durumlarda toplumu suç işlenmesinden korumak. Tutuklamanın amaçları bakımından Avusturya’daki kabuller ise şu şekildedir³⁷: 1) Klasik tutuklama nedenleri olan kaçma ve delil karartma tehlikesine karşı koymak, 2) duruşmanın icrasını güvence altına almak, 3) gelecekteki cezanın infazını güvence altına almak ve 4) gelecekte işlenmesinden korkulan suçu engellemek.

Tutuklama, bir ceza³⁸, ön ceza, infaz aracı ya da gözdağı verme aracı değil bilakis yalnızca bir koruma tedbidir³⁹. Tutuklama geçici bir tedbirdir, bu niteliğin sonucu olarak da infaz karakterine sahip olmasına izin verilemez; zira ya tahliye ile son bulacaktır ya da tutuklunun gelecekte hüküm giymesıyla cezai hükme dayalı tutmaya evrilecektir⁴⁰.

Suçlu sayılmama ilkesinden yararlanan⁴¹ tutuklu bakımından tutuklama, muhtemel cezanın peşinen çekilmesi ya da cezayı önceden uygulama amacıyla tatbik edilemez⁴²; muhakeme boyunca kişi hürriyeti, ceza verme amacıyla ortadan kaldırılamaz⁴³. Tutuklama, ne fiil için bir ön ceza niteliğine sahip olabilir ne

³⁶ KK-StPO/GRAF, vor § 112 Rn. 11; Roxin/Schünemann ise ilk üç amacı, tutuklama ile güdülen amaç olarak görmektedir ve tutuklama ile başkaca amaç güdülemeyeceği kanaatindedir. Bkz. ROXIN/SCHÜNEMANN, § 30. Rn. 1. Benzer yönde VOLK/ENGLÄNDER, § 10. 1.

³⁷ KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, Vor § 170 - 189, Rz. 8; HINTERHOFER, Huber/OSHIDARI, Babek Peter, *System des österreichischen Strafverfahrens*, Wien, 2017, Rz. 7.778; CENTEL, Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, 1992, s. 6; İNCİ, s. 25.

³⁸ TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 132; TANER, Tevkif Sebepleri, s. 2; EREM, s. 381.

³⁹ YÜCE, Tevkif, s. 445; GÖKALP, Mehmet, “Tevkifin Gerekçesi”, *Adalet Dergisi*, 1971/7, s. 448; CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 5; GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beşinci Baskı, Ankara, 2021, s. 410; DÜLGER/TAŞKIN, s. 380.

⁴⁰ PREUB, Ulrich K., “Vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht”, *Kritische Justiz*, 10/3, 1977, s. 310. Tutuklamanın, geçici bir tedbiri nihai bir tedbir haline getirmesine dair paradoksun en yüksek gelişimi ise tutuklunun ölmesi vakasında söz konusu olur. Aynı eser, aynı yer. Preuß’un, tutuklamayı, giderek fail ceza hukukuna yönelimin bir görünüş biçimi olarak eleştirel bir yerden ele alarak değerlendirdiğini ifade edelim.

⁴¹ Suçlu sayılmama ilkesi gereğince tutuklamanın, muhakeme sonunda hükmedilmesi beklenen ceza süresince uzatılması da olanak dışıdır. Zira böyle bir gerekçe, tutuklunun isnat edilen suçu işlediği kabulüne dayanır ve suçlu sayılmama ilkesini ihlal eder. Bkz. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, 2023, s. 385; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, 2023, s. 258.

⁴² KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, § 173, Rz. 71, SINAR, s. 1; CENTEL, Nur/ZAHER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 20. Baskı, İstanbul, 2021, s. 443; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 255.

⁴³ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 382, 384, 385.

de fail ya da failin zihniyeti için bir ceza olarak kullanılabilir⁴⁴. Keza devletin gücünü gösterme, cezaevinde bulunmanın zorlayıcı etkisinden yararlanma⁴⁵, ön / peşin ceza veya hüküm öncesi cezanın infazı olarak⁴⁶ ya da bir ikrar⁴⁷ ya da işbirliği için baskı aracı olarak kullanma^{48,49}, susma hakkından yararlanmayı engelleme ya da genel olarak soruşturmayı kolaylaştırma, nüfus kayıt sisteminin yetersizliklerini telafi etme, kamunun öfkesini yatıştırma, suç önlemede, eğitimde ya da faili resosyalize etmede vasıta olarak kullanma⁵⁰, tutuklamada meşru olmayan amaçlardır.

⁴⁴ PREUB, s. 310.

⁴⁵ Zira tutuklama, isnat altındaki kişiyi dış dünyadan yalıtarak savunmayı da güçleştirmektedir. YÜCE, Tevkif, s. 446. Tutuklu, iddia makamı iddiasını ispata dair delilleri toplarken yalıtılmış bir vaziyette beklemekte kalmaktadır ve tutuklunun tutuklamaya bağlı psikolojik ve bedeni harap yaşaması da kendisini gerektiği biçimde savunmasını engellemektedir. Üstüne tutuklamaya bağlı suçluluk ön yargısının davayı gören hâkimini de etkilemesi ihtimali vardır ki bu da tutuklamanın savunma hakkına zarar verici bir diğer neticesidir. GÖLCÜKLÜ, s. 15 - 16.

⁴⁶ Centel/Zafer, suçüstü halinde ya da delillerin apaçık suçu ve suçluyu gösterdiği durumlarda dahi tutuklamaya başvurulduysa yargılamanın hızlıca bitirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira yazarlara göre bu halde yargılamanın hızlı bir şekilde gerçekleştirilmemesi tutuklamanın mahkemenin ve kamuoyunun nezdinde bir infaz vasıtası olarak algılanmasına neden olacaktır. Bu nedenledir ki tutuklu işlerin birkaç oturumda bitirilmesine olanak tanıyan usullere ihtiyaç olduğu adı geçen yazarlarca ifade edilmektedir. CENTEL/ZAHER, s. 409.

⁴⁷ Tutuklama, yemine ya da tanıklığa zorlamak için kişinin hapsedilmesi anlamında kullanılan Alman hukuk terimi "*Beugehaft*" olarak işlev görmemelidir ve fakat uygulamada sıklıkla bu meşru olmayan işlev ile karşılaşılmaktadır. Bkz. VOLK/ENGLÄNDER, § 10. 1.

⁴⁸ Çünkü tutuklama, tutuklunun iradesi üzerinde sürekli artan bir biçimde baskı oluşturur ve böylelikle de tutukluyu, tutuklunun içinde bulunduğu psikolojik durum da ayrıca hesaba katıldığında, bir nevi ikrara hazırlar. Bununla birlikte böylesi bir baskı sonucu elde edilen ikrarın, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı ile çelişmesi ve hatta maddi gerçeğe ulaşma amacına zarar vermesi mümkündür. Çünkü baskı altındaki ikrarın gerçeğe uygun olmaması ihtimali yabana atılamaz ve dahası Yüce'nin aktardığı bir ifadeyle "*zor, ikrarın delil kuvvetini harap eder*". Bkz. YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 82. Tutuklu, ya masumiyetine veya tutuklamanın gereksizliğine yargı organlarını ikna edememesi ya da iş durumu, sağlığı, savunmasını daha iyi hazırlama veya başka bir sebeple dışarda olması gerektiğine kesin olarak inanmakta ise bu halde çeşitli yollara tevessül edebilir. Bu çerçevede ise akla gelen iki ihtimal, ya gerçeğe aykırı itiraflarda bulunarak tutukluluk halinden kurtulmaya çalışma ya da henüz tutuklu değilse çözümü kaçmada aramadır. Gölcüklü'nün Heuyer'dan naklen belirttiği üzere "*davranış ve tutum değişikliklerinin bilhassa mevkufiyet esnasında kendini gösterir*". Bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 14. Tutukluluk halinin zor psikolojik etkisi, tutuklulardaki yüksek intihar oranlarında da kendini göstermektedir. Bkz. ALBRECHT, s. 32.

⁴⁹ Hâkimin, ikrarda bulunmadığı durumda şüphelinin tutuklanacağı ya da tutukluluğunun devam edeceğini açıkça beyan etmesi ya da davranışları ile hissettirmesi, belki işkence kapsamında mütalaa edilemez ve fakat her hâlükârda görevin kötüye kullanılması demektir ve tutuklamanın, isnat altındaki kişinin mukavemetini kırarak ikrarda bulunmasını sağlamak amacıyla kullanılması, hem hukuka aykırıdır hem de tutuklamanın tatbik amacıyla kesin olarak uyumsuzdur. GÖLCÜKLÜ, s. 26.

⁵⁰ Tutuklama bakımından uygulama sorunları ile tutuklamanın ceza muhakemesi amaçları dışında kullanılması hakkında bkz. ROXIN/SCHÜNEMANN, § 30. Rn. 3; CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 6 - 7; KK-StPO/GRAF, vor § 112 Rn. 12; KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, Vor § 170 - 189, Rz. 8; HINTERHOFER/OSHIDARI, Rz. 7.778; İNCL, s. 25 - 27; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GERZER/SAYGILAR/ALAN/ ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 468; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 311; ÜNVER/HAKERİ, s. 949 - 950, 953; DÜLGER/TAŞKIN, s. 381.

Tutuklamanın koruma tedbiri niteliğinin sonucu olarak tutuklamaya dayalı tutma, kural olarak, muhakemenin yürütülmesini sağlama⁵¹ ya da muhakeme neticesinde verilecek hükmün yerine getirilmesini garanti altına alma amaçlarına hizmet etmektedir.⁵² Ancak ifade edelim ki tutuklamanın cezanın infazını güvence altına alınması için kullanılması, tutuklamanın koruma tedbiri vasfı ve tutuklamanın ancak ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemesi amacıyla uygulanması esası ile bağdaşmadığı da doktrinde ifade edilmektedir.⁵³ Keza tutuklama bakımından uygulama sorunlarının temelinde “*olası mahkûmiyet kararının infazını sağlama anlayışının*” bulunduğu görüşü de mevcuttur⁵⁴ ki haklılık payı olan bir tespit olduğu kanaatindeyiz.

Tutuklama, ceza muhakemesinin asli faaliyeti olan maddi gerçeğin araştırılması amacına hizmet edeceğinden ve yukarıda bahsi geçen meşru olmayan amaçlarla da kullanılmaması gerektiğinden, ceza muhakemesinin amaçlarına uygun adli bir tutma olanağını temin bakımından meşru tutuklama nedenleri, kaçma tehlikesi ve delil karartma⁵⁵ tehlikesidir⁵⁶. Tutuklama nedenlerinin, kaçma ve delillere etki etme tehlikesi dışına doğru genişlemesi tutuklamanın, suçu ya da suç tekrarını önleme, toplumsal infiali yatıştırma, negatif genel önleme ve

⁵¹ Yüce'nin bugün de geçerliliğini koruyan tespiti, durumu tasvir eder niteliktedir: “*Bugün birçok demokratik ülkede ve Batı Almanya’da tutuklamanın suçu önleme, halkın öfkesini (veya galeyanını) yatıştırmak gibi amaçlarla kullanıldığı bir gerçektir. Bunlar soruşturmanın aksamadan yürütülmesi amacı ile açıklanamaz. Bu amacın dışında kalırlar. Demek ki, bugün tutuklamayı yalnızca soruşturma amacının aracı sayan görüş bir ölçüde bırakılmıştır. Bununla birlikte şunu vurgulayarak yazmak gerekir ki, tutuklamayı, kefareti, halkın öfkesini yatıştırmak, yeni suç işlenmesini önlemek düşüncesi ile kullanmak çok tehlikeli ve sakıncalı olabilir. Bu yolda çok dikkat gösterilmezse tutuklama kolayca duygusal ve mekanik bir işleme dönüşür. Hatta, ‘şüphe cezası’ yerine geçebilir. Bilindiği gibi, şüphe cezası, ortaçağda suçu ispat edilemeyen sanığa, her nasılsa sanık olarak getirdiği için, verilen ceza idi. Suçu işlemiş olabileceği ihtimali ile verilen ceza. Yasada bu sayılan nedenler açısından iyi düzenlenmemiş tutuklama olanakları hâkimde, soruşturmanın daha başlangıcında bir ihtimali cezalandırmak eğilimini doğurabilir*”. YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 71 - 72.

⁵² YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 70; CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 50.

⁵³ İNCİ, s. 25; SINAR, s. 83; bahsi geçen amaç nedeniyle tutuklamanın “*önceleyici bir koruma tedbiri*” vasfında olduğuna ilişkin olarak bkz. KUNTER, s. 665, Kn. 363.

⁵⁴ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 22.

⁵⁵ Delil karartma tehlikesinin bir tutuklama nedeni olarak öngörülmesine yönelik de eleştiriler söz konusudur. Zira şüpheli - sanık tutuklansa dahi çevresi vasıtasıyla delil karartılması olasıdır; devletin delilleri ortaya çıkarmaya ve korumaya dair pek çok imkânı vardır ve bu tutuklama nedeni, şüpheli - sanığın diğer şüpheliyle irtibatını ve dolayısıyla hareket alanını gereksiz ölçüde sınırlandırabilir. Bununla birlikte bu eleştirilerde belirli ölçüde haklılık payının olduğu kabul edilmekle birlikte hemen hemen ittifakla delil karartma tehlikesi, yerinde bir tutuklama nedeni olarak görülmektedir. Zira aksi halde etkili bir muhakeme faaliyeti yürütmek imkânsızlaşabilir, tutuklamanın delil karartılmasını önleme konusunda tamamen işlevsiz olduğu söylenemez ve delil karartmaya yönelik davranışlarıyla esasen isnat altındaki kişi, tutuklamaya neden olmaktadır. Bahsi geçen tartışma için bkz. GÖLCÜKLÜ, 20 - 22; YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 88 - 90.

⁵⁶ Kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesinin meşru tutuklama nedenleri olmalarının sebeplerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 20 - 27.

negatif özel önleme amaçları için kullanılmasına yol açabilir. Tutuklama nedenlerindeki değişim ile birlikte tutuklamadaki amacın değişimi ise tutuklamayı, peşinen infaz edilen bir cezaya ve hatta “*şüphesiz cezasına (Verdachtsstrafe)*” dönüştürebilir. Tutuklamanın ceza olarak kullanılması ise bir hukuka aykırılıktan öte bir anlam taşımaktadır. Zira bir tutma formu olarak tutuklamanın ceza muhakemesi amaçları haricinde tatbik edilmesi, tutuklama ile vaki tutmanın meşru olmadığı sonucuna varmamıza neden olacaktır. Keza tutuklamanın amacı dışında kullanılarak cezanın infazına tutuklama ile başlanması, tutuklamanın devlet otoritesini göstermenin bir aracı olması ya da tutuklamanın halkı yatıştırmak için kullanılması, ceza muhakemesinin eski dönemlerinin bir kalıntısıdır ve de tutuklunun serbest bırakılmasının cezasızlık olarak kabul edilmesi ya da şüphelilerin - sanıkların tutuklanmasına dair toplumsal baskı da aynı arkaik kalıntıların bir tezahürüdür⁵⁷.

Tutuklama nedenlerinin, tutuklamada vaki tutmanın vasfını belirleyen element olduğunu ifade ettikten sonra öncelikle CMUK'ta ve CMK Tasarısında tutuklama nedenlerinin ne şekilde düzenlendiğini inceleyeceğiz. Akabinde CMK sistemini değerlendirmek uygun olacaktır.

II. CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNU VE TASARIDA TUTUKLAMA NEDENLERİ

A. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Sisteminde Tutuklama Nedenleri

18.11.1992 tarihli ve 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁸ ile değiştirilmeden önce CMUK sisteminde cürümler yönünden tutuklama nedenleri bakımından üç temel tutuklama nedeninin (kaçma, tehlikesi, delil karartma tehlikesi ve suçun özel bir nitelik taşıması) kural olarak kabul edildiği ve fakat çeşitli hallerde kaçma karinesi kabul edilerek bir tutuklama nedeninin varsayıldığı ve kabahatlerde tutuklama nedenlerinin sınırlandığı bir sisteminin benimsendiği görülmektedir⁵⁹. Bu çerçevede **kaçma tehlikesi** (“*kaçma şüphesini uyandıracak*

⁵⁷ KUNTER, s. 24 - 25, 665 - 666, Kn. 13, 363.

⁵⁸ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih. 01.12.1992, S. 21422.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCE, Tevkif, s. 448 - 455; CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 41 - 59; Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, Muhtar, “Tevkif (Tutma) Üzerinde İnceleme”, *Adalet Dergisi*, Yıl. 67, S. 5-6, 1976, s. 404 - 410; İBİCİOĞLU, Gözde, *Türk Anayasalarında Yakalama, Gözetim ve Tutuklama*, İstanbul, 2019, s. 101 vd.

vakıalar bulunursa” - CMUK m. 104/1 -1) ile **delil karartma tehlikesi** (“*suçun izlerini yok etmeğe veya şeriklerim uydurma beyanata yahut şahitleri yalan şahitliğe veya şهادetten kaçınmağa sevk eyleyeceğini gösterir haller bulunursa*” - CMUK m. 104/1 - 2) ve **suçun niteliğine göre ağır suç** olması (“*Suç Devlet veya Hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur ve yahut adabı umumiye aleyhinde olursa* - CMUK m. 104/1 - 3), esas tutuklama nedenleri olarak kabul edilmişti. Bahsi geçen tutuklama nedenlerinin haricinde ise aynı maddenin ikinci fıkrasında bir **kaçma karanesi**⁶⁰ kabul edilerek fıkarda sayılan durumlarda kaçma hali varsayılmıştır (1 - *Tahkikatın mevzuu olan suçun ağır cezalı cürümlerden olması*. 2 - *Maznunun ikametgâhi veya meskeni bulunmaması veya serseri veya şüpheli takımdan olması veya kim olduğunu ispat edememesi*. 3 - *Yabancı olupta hâkimin davetine veya verilecek hükmün infazı için geleceğinde şüphe uyandıracak ciddi sebeplerin bulunması* - (CMUK m. 104/2). **Kabahatlerde** ise ancak CMUK m. 104/2, b. 2 ve 3’te bahsedilen bir kişi söz konusu ise ve dahası “*aynı zamanda kaçması umulan yahut emniyeti umumiye nezareti altında bulunan kimselerden olursa*” tutuklama mümkün idi (CMUK m. 105)⁶¹.

3842 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ile ise yukarıda zikredilen tutuklama nedenleri sisteminde farklılaşmaya gidilmiştir⁶². 3842 sayılı Kanun sonrası

⁶⁰ Kanunun bu halleri kat’i bir kaçma karanesi olarak gördüğüne ilişkin bkz. KANTAR, s. 115; EREM, s. 388. Aksi yönde bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 87; YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 85 ve dp. 32’deki yazarlar. Sanığın daima kaçacağına ilişkin hallerin aksinin ispat edilemeyeceği doktrinde tartışmalıydı. Lafızdan hareketle anılan düzenlemenin faraziye olarak yorumlanmasıyla karşılaşıldığı gibi çürütülebilir bir karine görüşü de doktrinde mevcuttu ve dahası baskın haldeydi. Keza bu normun, tutuklulukta ihtiyarılığı mecburiliğe çevirdiği gerekçesiyle kaldırılması gerektiği savunulmaktaydı. Bkz. CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 45 - 46. Kunter ise kaçma karanesine dair hükümlerin aksinin ispat edilebileceğini ve aksi yöndeki görüşlere karşın bu yöndeki yorumun Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiğini ifade etmekteydi. Bkz. KUNTER, s. 675, Kn. 365, dp. 412 - 414. Tosun da benzer kanaatlemedi. Yazar, hazırlık çalışmalarının da bu yönde olduğunu ifade etmektedir, keza tutuklamada zorunluluğun bulunmaması da bu hususta yazarın ileri sürdüğü bir diğer gerektir. O halde burada bir faraziye değil aksi ispatlanabilir bir karine mevcuttur; uygulama bakımından ise hâkimin kanunda sayılan durumları göstermesi gerekmekte ve fakat ayrıca kaçma tehlikesine dair somut vakıaları göstermesine lüzum bulunmamaktaydı. TOSUN, s. 851 - 852. 1976 tarihli bir olayda bir kişi, iki polis memurunu öldürmeye eksik teşebbüs nedeniyle tutuklanır, şüpheli olay yerinde elinde silah ile yakalanmıştır. Şüpheli önce tutuklansa da ardından itiraz üzerine serbest kalmıştır; bu olayda yazılı emir yoluna da müracaat edilse de Yargıtay tarafından yazılı emir başvurusu reddedilmiştir. Olayda hem ağır cezalı bir suç olmasına hem de devlet nüfuzunu kırmaya ve asayiş bozmaya elverişli bir suç olmasına rağmen tutuklamanın itiraz üzerine kaldırılması ve Yargıtay tarafından hukuka aykırılık tespit edilmemesi, derece mahkemeleri nezdinde de faraziye görüşünün benimsenmediğini göstermektedir. Karar için, eleştirel değerlendirmelerle birlikte ÇAĞLAYAN, s. 402 - 403.

⁶¹ Dolayısıyla kabahatlerde tutuklama kararı için, 1992 değişikliği öncesindeki sistemde, a) kuvvetli suç şüphesi, b) kaçma tehlikesi, c) Kanun’da belirtilen özel hallerden birinin mevcudiyeti gerekmekteydi. Bkz. YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 92 - 93; Kunter, ayrıca ölçülülük şartının da aranacağını belirtmekteydi. KUNTER, s. 677 - 678, Kn. 365.

⁶² 3842 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrasında CMUK sisteminde tutuklama nedenleri hakkında bkz. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku - İkinci Kitap: Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü**, Onüçüncü Bası, İstanbul, 2005, s. 701 - 704, Kn. 365.

CMUK sisteminde de **kaçma tehlikesi** (“*Kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması*” - CMUK m. 104 / 1 - 1) ve **delil karartma tehlikesi** (“*Delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması*” - CMUK m. 104/ 1 - 1), tutuklama nedenleri arasında varlığını korumuştur ve fakat suçun niteliğine göre ağır suç olması, tutuklama nedenleri arasından çıkarılmıştır. Ancak 1992 sonrası CMUK sisteminde varsayımsal tutuklama nedenlerine yer verildiği görülmektedir; bu hallerde kaçma tehlikesi ile delil karartma tehlikesi var sayılabilir.

1. **Varsayımsal Tutuklama Nedeni 1 (Cezai Tehdide Göre Ağır Suç):** “*Soruşturma konusu olan suçun, kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi*” (CMUK m. 104/ 2, v. 1).
2. **Varsayımsal Tutuklama Nedeni 2 (Yerleşim Yeri Noksanlığı):** “*Sanığın ikametgâhı veya meskeninin bulunmaması*” (CMUK m. 104/ 2, v. 2).
3. **Varsayımsal Tutuklama Nedeni 3 (Kimliğin Belirlenememesi):** “*sanığın kim olduğunu ispat edememesi durumunda*” - CMUK m. 104/ 2, v. 3).

Altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda ise tutuklama ancak suçun toplumda infial oluşturmaya ya da varsayımsal tutuklama nedeni 2 ve 3 numaralı hallerin mevcudiyeti halinde mümkündür (CMUK m. 104/3).

Şu ana değin zikredilen bilgiler ışığında CMUK sistemini tutuklama nedenleri bakımından şu şekilde değerlendirebiliriz: 1992 değişiklikleri öncesinde CMUK’ta tutuklama nedenlerine ilişkin olarak kabul edilen sistemi, CMK sistemine göre tutuklamayı kolaylaştıran, tutuklama nedenlerini geniş bir biçimde kabul eden bir sistem olarak nitelendirebiliriz. Zira doğrudan doğruya işlenen suçun niteliği gereğince tutuklama mümkün olduğu gibi geniş kapsamlı bir kaçma karinesine de yer verilmiştir. Esasen 1992 değişiklikleri öncesi CMUK sisteminin, günümüzde koruma tedbiri vasfıyla ve istisnai bir biçimde uygulanması (en azından teorik olarak) kabul edilen tutuklama anlayışı ile uyumadığı ifade edilebilir. Doktrinde ise bilhassa “*Suç Devlet veya Hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa*” tutuklama nedeninin geniş yorumlanmaya müsait ve takdire bağlı yapısı⁶³ ve uygulamada somut vakıa değerlendirmesine müracaat edil-

⁶³ GÖLCÜKLÜ, s. 183.

meksizin “*suçun mahiyeti ve mevcut delil durumu*” itibariyle tutuklamanın geniş ölçüde tatbik edilmesi eleştirilmekteydi⁶⁴. Hatta mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanununda bulunmayan CMUK m. 104/1-3 (“*Suç Devlet veya Hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa*”) nedeniyle Taner, neredeyse her suçun memleketin asayişini bozan fiil olarak değerlendirilebileceğini ve bu nedenle de CMUK sisteminin tutuklama nedenlerini tahdidi olarak sayar gibi görünüp hâkime takdir yetkisi tanıyan sistem içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve de anılan geniş tutuklama nedeninin kaldırılmasını savunmuştur⁶⁵.

3842 sayılı Kanun sonrası CMUK sistemi ise tutuklama nedenleri bakımından bugünkü CMK sistemi ile genel olarak koşuttur; bununla birlikte varsayımsal tutuklama nedeni olarak soyut ceza miktarından katalog suç düzenlemesine geçilmesi önemli bir ayrımdır⁶⁶. 1992 değişiklikleri ile birlikte CMUK sisteminde tutuklama nedenlerinin kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi ile sınırlaması ve kaçma karinesine yer verilmemesi yerindedir. Bununla birlikte varsayımsal tutuklama nedenlerinin öngörülmesi ile kaçma ve delil karartma tehlikesi temelli tutuklama nedenleri sisteminde önemli bir gediğin de açıldığından bahsetmek gerekir. Bilhassa da “*üst sınırı 7 yıldan az olmayan suçlarda*” varsayımsal tutuklama nedeninin kabul edilmesi, bugün dahi tutuklama bakımından en önemli sorunlardan biri olan ağır suçlarda tutuklamanın, tutuklamanın niteliğine aykırı biçimde kullanılması vakiasının bir örneğini teşkil etmektedir.

Son olarak gerek 1992 değişiklikleri öncesi gerekse sonrası CMUK sisteminde, kabahatlerde tutuklamaya başvurulabilmesini sağlayan tutuklama nedenleri arasında “*suçun toplumda infial oluşturmaya*” halinin varlığı özellikle dikkat çekmektedir; bu meseleye yeniden değineceğiz ve *de jure* ilga olmuş bu tutuklamana nedeninin *de facto* olarak yürürlükte olup olmadığını tartışacağız.

B. Tasarıda Tutuklama Nedenleri

Tasarıda tutuklama nedenleri bakımından hayli farklı bir manzara ile karşılaşılmaktadır. Zira 119. maddede düzenlenen tutuklama nedenleri, yalnızca yürürlükteki kanunumuza göre değil CMUK sistemine göre de hayli geniştir.

⁶⁴ YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 91.

⁶⁵ TANER, Tevkif Sebepleri, s. 2.

⁶⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 289; tutuklama nedenleri bakımından CMUK - CMK karşılaştırması için bkz. SINAR, s. 185.

Tasarı m. 119/1 hükmünde tutuklama nedenleri, 9 bentten müteşekkil bir biçimde aşağıdaki gibi düzenlenmişti⁶⁷:

“Tutuklama nedenleri

Madde 119. - Suçüstü hâlinde cezanın üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis ve diğer hâllerde iki yıl veya daha fazla hapis veya ağır cezalı işlerden olup, şüpheli veya sanık hakkında 112 nci maddede gösterilen adli kontrol altına alınma kararı verilmemiş ise, aşağıda belirtilen nedenlerle tutuklamaya veya tutuklamanın devamına hâkim veya mahkeme tarafından, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında karar verilebilir:

- 1. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran olaylar bulunması,*
- 2. Suçun delil, iz, eser ve emarelerinin korunması,*
- 3. Tanıklar ve mağdur üzerinde baskı yapılmasının önlenmesi,*
- 4. Şüpheli ve sanık ile şerikleri arasında kanuna aykırı uzlaşma ve iştiraklerin önlenmesi,*
- 5. Suçun ağırlığı, işlendiği hâl ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolayısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnâ ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi,*
- 6. Şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması,*
- 7. Suça son verilmesi,*
- 8. Suçun yinelenmesine engel olunması,*
- 9. Adli kontrol altına alınmış şüpheli veya sanığın 112 nci maddede gösterilen yükümlülüklerden bilerek kaçması nedeniyle hakkında 115 inci maddenin uygulanmasının zorunlu olması.*

Birinci fıkrada belirtilen bir ve iki yıllık sürelerden daha az hafif hapis veya hapis cezası öngörülen suçlardan dolayı ancak (1), (6) ve (9) nu-

⁶⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292)**, Dönem. 22, Yasama Yılı. 3, S. 698, s. 214.

maralı bentlerdeki nedenlerden birinin bulunması hâlinde tutuklama kararı verilebilir.

Tutuklama kararının verilebilmesi için şüpheli veya sanığın suçluluğu ve yukarıdaki nedenlerin varlığı hakkında kuvvetli belirtiler saptanmış olmalıdır.”

Genişletilmiş tutuklama nedenleri biçimindeki yaklaşım, 119. maddenin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir⁶⁸:

“Maddenin (1) ilâ (9) numaralı bentlerinde yer almış bulunan nedenler, 1412 sayılı Kanuna göre daha kapsamlıdır ve çağdaş Batı kanunları tarafından kabul edilmişlerdir. Bu nedenleri, Fransız Ceza Usul Kanunu 15/6/2000 tarihli değişiklikler daha da belirgin hâle getirmiştir. Genel bir tasnife tâbi tutulacak olursa, maddenin içerdiği nedenlerin şüpheli veya sanığın kaçmalarını veya delillerin karartılmasını önlemeye, kamu düzenini korumaya, şüpheli ve sanıkları korumaya, suçlara son vermeye, suçun yinelenmesini engellemeye yönelik oldukları görülecektir. Bu genel maksat çerçevesi içerisinde olmak üzere, suçun ağırlığının, işlendiği koşulların ve zararın çok ağır olmasının kamu düzenini ısrarlı ve istisnâî biçimde düzensizliğe uğratması karşısında, düzeni iade zorunluluğunu sağlamak amacı ile tutuklama kararı verilebileceği kabul edilmiştir.

1412 sayılı Kanunun 104 üncü maddesinde yer alan tutuklama nedenleri dışında maddede, şüpheli ve sanığın saklanması, kamu düzeninin suçun neden olduğu ve olabileceği ağır zararlardan korunması, şüpheli veya sanığın kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması, suça son verilmesi, suçun yinelenmesine engel olunması biçiminde belirtilen nedenler tutuklama nedeni olarak gösterilmiştir. Buna karşılık 1412 sayılı Kanunun 104 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan karine, sırf karineye dayanarak kişi özgürlüğünün kısıtlanmaması gerektiği düşünüülerek maddeye alınmamıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen bir ve iki yıllık sürelerden daha az hafif hapis veya hapis cezası öngörülen suçlardan dolayı ancak ikinci fıkranın (1), (6) ve (9) numaralı bentlerindeki nedenlerden birinin bulunması hâlinde tutuklama kararı verilebileceği hükme bağlanmaktadır. Bunun uygulanmasında da maddenin son fıkrasında ifade edilen kuvvetli belirtilerin aranacağı muhakkaktır”.

⁶⁸ Kanun Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s. 54 - 55.

Bilindiği üzere tutuklama nedenleri, CMK - Tasarısı'ndaki gibi kanunlaşamadı ve Adalet Komisyonu tarafından tutuklama nedenleri sistemi hayli değişikliğe uğratıldı. Bu durum Adalet Komisyonu raporuna da aşağıdaki şekilde yansımıştır⁶⁹:

“Tasarının Birinci Kitap, Dördüncü Kısımında yer alan “Tutuklama” başlıklı Dördüncü Bölümü sistematik açıdan daha doğru olacağından İkinci Bölüm olarak değiştirilmiş ve bu Bölümün ilk maddesi olan “Tutuklama nedenleri” başlıklı 119 uncu maddesi, tutuklama nedenleri azaltılıp yeniden düzenlenerek, tutuklama nedenleri varsayılabilir haller katalog halinde belirtilerek, 100 üncü madde olarak kabul edilmiştir”.

Hükûmet Tasarısındaki tutuklama nedenleri bakımından öngörülen rejim, klasik tutuklama nedenlerinin ötesine geçmektedir ve çok sayıda tutuklama nedeninin öngörülmesi ile karakterize olmaktadır. Tasarıdaki tutuklama nedenlerine ilişkin dokuz bentten ilk üç bent, kaçma ve delil karartma tehlikesi altında kümelendirilebilir ve fakat sorun da tam olarak diğer bentlerde öngörülen tutuklama nedenleri çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Kamu düzeninin korunması, suça son verilmesi, suç tekrarının önlenmesi gibi nedenler, tutuklamanın koruma tedbiri vasfının aşınarak idare hukuku enstrümanı haline gelmesine neden olabilirdi. Bu çerçevede Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişiklik ile Hükûmet Tasarısındaki tutuklama nedenlerinin sayılarının azaltılarak klasik tutuklama nedenlerine yer verilmekle yetinilmesi yerinde olmuştur.

III. CEZA MUHALEMESİ KANUNUNUN TUTUKLAMA NEDENLERİ SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. CMK Sisteminde Tutuklama Nedenleri

Öncelikle mukayeseli hukukta tutuklama nedenlerinin ne şekilde düzenlendiğinden bahis açmak, CMK'da kabul edilen sistemin değerlendirilmesi bakımından faydalı olacaktır. Almanya'da tutuklama nedenleri⁷⁰, Strafprozeßordnung (dStPO) m. 112 hükmünde⁷¹, hafif suçlarda dStPO m. 113⁷² hükmünde,

⁶⁹ Kanun Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s. 170.

⁷⁰ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu madde çevirileri tarafımızca yapılmış olup çeviriye esas metinler ise <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> 03.08.2025 tarihi itibarıyla internet sitesinde mevcut olan Almanca orijinal metinlerdir.

⁷¹ dStPO m. 112 - Tutuklama için Koşullar; Tutuklama Nedenleri

önleyici amaçlı tutuklama bakımından ise dStPO m. 112a hükmünde düzenlenmiştir. Almanya'da tutuklama nedenleri bakımından geçerli olan sistemde, klasik tutuklama nedenlerinin öne çıktığından ve fakat katalog suç düzenlemesi, tekrar tehlikesi ve hafif suçlarda özel olarak tutuklama nedenlerinin düzenlenmesi (dStPO m. 113) ile Alman hukukunun Türk hukukundan farklılaştığından söz edebiliriz. Buna göre Kaçma ya da Saklanma Tespiti: (dStPO m. 112/2 - 1), Kaçma Tehlikesi (Fluchtgefahr): (dStPO m. 112/2 - 2) ve (Delil) Karartma Tehlikesi (Verdunkelungsgefahr): (dStPO m. 112/2 - 3), temel tutuklama nedenleridir; ağır suçlarda ise yani Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 112, fıkra 3 hükmünde sayılı katalog suçlardan biri mevcutsa, bir tutuklama nedeni var olmasa dahi tutuklama kararı verilebilir⁷³.

Alman hukukunda tutuklama nedenlerinin geçmişten günümüze akıbeti, hâlihazırdaki durumun değerlendirilmesi bakımından da bir ölçüt olabilir ki bu çerçevede Roxin/Schünemann'ın aktardığı bilgilere ve görüşlerine müracaat edebiliriz: Alman Ceza Muhakemesi Kanununun orijinal metninde yalnızca iki tutuklama

(1) Şüpheliye karşı tutuklama kararı, eğer onun fiili işlediği hususunda kuvvetli şüphe varsa ve bir tutuklama nedeni mevcutsa, verilebilir. İşin önemi ve beklenen ceza ya da iyileştirme ve güvenlik tedbiri bakımından ölçülü değilse, tutuklama kararı verilemez.

(2) Bir tutuklama nedeni, eğer belirli olgular temelinde,

1. şüphelinin kaçtığı ya da saklandığı tespit ediliyorsa,

2. somut olayın koşulları değerlendirildiğinde şüphelinin ceza muhakemesinden kaçacağına dair tehlike mevcutsa (kaçma tehlikesi), ya da

3. şüphelinin davranışı,

a) delilleri yok edeceği, değiştireceği, ortadan kaldıracığı, gizleyeceği veya tahrif edeceği,

b) suç ortaklarını, tanıkları veya bilirkişileri haksız şekilde etkileyeceği, ya da

c) diğer kişileri böylesi davranışa yönlendireceği,

hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa ve bu nedenle gerçeğin araştırılmasının zorlaşması tehlikesi mevcutsa (delil karartma tehlikesi).

(3) Şüpheliye karşı, Uluslararası Ceza Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinde ya da 13. maddesinin 1. fıkrasında veya Ceza Kanununun 129a maddesinin 1. fıkrasında veya 2. fıkrasında, 129b maddesinin 1. fıkrasıyla bağlantı dâhil olmak üzere, ya da 176c, 176d, 211, 212, 226, 306b veya 306 maddelerinde, fiil bir başkasının vücut bütünlüğünü veya yaşamını tehlikeye düşürdüğü ölçüde Ceza Kanununun 308. maddesinin 1 ile 3 fıkralarında tanımlı bir suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe varsa, 2. fıkraya göre bir tutuklama nedeni mevcut olmasa dahi, tutuklamaya hükmedilebilir.

⁷² dStPO m. 113 - Hafif Suçlardaki Koşullar

(1) Suç, yalnızca 6 aya kadar hapis cezası ya da 180 güne kadar adli para cezasını gerektiriyorsa, delil karartma tehlikesi nedeniyle tutuklama kararı verilemez.

(2) Bu hallerde kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklama kararına ancak, eğer şüpheli

1. Daha önce bir kez muhakemeden kaçmış ya da kaçma hazırlığı yapmışsa,

2. Bu Kanunun uygulama alanında belirli yerleşim yeri ya da oturduğu yer yoksa,

3. Kimliğini kanıtlayamazsa.

⁷³ Alman hukukundaki tutuklama nedenleri hakkında bkz. KK-StPO/GRAF, § 112 Rn. 9 - 44.

nedeni söz konusu idi: Kaçma Şüphesi ve Delil Karartma Tehlikesi. 1935 yılında ise yani Nazi iktidarı yıllarında iki yeni tutuklama nedeni Alman hukukuna eklenecektir: Suçun Ağırlığı ve Kamuoyunun İnfialı⁷⁴. 1945 sonrasında anılan yeni iki tutuklama nedeni ilga olacaktır ve fakat 1964 yılında bu iki tutuklama nedeni Alman hukukuna yeniden dâhil edilecektir. dStPO m. 112a tehlikelilik haline dayalı bir tutuklama nedenidir ve tehlikelilik, öncelikle cinsel suçlarla sınırlandırılacak ve fakat sonrasında başkaca suçlara genişleyecektir. dStPO m. 112/3 hükmü de suçun ağırlığı temelli bir tutuklama nedenidir ve suçun ağırlığı bakımından ise öncelikle nitelikli öldürme ve benzeri suçlarda ve fakat sonradan yine başkaca suçlara sirayet ederek düzenlenecektir. Betimlenen bu manzara karşından yazarlar şu sonuca varmaktadır: Alman hukukunda hâlihazırdaki tutuklama nedenleri rejimi, belirli ölçüde çekince belirtilebilirse de, 1935 ile aynı hale gelmiştir⁷⁵.

Avusturya’da ise tutuklama nedenleri, Strafprozeßordnung (öStPO) m. 173⁷⁶ hükmünde düzenlenmiş olup tutuklama nedenleri, kaçma tehlikesi (öStPO

⁷⁴ “Suçun ağırlığı ve suçun kamuoyunda meydana getirdiği infial göz önüne alındığında, sanığın serbest bırakılmasına katlanılamazsa (Wenn es mit Rücksicht auf die Schwere der Tat und die durch sie hervorgerufene Erregung der Öffentlichkeit nicht erträglich wäre, den Angeschuldigten in Freiheit zu lassen)”. Bkz. <https://lexetius.com/StPO/112,17>, Erişim Tarihi. 03.08.2025.

⁷⁵ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 30. Rn. 6.

⁷⁶ **ÖStPO m. 173 - Uygulanabilirlik**

(1) Tutuklamaya hükmetmek ve tutuklamanın devamı ancak savcılığın talebi üzerine ve ancak, eğer şüpheli belirli bir suçtan dolayı kuvvetli şüphe altındaysa, mahkeme tarafından meseleye ve tutuklamanın şartlarına ilişkin olarak sorgulanmışsa ve ikinci fıkrada zikredilen tutuklama nedenlerinden bir mevcutsa mümkündür. Eğer tutuklama, işin önemine veya beklenen cezaya göre ölçülü değilse ya da tutuklama amacına, daha hafif araçların uygulanması (fıkra 5) ile ulaşılabilecekse, tutuklamaya hükmedilemez ya da tutuklama devam ettirilemez.

(2) Bir tutuklama nedeni, belirli olgulara dayanarak aşağıdaki hususlarda tehlike ortaya çıkıyorsa mevcuttur; şüphelinin serbest olması durumunda,

1. Gelecekteki olası cezanın türü ve ölçüsü nedeniyle ya da başka bir sebepten ötürü kaçacak ya da saklanacaksa,

2. Tanıklara, bilirkişilere, suç ortaklarına etki etmeye, suçun izlerini ortadan kaldırmaya ya da diğer bir şekilde gerçeğin araştırılmasını zorlaştırmaya teşebbüs edecekse,

3. Altı aydan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bir suçtan dolayı kendisine karşı ceza muhakemesi yürütülmesine karşın,

a. Ağır neticeli vesile suçla aynı hukuki değere yönelmiş ağır neticeli bir suç işlerse,

b. Yalnızca hafif neticeleri olmayan, vesile suçla aynı hukuki değere yönelmiş, ya böylesi bir suçtan daha önce mahkum edildiği ya da şimdi tekrar veya devamı niteliğinde fiillerin kendisine isnat edildiği bir suç işlerse,

c. Altı aydan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren, vesile suçla aynı hukuki değere yönelmiş, bu nedenlerle daha önce 2 kez mahkum olduğu bir suç işlerse,

d. Vesile teşebbüs aşamasında kalmış ya da işlenmekle tehdit ettiği (StGB m. 74/1, b. 5) icra ederse,

(3) Kaçma tehlikesi, eğer şüpheli beş hürriyeti bağlayıcı cezadan daha ağır olmayan bir suçtan şüpheli ise, düzenli yaşam ilişkilerinde bulunmaktaysa ve ülke içinde belirli bir oturma yeri mevcutsa, hiçbir koşulda kabul edilmez; meğerki o hâlihazırda kaçma hazırlığı içinde olsun. Fıkra iki bent üçe göre suçun icrası

m. 173/ 2 - 1), delil karartma tehlikesi (öStPO m. 173/ 2 - 2) ile suç işleme ve suçun icrası (öStPO m. 173/ 2 - 3) tehlikesinden müteşekkildir⁷⁷.

Mukayeseli hukuktan güncel bir gelişme olarak belirtebiliriz ki İsviçre’de 01 Ocak 2024 itibarıyla geçerli olmak üzere kaçma tehlikesi (sStPO m. 221/ 1 - a) ve delil karartma tehlikesi (m. 221/ 1 - b) tutuklama nedenlerine önceden de benzer ağırlıkta önemli bir suç işleme (m. 221/1 - c), suç tekrarı (m. 221/1bis) ve tehdit edilen suçun işlenmesi tehlikesi (m. 221/2) eklenmiştir⁷⁸.

Mukayeseli hukuka dair kısaca zikrettiğimiz bilgilerin ardından CMK sisteme dönebiliriz. Tutuklama, kişi güvenliği bakımından taşıdığı özel önem

tehlikesinin değerlendirilmesinde, eğer şüpheliden sadır insanların yaşam ve beden bütünlükleri bakımından bir tehlike ya da bir suç örgütünün veya bir terör örgütünün suçunun işlenmesi tehlike söz konusuysa, özellikle önem arz eder. Ayrıca bu tutuklama nedeninin değerlendirilmesinde, şüphelinin vesile suçu işlerken ki koşulların değişimiyle tehlikenin ne ölçüde azaldığı göz önünde bulundurulur.

(4) Eğer tutma amacına, eş zamanlı cezai tutma vasıtasıyla ya da başka bir tutma ile erişilebiliyorsa, tutuklamaya hükmedilemez, tutuklamanın varlığı korunamaz, tutuklama devam ettirilemez. Cezai tutuma durumunda savcılık, tutuklamanın amacı için gerekli olan infazdan farklılıklara hükmeder. Yine de tutuklamaya hükmedilirse, cezanın infazına ara verilir.

(5) Daha hafif tedbirler olarak özellikle aşağıdakilere başvurulur:

1. ...

9.

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326>, Erişim Tarihi. 03.08.2025.

⁷⁷ VENIER, Andreas/TIPOLD, Alexander, **Strafprozessrecht, 15. Auflage**, Wien, 2022, Rz. 269 -272.

⁷⁸ **sStPO Art. 220 Kavramlar**

1. Tutuklama, zorlama tedbirleri mahkemesi tarafından hükmedilmeyle başlar ve asıl mahkemede davanın açılmasıyla, özgürlükten yoksun bırakıcı bir yaptırımın başlamasıyla ya da soruşturma esnasında şüpheli kişinin serbest bırakılmasıyla son bulur.

2. Güvenlik hapsi, asıl mahkemeye iddianamenin verilmesiyle hükmün yürürlüğe girmesi, özgürlükten yoksun bırakıcı bir yaptırımın başlaması, sınır dışı etmenin icrası ya da serbest kalma arasındaki zaman süresince geçerlidir.

sStPO Art. 221 Koşullar

1. Tutuklama ve güvenlik hapsi ancak, eğer şüpheli bir cürüm ya da cünha nedeniyle kuvvetli şüphe altındaysa ve aşağıdaki hususlar bakımından ciddi endişe mevcutsa uygulanabilir. Şüpheli:

a. Ceza muhakemesinden ya da beklenen yaptırımdan kaçarsa,

b. Gerçeğin ortaya çıkmasını ihlal etmek için kişileri etkilerse veya delillere etki ederse, ya da,

c. Daha önce benzer ağırlıkta suçları işledikten sonra, cürüm veya ağır cünha işleyerek başkalarının güvenliğini doğrudan önemli ölçüde tehlikeye düşürürse.

1bis. Tutuklamaya ve güvenlik hapsine istisnai olarak başvurulabilir, eğer:

a. Şüpheli kişi, bir cürüm veya ağır cünha işleyerek bir kişinin fiziksel, psikolojik ya da cinsel bütünlüğünü ağır ölçüde ihlal etmekten kuvvetli şüphe altındaysa,

b. Şüpheli kişinin aynı ağırlıkta ağır bir cürüm işleyeceği hususunda ciddi ve doğrudan tehlike mevcutsa.

2. Eğer bir kişinin ağır bir cürüm icra edeceğine yönelik tehdidi bakımından ciddi ve doğrudan tehlike mevcutsa da tutmaya başvurulabilir. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/267/de>, Erişim Tarihi. 03.08.2025.

itibariyle Anayasa’da da düzenlenmiş olup Anayasa m. 19/3, c. 1 hükmünde tutuklama nedenleri aşağıdaki biçimde öngörülmüştür:

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.”

CMK m. 100/2 ve 3 ise, hâlihazırda Türk hukukunda tutuklama nedenleri bakımından geçerli olan rejimi belirtmektedir. Buna göre Türk hukukunda tutuklama nedenleri olarak kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa’ya uygunluğu da tartışma konusu olan katalog suç düzenlemesi de bir diğer tutuklama nedenidir. Kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi tutuklama nedenleri, ceza muhakemesinin amaçlarına ve Anayasa m. 19/3, c.1 hükmünün lafzına uygundur⁷⁹. Tutuklama nedeni olarak katalog suç düzenlemesinin Anayasa’ya uygunluğunu ise aşağıda değerlendireceğiz. Mukayeseli hukuktan zikrettiğimiz örnekler çerçevesinde ise Türk hukukunda önleyici tutuklama nedenine yer verilmediği, bu nedenle de tutuklama nedenleri bakımından daha sınırlı bir sistemin söz konusu olduğu ve hafif suçlarda tutuklama nedenlerinin farklılaştırılmadığı dikkat çeken hususlardır.

Çalışmamızda CMK’daki tutuklama nedenlerinin izahatına yer vermeyeceğiz; zira bu konuda Türk hukukunda da yeterli çalışma ve izahat mevcuttur⁸⁰. Bizim bu makale ile amacımız ise tutuklama nedenleri ile tutuklamanın mahiyeti arasındaki ilişkiyi izah etmek ve klasik tutuklama nedenleri dışındaki tutuklama nedenlerinin kabulünün, tutuklamanın vasfı ile bağdaşıp bağdaşmadığını incelemektir. Bu çerçevede CMK sistemi bakımından aşağıdaki meselelerin değerlendirilmesi uygun olacaktır.

⁷⁹ 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında tutuklamanın hukuki rejimi hakkında bkz. İNCİ, s. 51 - 55; İBİCİ-OĞLU, s. 44 vd.

⁸⁰ DEMİR ODABAŞI, s. 203 - 220; SEVDİREN, s. 142 vd; İNCİ, s. 99 - 129; SINAR, s. 188 - 212; CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 52 - 54; CENTEL/ZAFER, s. 411 - 413; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 388; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GER/SAYGILAR/ALAN/ ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 471 - 475; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 313 - 316; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 257 - 258; ÜNVER/HAKERİ, s. 963 - 977; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 415 - 416; TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Ankara, 2021, s. 255 - 257; DÜLGER/TAŞKIN, s. 387 - 393; SOYASLAN, s. 335 - 336; İBİCİOĞLU, s. 131 - 134; AİHM’in yaklaşımı bakımından da bkz. ALBRECHT, s. 34, 36 - 37.

B. Kavram ve Somutlaştırma Sorunları

1. Kavram Sorunu

Kaçma ve delil karartma tehlikesinin meşru tutuklama nedenleri olması, normatif düzenlemelerle olduğu kadar uygulama ile de bağlantılıdır. Eğer tutuklama nedenleri anılan nedenlerden ibaret olmakla birlikte uygulamada başkaca tutuklama nedenleri kaçma ya da delil karartma tutuklama nedenleri örtüsüyle tatbik ediliyorsa, böylesi bir hukuk sisteminde tutuklama nedenleri ve dolayısıyla da tutuklama bakımından sistematik bir sorundan bahsetmek gerekir. Bu çerçevede tehlike mi yoksa şüphe kavramının da tutuklama nedenleri bakımından kullanımının yerinde olacağını tartışarak ardından meşru tutuklama nedenlerinde belirli olgu - somut dayanak sorunundan bahsetmek istemekteyiz.

Mukayeseli hukukta tutuklama nedenleri düzenlenirken “*şüphe*” yerine “*tehlike*” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Alman (m. 112) ve Avusturya (m. 173) düzenlemelerinde, kaçma ya da delil karartma şüphesinden değil tehlikesinden bahsedilmektedir. Şüphe terimine nazaran tehlike teriminin kullanılması, tutuklama nedenleri bakımından ölçünün daraltıldığı anlamına gelmektedir⁸¹. Tehlike kavramının şüphe kavramına göre daha objektif nitelikli olması, hâkime daha sınırlı bir takdir alanı bırakması ve somutlaştırılması daha kolay olması sebepleriyle Alman doktrininde şüphe yerine tehlike kavramının kullanılmasına dair 1965 yılındaki değişikliğin olumlu karşılandığı ifade edilmektedir⁸². Her ne kadar meselenin özü, tutuklama nedeni bakımından somut olayların algılanması⁸³ olsa da, Alman doktrininde belirtilen sebeplere katılarak tutuklama nedenleri ile birlikte şüphe kavramı yerine tehlike kavramının kullanılmasını daha yerinde buluyoruz. Bu çerçevede biz de kişi özgürlüğü bakımından en ağır koruma tedbiri olduğu ifade edilen tutuklamanın hem alanını daraltmak hem de tutuklamaya ancak zorunlu hallerde başvurulabileceği esasına uygun olarak zorunluluğun şüphedense tehlike kavramıyla ortaya konulabileceği düşüncesiyle kaçma ya da delil karartma tehlikesi (şüphesi değil) kavramlarını kullanmaktayız.

Tehlike kavramı yerine daha muğlak ve geniş ve keza ceza hukukundan ziyade kolluk hukukunun ve hatta istihbarat hukukunun bir kavramı olarak kabul edilmesi mümkün “*risk*” kavramını da tutuklama nedenlerini ifade ederken

⁸¹ KUNTER, s. 674, Kn. 365, dp. 411.

⁸² CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 42.

⁸³ CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 42.

kullanmayı doğru bulmamaktayız⁸⁴. “*Tutuklama Nedenleri*” kavramı yerine hatalı bir şekilde “*Risk Koşulu*” kavramının kullanılmasını da doğru bulmamaktayız⁸⁵.

2. Somut Olay Bakımından ve Belirli Olgular Çerçevesinde Tutuklama Nedeninin Gösterilmesi Gereği

CMK m. 100/2 - a hükmünde “*şüphesini uyandıran somut olgular varsa*” ve CMK m. 100/2 - b hükmünde “*Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa*” ifadeleri nedeniyle CMK sisteminde terminolojik kullanım, tehlike kavramı yerine şüphe kavramının kullanılması yönünde olmuştur. Tutuklama koruma tedbirine dair pek çok ve pek sık değişiklik yapılarak tutuklama koruma tedbirinin ceza muhakemesinin amaçlarına uygun bir şekilde uygulamasının temin edilmeye çalışıldığı herkesin malumudur. Bu çerçevede tutuklama kararlarında gerekçenin hangi hususları ihtiva edeceği gibi değişikliklerin esasen uygulamacılara yönelik bir iletişimsel - sembolik değişiklikler olduğunu ifade edebiliriz. O halde tutuklama nedenleri ile birlikte şüphe kavramının kullanılmasındansa tehlike kavramının, mukayeseli hukuktaki örnekleri gibi, kullanımı yerinde olacaktır. Böylesi bir değişiklik, teorik anlamının ötesinde uygulamacılara yönelik sembolik bir etkiyi de ihtiva edebilir kanaatindeyiz.

Tutuklama nedenlerinde belirli olgu - somut dayanak konusuna gelirsek: Genel bir tecrübeye dayalı beklenti ile tutuklama nedenleri temellendirilemez; bilakis somut olay bakımından ve belirli olgular çerçevesinde tutuklama nedeninin varlığının kabul edilmesi gerekir⁸⁶. Bu bağlamda “*belirli olgular temelinde /somut dayanak noktaları (auf Grund bestimmter Tatsachen / konkrete Anhaltspunkte)*”⁸⁷ tutuklama nedenlerinin kabul edileceğini ifade eden Avusturya düzenlemesinin yerinde olduğunu belirtebiliriz⁸⁸. CMK m. 100/2 - a yani kaçma tehlikesi bakımından “*somut olguların*” aranması bu bakımdan yerindedir; delil karartma tehlikesine dair CMK m. 100/2 - b bağlamında böylesi ya da muadil bir ifadeye yer verilmemiş olsa da yine de benzer bir yorumda bulunmak gerekmektedir. Türk ceza muhakemesi uygulamasında ise belirli olgu - somut

⁸⁴ Tutuklama nedenlerini risk kavramıyla birlikte kullanan görüş için bkz. KAHRAMAN, Recep, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen “Katalog Suçlarda Tutuklama” (Md. 112/3)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 71/2, 2022, s. 769.

⁸⁵ Risk Koşulu kavramının kullanımı için bkz. TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 24.

⁸⁶ PAUER, LİK - StPO, § 173, Rz. 16, 21, 23.

⁸⁷ HINTERHOFER/OSHIDARI, Rz. 7.785.

⁸⁸ KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, § 173, Rz. 28; İNCİ, s. 102.

dayanak çerçevesinde kaçma ya da delil karartma tehlikesinin tespit edilmesinde ciddi sorunlar mevcuttur:

İlk olarak kaçma tehlikesini ele alalım. Söz gelimi ağır bir suç isnadı altındaki kişi bakımından sırf suç isnadının ağır niteliğinin kaçma tehlikesi tutuklama nedeninin varlığının kabul etmek için yorumlanması durumunda, tam da yukarıdaki paragrafta tasvir edildiği türde bir vaziyet söz konusudur⁸⁹. Zira örneğin her isnat altındaki kişinin kaçması muhtemel olarak düşünülebilir ve fakat kaçma tehlikesine dayalı tutuklama için kaçma tehlikesini temellendirecek fiili vakıaların varlığı şarttır⁹⁰. Dahası suçun ağırlığı - beklenen ceza ile kaçma tehlikesi arasında zorunlu bir bağlantı bulunmamaktadır⁹¹. Yine örneğin duruşmaya gelen bir sanığın, kaçma şüphesi ile tutuklanması durumunda, çoğu kez kaçma şüphesinin somut olarak hangi olgulara dayandığı sorusu yanıtızsız kalmaktadır⁹². Sonuç olarak suçun ağırlığı vasıtasıyla kaçma tehlikesinin temellendirilmesi, esasen ağır bir suç isnadı altındaki kişinin özgür olmasına toplum tarafından dayanılamaması ve dahası tutuklamanın kefaret ve öç alma isteği ile ve fakat kaçma tehlikesi dolayısıyla ve örtüsüyle kullanılması anlamına gelmektedir⁹³.

Delil karartma tehlikesi bakımından ise, geçmişten günümüze delil karartma tehlikesinin gerekçesi olarak uygulamamızda yer etmiş *“tahkikatın - soruşturmanın henüz ikmal edilmiş olmaması”* tek başına ve soyut bir şekilde, delil karartma tehlikesini temellendiremez⁹⁴. Zira her suçta delillerin karartılması ihtimali mevcut olup delil karartma tehlikesi ancak maddi hallerden çıkarsanan

⁸⁹ Almanya’da da kaçma tehlikesine dayalı tutuklama kararlarının, diğer tutuklama nedenlerine nazaran daha fazla sayıda olduğu ve çünkü kaçma tehlikesinin uygulamada daha kolay ya da esnek bir şekilde gerekçelendirilebildiği ifade edilmektedir. Bkz. SEVDİREN, s. 134.

⁹⁰ EREM, s. 387.

⁹¹ AİHM de aynı kanaattedir, bkz. TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 45.

⁹² KATOĞLU, Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 69, S. 4, Temmuz 2011, s. 26; TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 42.

⁹³ YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 85 - 87. Yüce’nin Zucker’dan yaptığı şu alıntı, Zucker’ın yaklaşık 150 yıl önce dile getirdiği eleştirilerin günümüzde daha geçerli olması bakımından ilginç ve fakat bir o kadar da meseleyi doğrudan izah eder niteliktedir: *“burada da gerçek neden kamufla edilmek isteniyor. Deniyor ki, suçun büyüklüğü kaçma ihtimalini de büyütür. Fakat unutuluyor ki, suçun ağırlığına rağmen somut olayın durumuna göre kaçma ihtimalinin imkânsız olduğu haller vardır: Öfkeye kapılarak oğlunu öldüren bir baba düşünelim. Kendiliğinden yetkili makamlara haber veriyor. Veya başka bir suçlu vicdan azabına dayanamayarak suçunu ikrar ediyor. Bu olaylardan kaçma tehlikesi nerede? ... Yalnız istisnai hallerde değil, tersine, tutuklamaların birçoğunda suçun ağırlığı tutuklama nedenidir. Çünkü, ağır bir suçla suçlanan kişinin özgürlüğüne sahip olmasına dayanamıyoruz. Suçüstü durumunda olduğu gibi burada da bizi tutuklamaya götüren sebep kefaret ve öç duygusudur. Kalabalığın kefaret duygusu zorunlu tutuklamayı haklı gösteriyor”*. ZUCKER, Alois, *Die Reformbedürftigkeit der Untersuchungshaft*, Prag, 1879, s. 26’dan naklen YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 86.

⁹⁴ KUNTER, s. 675, Kn. 365, dp. 415; YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 88.

büyük bir ihtimale dayalı olarak tutuklama sebebi olabilir⁹⁵. Keza adalet kurumunun iyi işlememesinin kefareti bireyler tarafından ödenemez⁹⁶.

Pek tabiidir ki uygulamamızda sıklıkla görülen, somut olayla bağlantısız şekilde kanun maddelerinin yalnızca tekrarlanması da somut olguların tutuklama kararının gerekçesinde yer aldığı anlamına gelmemektedir⁹⁷. Dahası uygulamada özellikle örgütlü suç muhakemesinde avukatların soyut kaçma ya da delil karartma gerekçesiyle tutuklanmaları, Avukatlık Kanunu güvencelerinin göz ardı edilmesi, müdafinin savunma faaliyetinin yargılamayı etkilemeye çalışma olarak nitelendirilerek tutuklama gerekçesi yapılması durumlarıyla karşılaşılmaktadır⁹⁸ ki böylesi olaylarda da kaçma ya da delil karartma tehlikesinin, belirli olgularla - somut dayanakla temellendiğinden bahsedilemez.

Netice itibarıyla, tutuklama nedenleri ile birlikte şüphe kavramının kullanılmasındansa tehlike kavramının, mukayeseli hukuktaki örnekleri gibi, kullanımını yerinde olacaktır. Keza somut olay bakımından ve belirli olgular çerçevesinde tutuklama nedeninin varlığının kabul edilmesi gerekir; Avusturya hukukundaki gibi bir ifade ediş tarzı uygun olabilir. Tehlike ve somut olay - belirli olgular çerçevesindeki bir değişiklik, teorik anlamının ötesinde uygulamacılara yönelik sembolik bir etkiyi de ihtiva edebilir kanaatindeyiz. Uygulamada kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi söz konusu değilken münferit hatalı uygulamaların ötesine geçer ve sistematik bir sorunu gösterir bir şekilde tutuklama kararlarının verilmesi, CMK sisteminde tutuklama nedenleri bakımından bir normatif vaziyetin bir de eylemli bir vaziyetin varlığından söz etmeye imkân tanımaktadır. Dolayısıyla CMK tutuklama nedenleri sistemi, nazari ve tatbiki yapısıyla adeta ikili bir yapı arz etmektedir.

C. Katalog Suç Düzenlemesinin Anayasa'ya ve Tutuklamanın Koruma Tedbiri Niteliğine Uygunluğunun Değerlendirilmesi

1. Sorunun İzahı

CMK m. 100/3 hükmünde katalog suç⁹⁹ düzenlemesine yer verilerek, katalog suçlarda tutuklama nedeninin var sayılabileceği düzenlenmiş olup katalog

⁹⁵ KANTAR, s. 115.

⁹⁶ GÖLCÜKLÜ, s. 22.

⁹⁷ CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 91.

⁹⁸ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 63 - 65.

⁹⁹ Alman hukukunda tutuklamada katalog suç düzenlemesine yer verilmesinin lehine ve aleyhine ileri sürülen argümanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAHRAMAN, s. 757 vd.

suç düzenlemesinin Anayasa'ya ve tutuklamanın koruma tedbiri niteliğine uygunluğu değerlendirmek gerekir.

Anayasa m. 19/3 hükmünde “*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla*” ifadesinden sonra ayrıca “*bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde*” ifadesine yer verilerek tutuklama nedenleri bakımından bir sınırlamaya gidilmemiştir¹⁰⁰. O halde Anayasa'nın lafzından şu sonuç çıkarılabilir: Bir neden, kaçma tehlikesi ile delil karartma tehlikesi gibi tutuklamayı zorunlu kılmaktaysa ve de kanunda ayrıca gösterilmişse bir tutuklama nedeni kabul edilebilir¹⁰¹. Dolayısıyla katalog suç düzenlemesinin anayasal dayanağı olarak da, Anayasa m. 19/3 hükmündeki “*bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde*” ibaresi kabul edilmektedir¹⁰².

Talas - Demir, tutuklama nedenlerinin varsayılmasına imkân tanıyan katalog suç düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindedir. Yazarlara göre, öncelikle katalog suç düzenlemesini, aksi ispat edilebilir bir kanuni karine olarak kabul etmek gerekir; ancak bu haliyle, eğer ispat yükü soruşturma makamlarında ise düzenleme anlamsızdır ve eğer ispat yükü isnat altındaki kişide ise bu halde de suçlu sayılmama hakkı bakımından sorun söz konusudur. Dahası, katalog suç düzenlemesi Anayasa m. 19/3 lafzına da aykırıdır. Çünkü katalog suç düzenlemesi ile yeni bir tutuklama nedeni ortaya çıkarılmamaktadır, katalog suçların mevcudiyeti durumunda tutuklama nedenlerinin ispatı bakımından bir ölçüt getirmektedir. Ancak bu halde Anayasa m. 13 lafzındaki nedene bağlı temel hak ve hürriyet kısıtlaması söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla katalog suç düzenlemesi, neden gösterme ve kanunilik yönlerinden Anayasa'ya aykırı olduğu gibi Anayasa m. 19/3 hükmündeki tutuklama nedenlerine dair sistemin de içeriğini boşaltmaktadır¹⁰³.

¹⁰⁰ Söz konusu üçüncü tutuklama nedeninin, 1961 Anayasasına ilişkin Temsilciler Meclisi müzakerelerinden hareketle “*memleketin emniyeti ve asayiş bakımından duyulan endişeye cevap verme amacına matuf*” olduğu ve fakat böylece bir amacın, ceza muhakemesinin amaçlarından olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. KUNTER, s. 669, Kn. 363.

¹⁰¹ Toroslu/Feyzioğlu da, Anayasa m. 19/3 gereğince tutuklamanın ancak ceza muhakemesi amaçları, maddi gerçeğin ortaya konulması ile kararların uygulanması bakımından zorunlu olan hallerde başvurulabilecek bir tedbir olduğu çıkarımında bulunmaktadır. TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 252.

¹⁰² İNCİ, s. 119 - 120. Ancak yazar, katalog suç düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatinde olsa da yasal karineler sisteminin AİHS m. 5 ile bağdaşmadığı ve Anayasa m. 90 gereğince de AİHS m. 5 kapsamında CMK m. 100/3 düzenlemesinin uygulanamayacağı kanaatindedir. Bu görüşe iştirak etmiyoruz; doğrudan doğruya katalog suç düzenlemesinin anayasal dayanağının olup olmadığını tartışmanın daha yerinde olduğu ve bu konuda metinde belirttiğimiz üzere sorun olduğu kanaatindeyiz.

¹⁰³ TALAS/DEMİR, s. 161 - 162.

Kunter'e ve takiben Yenisey - Nuhoğlu'na¹⁰⁴ göre ise, eğer Anayasa'da diğer haller bağlamında kabul edilmesi düşünülen bir neden, muhakeme ile ilgili ise, örneğin sanığın öldürülmesine mani olmak için tutuklamanın mümkün kılınması gibi, böylesi bir tutuklama nedeninin kabulüne engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte asayişin korunması, bulaş tehlikesine mani olunması ya da yeniden suç işlenmesinin önlenmesi gibi muhakeme ile ilgili olmayan bir neden tutuklama nedeni olarak kabul edilirse, bu halde Anayasa'ya uygun ve fakat muhakeme hukuku müessesesi olmayan bir tutuklama söz konusudur ve böylesi bir nedene dayalı tutuklamaya, tutuklama adının değil başkaca bir adın verilmesi gerekir.

Türk uygulamasında bugün ne yazık ki katalog suçun varlığı, adeta tutuklama zorunluluğu olarak anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Bununla birlikte Türk hukukunda¹⁰⁶ ve katalog suçlar bakımından bir tutuklama zorunluluğundan bahsedilemeyeceği, katalog suçlar bakımından ancak tutuklama nedenlerine ilişkin aksi ispat edilebilir bir kanuni karinenin¹⁰⁷ varlığından bahsedilebileceği görüşüne katılıyoruz¹⁰⁸. Zira aksi bir yorum yani tutuklama nedenlerinden bağımsız olarak katalog suçlarda tutuklamaya başvurulabileceği görüşü benimsenirse, kuvvetli suç şüphesinin ve katalog suç düzenlemesinin varlığı ve fakat hiçbir tutuklama nedeninin olmadığı

¹⁰⁴ KUNTER, s. 669 - 670, Kn. 363, dp. 389; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 384.

¹⁰⁵ CENTEL/ZAHER, s. 413; İNCİ, s. 124; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386; DÜLGER/TAŞKIN, s. 386, 391 - 392; Alman hukuku bakımından aynı eleştiri için KAHRAMAN, s. 761.

¹⁰⁶ CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 55. Keza AYM tarafından yine 1960'lı yıllarda zorunlu olarak tutuklamaya başvurulmasına dair hükümlerin iptal edildiği de görülmektedir. Karar örnekleri için bkz. TOSUN, s. 846 - 847.

¹⁰⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 257; DEMİR ODABAŞI, s. 213.

¹⁰⁸ KAHRAMAN, s. 770; İNCİ, s. 128; ÜNVER/HAHERİ, s. 951 - 952, 963 - 964. Ancak yazarların ve Centel - Zafer'in (bkz. s. 413) katalog suçların bulunması durumunda da yine tutuklama nedenlerinin tetkik edilmesi gerektiği görüşüne ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir. Zira katalog suçlar bakımından da aynı şekilde tutuklama nedeni araştırması yapılacaksa, bu halde katalog suç düzenlemesi ile oluşturulan farklılığın anlamı kalmayacaktır. Bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR/ALAN/ ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 475, dp. 120. Şahin/Göktürk'ün, katalog suçlarda da objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek ölçüde tutuklama nedenleri bakımından gerekçenin gösterilmesi gerektiği ve fakat bu gerekçenin katalog dışındaki suçlar kadar somut ve ayrıntılı olmasına gerek olmadığı görüşü de (ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 313) aynı şekilde sorunlu gözükmektedir. Zira objektif gözlemciyi ikna edecek düzeyde ve fakat somut ve ayrıntılı olmayan bir gerekçeyi tahayyül etmek güçtür. Bu çerçevede Buzadji kararı öncesi AİHM içtihadının da etkisiyle ilk tutuklama kararı bakımından katalog suç vasıtasıyla tutuklama nedeninin bulunduğu karinesinden hareket edilebileceği, sonraki tutuklamalar için ise ilgili tutuklama nedeninin somut biçimde ortaya konulması gerektiği savunulmaktaydı. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, "Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 125, Ocak 2015, s. 11 - 12. Bununla birlikte AİHM 2016 tarihli Buzadji v. Moldova kararında, başlangıçtaki tutuklama bakımından da yalnızca makul şüpheyi yeterli görmeyip bizim sistemimizde tutuklama nedeninin karşılığı olarak kabul edebileceğimiz kaçma, delil kartarma, yeniden suç işlenmesinin önlenmesi, kamu düzeninin bozulma tehlikesi gibi "*ilgili ve yerli gerekçelerin*" mevcudiyetini aramıştır. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 387 - 391, benzer yönde bkz. DÜLGER/TAŞKIN, s. 393.

bir durumda, tutuklamaya yine de başvurmak gerekecektir; bu durum ise zorunlu tutuklama anlamına gelir ki uygulama da bu yönde cereyan etmektedir¹⁰⁹, zorunlu tutuklama ise, Anayasa ve AİHS sistemi ile uyumsuzdur¹¹⁰.

Uygulamada katalog suçların bulunması durumunda tutuklama nedenlerinin ikame edildiği anlayışının bulunduğu da görülmektedir. Dahası en tipik örneği örgütle ilişkilendirme suçları bakımından söz konusu olan, katalogda yer almayan örgütün örgüt üyeliği ya da örgüte yardım veya örgüt propagandası suçlarından da TCK m. 220'nin katalogda yer alması gerekçesiyle tutuklama kararları verilebilmektedir¹¹¹. Yine uygulamada tutuklama kararlarında katalog suçlarda kuvvetli suç şüphesinin gösterilmesi bakımından da sorun mevcuttur. Esasen kuvvetli suç şüphesinin var olup olmadığı hususunda öteden beri Türk hukukunda sorunlar mevcuttur ve birçok olayda kuvvetli suç şüphesini temellendiren olgular bulunmamasına rağmen tutuklama kararı verildiği bir vakiydir¹¹². Her hâlükârda katalog suç isnadında da kuvvetli suç şüphesinin varlığı gerekir. Bununla birlikte kuvvetli suç şüphesinden sarfınazar edilerek ve hatta suç isnadına konu olacak bir vakıanın bulunmadığı hallerde¹¹³ tutuklamaya başvurulması ve hatta genel olarak tutuklama kararlarında ih-sas-ı rey gerekçesiyle özellikle kuvvetli suç şüphesinin gösterilmesinden imtina edilmesi sorunu, uygulamamızda mevcuttur¹¹⁴.

2. Anayasa Mahkemesinin Meseleye Yaklaşımı

Yukarıda izah edildiği üzere 1992 değişikliği öncesinde CMUK sisteminde *“Suç Devlet veya Hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa* (CMUK m. 104/1 - 3) şeklinde bir tutuklama nedeni mevcuttu. Bu tutuklama nedeninin, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallere dayanılarak Anayasa'ya uygunluğu savunulmaktaydı. Tutuklama

¹⁰⁹ CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 55, 56.

¹¹⁰ KATOĞLU, s. 22 - 23, 26; TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 31 - 33.

¹¹¹ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 33.

¹¹² CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 91.

¹¹³ *“Tutuklama kararı verilebilmesi için öncelikle isnat edilen fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Kamuoyuna yansıyan olayların bazılarında somut suç isnadı bakımından ciddi tereddütler vardır. Gazetecilerin yaptıkları röportajlar ve yine gazetecilerin kendi not defterlerinde saklı kalıp da kamuoyu ile paylaşmadıkları yazılı değerlendirmelerinden hareketle yapılan suçlamalar, henüz basılmamış bir kitap dolayısıyla yapılan muhakeme işlemleri ve yapılan suç isnatları, kamuoyuna yansımış çok sanıklı belli başlı davalar bakımından cezalandırılabilir teşebbüsün mevcudiyeti konusundaki ciddi tereddütler, bu koşulun bütün somut muhakemelerde gözetildiği hususunda soru işaretleri yaratmaktadır.* KATOĞLU, s. 26.

¹¹⁴ Katalog suçlarda ve genel olarak da kuvvetli suç şüphesi bakımından uygulama sorunları hakkında bkz. SEVDİREN, s. 132, 155, 157.

nedenleri bakımından 1961 ve 1982 Anayasalarının lafzı ise benzerdir. Zira 1961 Anayasa m. 30/1 hükmü “*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadiyle veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyle tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır*” biçimindedir.

Söz konusu tutuklama nedeninin, işlenen fiil nedeniyle tutuklamaya cevaz verdiğinden tutuklamayı bir muhakeme vasıtası olmaktan çıkararak bir cezalandırma aracına dönüştürdüğü eleştirisi haklı olarak ifade edilmekteydi¹¹⁵; keza anılan tutuklama nedeninin, demokratik hukuk devletindeki gereği de tartışmalı bulunmaktaydı¹¹⁶. AYM ise iptal taleplerini reddetmiştir¹¹⁷. Bununla birlikte “*bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde*” ifadesinin gerek Başkanın karşı oyunda gerekse de doktrinde Anayasa koyucu tarafından kanun koyucuya tutuklama nedenlerini genişletmek hususunda sınırlı bir yetki tanındığı, “*kaçma veya delil karartma tehlikesi sebeplerine benzeyen ve soruşturma ile ilgili sebeplerin*” yalnızca kanun koyucu tarafından tutuklama nedeni olarak kabul edilebileceği şeklinde anlaşıldığı görülmektedir¹¹⁸. Yine anılan karardaki karşı oylarda, 1992 değişikliği öncesinde CMUK’taki tutuklama nedenlerinin birçoğunun ceza muhakemesi amaçlarına yönelik olmadıklarının belirtildiği görülmektedir.

Ağır cezayı gerektiren cürümlerde kaçma karinesini kabul eden CMUK 104/2-1 hakkında ise AYM, 1963 tarihli kararında aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır.

“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında “Aşağıda yazılı hallerde maznun daima kaçacak sayılır.” dendikten sonra, bu hallerin neler olduğu ayrı, ayrı üç bentte gösterilmiştir. (1) numaralı bentteki “Tahkikatın mevzuu olan suçun ağır cezalı cürümlerden olması” hükmünün iptali istenmektedir.

¹¹⁵ GÖLCÜKLÜ, s. 33; TOSUN, s. 852.

¹¹⁶ YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 90; CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 53 - 57. Kunter, bu hallerde tutuklamaya başvurma zorunluluğunun bir şart olarak aranmaması nedeniyle Anayasa’ya aykırılık halinin mevcut olduğunu belirtirken ayrıca tutuklamanın devlet otoritesini göstermek ya da tutuklamanın halkı tatmin amacıyla kullanılmasının da tutuklama ile güdülen amaçlara aykırı olduğunu ifade etmekteydi. KUNTER, s. 676 - 677, Kn. 365. Zira tutuklama, ivedilikten doğan gereklilikle, bir başka ifade ile ise gecikmede tehlikenin zorunluluğu ile açıklanabilir. Bkz. YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 72.

¹¹⁷ AYM, E.1963/200, K.1963/110, 13.05.1963.

¹¹⁸ Tartışma hakkında bkz. EREM, s. 389 - 391.

Suçun ağır cezalı cürümlerden olması halinde sanığın daima kaçacak sayılmasını kapsayan bu hüküm bir tutuklama sebebi değildir. Bu hali kanun kaçmaya karine saymıştır. Bu karinenin aksinin de kabul olunabileceğini ve aksinin kabul edilmesinin tutuklamanın kişileşmesine yol açacağını ve bunun da kişi hüriyeti bakımından büyük bir tehlike teşkil edeceğini (Ceza Muhakemesi Hukuku) eserinin 420 nci sayfasında belirten Prof. Nurullah Kunter'in bu görüşü Mahkememizce de benimsenmektedir. Yukarıda da açıklandığı gibi, tutuklama mecburiyeti olmadığından ağır cezalı suçlarda sanığın her halde tutuklanacağı yolunda bir sonuca varılamaz. Bu sebeple sözü edilen hükmün Anayasa'nın 11., 14. ve 30 uncu maddelerine aykırı bir yönü yoktur”.

Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun, Anayasa m. 19/3 uyarınca kanun koyucuya tanınmış kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi haricinde bir tutuklama nedeni belirleme hususunda takdir yetkisini katalog suç düzenlemesini vazederek kullandığı kanaatindedir¹¹⁹. Katalog suç düzenlemesinin uygulanması bakımından ise AYM'nin kararlarında istikrarlı bir içtihattan bahsetmek mümkün olmasa da Buzadji öncesi AİHM içtihadının “genel olarak” takip edildiği belirtilmektedir¹²⁰. Zira Buzadji kararı öncesi ilk tutuklama bakımından AİHM tarafından ilgili ve yeterli gerekçenin ya da bir diğer ifade ile tutuklama nedeninin aranmayacağı ve fakat iç hukuk standartları uyarınca tutuklamanın hukukiliği bakımından bir denetimin yine de yapılacağı belirtilmekteydi¹²¹. Bu çerçevede AYM kararlarında çoğunlukla yalnızca katalog suçun yeterli görüldüğü kararlar mevcuttur. Dolayısıyla AYM kararları, Buzadji kararı sonrası AİHM içtihadı ile uyumsuzdur ve fakat aksi yönde yani somut olayda bir tutuklama nedeninin gösterilmesinin arandığı az sayıda AYM kararı da mevcuttur¹²².

3. AİHM'in Meseleye Yaklaşımı ve Alman Hukukunda Meseleye İlişkin Durum

AİHM, tutuklama zorunluluğunun AİHS'i ihlal edeceği ve katalog suç olsa dahi somut olayda bir tutuklama nedeninin bulunması gerektiği kanaatindedir; özellikle de Buzadji kararı ile birlikte ilk kez tutuklamaya hükmedilme anında da “ilgili ve yeterli gerekçenin” mevcut olması gerekeceği, tutukluluğun baş-

¹¹⁹ Örnek kararlar için bkz. DEMİR ODABAŞI, s. 214, dp. 1045.

¹²⁰ SEVDİREN, s. 148 vd.

¹²¹ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 25 - 26.

¹²² DEMİR ODABAŞI, s. 216 - 219.

langıcında da tıpkı sonraki tutuklama kararları gibi makul şüphenin yeterli olmayacağı kabul edilmiştir¹²³.

Alman hukukunda dStPO m. 112/3 hükmünde yer alan katalog suçlarda klasik tutuklama nedenleri olmasa dahi tutuklama imkânı mevcuttur; anılan düzenlemenin, 1935 yılında Alman hukukuna eklenen suçun ağırlığı ve toplumsal infiale neden olması tutuklama nedeni ile bağlantılı olduğu ifade edilmektedir¹²⁴. Gerçekten de Almanya’da katalog suçlarda tutuklama düzenlemesinin hazırlık çalışmalarında meselenin özellikle kamudaki infial bağlamında tartışıldığı görülmektedir¹²⁵.

Bu düzenleme, Alman doktrininde de geçmişten bugüne sert bir şekilde eleştirilmektedir ve maddenin Alman Anayasası’na uygunluğu tartışmalıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise klasik tutuklama nedenlerinin yine var olması gerektiği görüşündedir ve fakat kaçma ya da delil karartma tehlikesinin yoğunluğu daha düşük olabilir ve dStPO m. 112/2 hükmündeki gibi tutuklama nedenlerinin somut olgulara dayanarak ispatı gerekmez¹²⁶. Dolayısıyla Alman doktrininde katalog suçlarda tutuklama bakımından hâkim görüş, burada özel bir tutuklama nedeninin ve tutuklama zorunluluğunun söz konusu olmadığı, aksi ispat edilebilir bir kanuni karinenin bulunduğu¹²⁷, eğer somut olayda tutuklama nedeninin var olmadığı gösteriliyorsa tutuklamaya başvurulmaması gerektiği ancak tutuklama nedeninin de somut olarak belirtilmesine gerek olmadığı biçimindedir; bu izahat ise ilk tutuklama için söz konusu olup tutuklamanın devamı ve uzun tutukluluk bakımından ise somut olarak tutuklama nedeninin gösterilmesi gerekecektir¹²⁸.

¹²³ AİHM içtihadı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEVDİREN, s. 144 vd. özellikle 146 - 148.

¹²⁴ Alman hukukunda katalog suçlarda tutuklamanın tarihsel seyri için bkz. KAHRAMAN, s. 750 - 752.

¹²⁵ SEVDİREN, s. 136.

¹²⁶ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 30. Rn. 3; VOLK/ENGLÄNDER, § 10.10.

¹²⁷ Sevdiren, Alman hukukundaki katalog suç düzenlemesinin, aksi ispat edilebilir kanuni bir karineden ziyade hâkimin tutuklama nedenlerinin varlığını gerekçelendirmesini kolaylaştıran bir hüküm olarak nitelenebileceğini belirtmektedir. SEVDİREN, s. 140. Biz ise Alman hukukunda katalog suç düzenlemesinin anlaşılma biçiminin, aksi ispat edilebilir kanuni karine olarak nitelenmeye elverişli olduğu kanaatindeyiz. Zira katalog suçlarda da tutuklama nedeni bağlantısının kopmadığına ve fakat somut olarak tutuklama nedeninin gösterilmesine gerek olmadığı ve tutuklama nedeninin bulunmadığının gösterildiği durumda tutuklamaya başvurulamayacağı yönündeki kabul, katalog suçlarda tutuklama nedeninin katalog suç düzenlemesi nedeniyle var kabul edildiği ve fakat bu karinenin de aksinin ispat edilmesinin mümkün olduğu çıkarımını yapmamıza olanak tanımaktadır.

¹²⁸ KAHRAMAN, s. 752 - 757.

4. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Kişi hürriyetinin kesin hüküm olmaksızın tehdit edilmesine, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinden beri, bir ihtiyaç, bir zorunluluk neticesi olarak izin verilebilir^{129,130}. Tutuklamanın ilgasına karşı görüşlerin tutuklamanın ceza muhakemesine katkısı itibariyle kamusal faydasından bahsetmeleri, kişi hürriyetine yönelik ağır bir müdahalenin ancak kamusal bir menfaatin gerçekleştirilmesi zorunluluğu ile izah olunmaya çalışılması, tutuklamanın bir “*haksızlık*” olarak değil de “*zaruri bir haksızlık*” ya da “*zorunlu kötülük*”¹³¹ olarak nitelendirilmesi, tutuklamanın zorunluluk kavramıyla birlikte kavranabileceğini ve meşrulaştırılabileceğini bize işaret etmektedir¹³². Bu çerçevede Anayasa m. 19/3 sisteminin, kişi hürriyetinin kesin hüküm olmaksızın ancak zorunluluk durumunda tahdit edilebilmesi ilkesine uygun olduğu görülmektedir.

Bir koruma tedbiri olarak tutuklama, ancak adli amaçla, bu bağlamda da kaçma tehlikesi ile delil karartma tehlikesi nedeniyle ve bu sayılan tehlikelere mani olma amacıyla tatbik edilir¹³³. Bununla birlikte katalog suç düzenlemesinde ise maddi gerçeğin ortaya çıkması amacının tehlikeye düşmesinden bağımsız olarak tutuklamaya imkân tanımaktadır ve bu nedenle de Anayasa m. 19/3 hükmüyle uyumlu değildir¹³⁴. Keza katalog suça dayalı tutuklamayı, ceza muhakemesinin amaçları ile açıklamaya olanak bulunmamaktadır¹³⁵. Katalog suç

¹²⁹ GÖLCÜKLÜ, s. 5 - 6.

¹³⁰ Tutuklama zorunluluğu ile tutuklamada zorunluluk kavramlarını hangi anlamda kullandığımızı kısaca izah etmek, kelimelerin yakınlığı nedeniyle oluşabilecek bir yanlış anlaşılmanın önüne geçmek bakımından faydalı olacaktır. Tutuklama zorunluluğu, belirli hallerde tutuklama koruma tedbirine başvurma zorunlu olmasını yani kanunda gösterilen belirli hallerin mevcudiyeti tespit edilirse ayrıca muhakemenin yürüyüşü bakımından zorunlu olup olmadığı araştırılmaksızın tutuklamaya başvurulmasını anlamak gerekir. Tutuklamada zorunluluk ise tutuklama koruma tedbirine müracaat için kanunda öngörülen tüm şartların gerçekleştiği durumda, tutuklamaya ancak tutuklamanın muhakeme bakımından kesin olarak bir zorunluluk olması halinde başvurulabileceği anlaşılmalıdır. Dolayısıyla tutuklama zorunluluğu, kanunda öngörülen halin gerçekleşmesi ile tutuklamaya başvurma zorunluluğunu ifade eder. Tutuklamada zorunluluk ise tüm şartlar gerçekleşse dahi tutuklamaya ancak muhakemenin esenliği bakımından zorunluluk varsa başvurulabileceğini belirtir ki bu haliyle tutuklamanın ihtiyarılığı sisteminde hâkimin takdir yetkisini kullanırken ki değerlendirme kısıtlarından, ölçülülük ilkesinin görünüş biçimlerinden ve dahası tutuklamanın örtülü şartlarından biridir.

¹³¹ YÜCEL, s. 291.

¹³² Tutuklamanın lehine ve aleyhine olan görüşler ile tutuklamanın meşruluğu için zorunluluk kavramının kullanılması hakkında bkz. EREM, s. 382 - 385.

¹³³ SINAR, s. 82; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 255.

¹³⁴ DEMİR ODABAŞI, s. 214 - 215.

¹³⁵ KAHRAMAN, s.771. Her ne kadar katalog suç düzenlemesi yerinde bulmayan diğer görüşler için bkz. Türk hukukunda katalog suç düzenlemesinin ilgası hakkında bkz. CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 55; SEVDİREN, s. 160; TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 34; Alman hukukundaki

düzenlemesi ise tutuklamaya ancak zorunlu hallerde başvurulması ilkesi ile uyumsuzdur. Dahası Anayasa’da da ancak tutuklamaya başvurulmasını zorunlu kılan bir tutuklama nedeninin varlığı durumunda tutuklamaya cevaz verileceği düzenlendiğinden, katalog suç düzenlemesinde ise tutuklamaya başvurulmasını gerektiren bir zorunluluk olmadığından, tutuklamaya neden olan zorunlu hallerin varsayılması seçeneğinden de Anayasa’da bahsedilmediğinden¹³⁶, katalog suç düzenlemesinin Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatindeyiz¹³⁷.

Netice itibarıyla, katalog suç düzenlemesi Anayasa’ya aykırı olduğundan ilga edilmelidir. İlga ya da olası bir iptal kararına değin ise katalog suç düzenlemesinin, tutuklama zorunluluğu olarak anlaşılması, gerek Anayasa’ya gerek AİHS’e gerekse de ceza muhakemesi hukukuna aykırıdır. İlga ya da olası bir iptal kararına değin katalog suç düzenlemesinin uygulaması bakımından Alman yaklaşımı benimsenebilir. Yani katalog suçlarda özel bir tutuklama nedeninin ve tutuklama zorunluluğunun söz konusu olmadığı, aksi ispat edilebilir bir kanuni karinenin bulunduğu, eğer somut olayda tutuklama nedeninin var olmadığı gösteriliyorsa tutuklamaya başvurulmaması gerektiği ancak tutuklama nedeninin de somut olarak belirtilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir; bu izahat ise ilk tutuklama için söz konusu olup tutuklamanın devamı ve uzun tutukluluk bakımından ise somut olarak tutuklama nedeninin gösterilmesi gerekecektir.

IV. TUTUKLAMA NEDENLERİNDE ÖZELLİKLİ MESELELER VE OLASI TUTUKLAMA NEDENLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Suçlu Sayılmama Hakkı ve Şüphe Cezası Yasağı ile Tutuklama İlişkisi

1. Suçlu Sayılmama Hakkı ve Tutuklama İlişkisi

Suçlu sayılmama hakkı, Anayasa’nın 15. maddesinin 2. fıkrasında¹³⁸ hakların sert çekirdeği kataloğunda sayılmıştır; dolayısıyla suçlu sayılmama hakkı, ne olağan dönemde ne de istisnai hal rejimlerinde sınırlandırılabilir ya da kayıtlanabilir. Bu çerçevede suçlu sayılmama hakkını tanıyan bir sistemde tutuklamaya başvurulabilir mi sorusu bir ön mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçlu sayılmama hakkının tutuklamanın kategorik olarak reddiyesine sebebiyet ver-

katalog suç düzenlemesinin ilgası görüşü için bkz. KAHRAMAN, s. 775; Aksi yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 258.

¹³⁶ CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 55.

¹³⁷ Aynı yönde TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 30.

¹³⁸ “Birinci fıkrafta belirlenen durumlarda da, ... suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”.

meyeceği, suçlu sayılmama hakkının isnat altındaki kişinin yargılanmadan suçlu ve suçluluğu ispat edilmeden cezalandırılmayacağı ve suçlu muamelesi göremeyeceği anlamına geldiği ve fakat isnat altındaki kişinin dokunulmazlığı, isnat altındaki kişiye herhangi bir tedbir uygulanmaması anlamına gelmediği görüşüne¹³⁹ iştirak ediyoruz. Dolayısıyla suçlu sayılmama hakkı gereğince suçluluğu kesin hükümle ispatlanmamış kişiye önceden hapis cezasına eşdeğer bir tedbirin uygulanması olanak dışıdır; ancak somut dayanak noktaları temelinde kuvvetli şüphe halinde suçlu sayılmama hakkı tutuklamaya mani olmayacaktır¹⁴⁰. Bununla birlikte uygulamada fiili karinelere dayanarak, basın ve kamuoyunun baskısıyla¹⁴¹ ya da şüphelinin veya sanığın önceki sicili temelinde tutuklama kararı verilmesi de suçlu sayılmama hakkını ihlal edecektir¹⁴².

Tutuklunun ilerde beraat etme ihtimali, mahkûmiyet durumunda mahsup, beraat durumunda ise tazminat olanağı, tutukluların maruz kaldığı rejimin kural olarak¹⁴³ hükümlülere göre hafif olması, doktrinde tutuklular bakımından “*suçlu - masum*” kategorileri çerçevesinde ayırım yapılmasına dair görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuş görünmektedir¹⁴⁴. Bununla birlikte tutuklama nedenlerinin hukuken ya da fiilen genişletilip değiştirilerek uygulanması, yalnızca “*masum şüpheli ya da sanık*” bakımından değil ileride kesin hükümle mahkûm edilen “*geleceğin suçlusu şüpheli ya da sanık*” bakımından da sorunludur. Zira gelecekte hüküm giyecek suçlu tutuklu bakımından, ileride mahsup olanağının söz konusu olması ve tutukluluk rejiminin daha yumuşak olması, bir kişinin adeta ön ceza olarak hürriyetinden mahrum bırakıldığı gerçeğini değiştirmez ve yumuşak bir rejimle dahi olsun kişi özgürlüğü ihlal edilemez, gelecekteki kesin hüküm de, mahsup olanağının varlığına karşın, geçmişteki kişi özgürlüğü ihlali ni bertaraf edemez¹⁴⁵.

¹³⁹ GÖLCÜKLÜ, s. 16 - 18; ERGÜNE, Elif, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı*, İstanbul, 2024, s. 236, 242, 243 - 244.

¹⁴⁰ KK-StPO/GRAF, vor § 112 Rn. 8.

¹⁴¹ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 74 - 75.

¹⁴² İNCİ, s. 43.

¹⁴³ Doğrudan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına ayrılanlar bakımından karşılaştırma kıstasları çerçevesinde maruz kalınan rejimin tutuklulara nazaran daha hafif olduğu da savunulabilir; bu çerçevede kural olarak ifadesini kullandık.

¹⁴⁴ Bkz. TANER, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 132; EREM, s. 384; CENTEL, *Tutuklama ve Yakalama*, s. 8.

¹⁴⁵ Benzer yönde KAHRAMAN, s. 772.

2. Şüphe Cezası Yasağı ve Tutuklama

Şüphe, şüphelinin cezalandırılan biçimde davranmış olabileceğine dair betimleyici ifadedir¹⁴⁶. “*Şüphe Cezası (Verdachtsstrafe)*” ise, cezanın kanıtlanmış bir davranış nedeniyle değil de bilakis belirli bir davranışın şüphesi nedeniyle tatbik edilmesi anlamına gelmektedir¹⁴⁷. Schaffstein, şüphe cezasının kökeninin Engizisyona dayandığını, şekli delil sisteminin sonucu olarak ve itirafın elde edilemediği, işkencenin caiz olmadığı hallere yönelik bir çözüm olarak ortaya çıktığını ifade ederken şüphe cezasının ortadan kalkmasını iki temel nedene dayandırmaktadır: Birincisi, doğa bilimlerindeki gelişmeler ile birlikte bir suç sürecinin yeniden canlandırmak ve gerçek faili tespit etmek kolaylaşmıştır; dolayısıyla birinci sebep olarak teknik gelişme ile şüpheyi ortadan kaldırma olanaklarımızın gelişmesini gösterebiliriz. İkinci sebep ise teokratik devlet ve ceza hukuku sistemi anlayışının terk edilerek devlet sisteminde ve hukuk sisteminde ve dolayısıyla da ceza hukuku sisteminde laikleşmedir. Zira geçmişte suçlunun cezalandırılmamasının Tanrı’nın gazabını doğuracağı ve dolayısıyla cezalandırılmayan suçlu nedeniyle savaş, veba, kıtlık gibi cezalarla toplumun tamamının cezalandırılacağı kabul edilmekteydi. Böylesi bir kabulde ise işkence ve şüphe cezası, masumların cezalandırılmasının kötülüğü ile suçluların cezasız kalması durumunda toplumun karşılaşabileceği kötülükler biçimindeki dilem-mada bir tür denge aracıydı. Aydınlanma düşüncesiyle birlikte ise işkencenin yavaş yavaş ortadan kalkması, şüphe cezasının önemini artırmıştır; zira o güne değin işkence ile itirafın elde edilmesi nedeniyle nispeten önemsiz bu kurum, işkencenin ortadan kalkması ve fakat şekli delil kuralları sisteminin korunması nedeniyle önem kazanmıştır. Son olarak Aydınlanma ile birlikte önleyicilik düşüncesinin yükselişe geçmesi de şüphe cezasının önemini artırmıştır. Zira şekli delil sistemine göre her ne kadar sanık suçlu bulunmasa da yargıcın kanaatine göre sanık suçlu görünebilir ve böylesi bir kişinin başkaca suçları işlemesi yüksek ihtimal olarak addedilebilirdi. İşte tam da bu aşamada şüphe cezası, bir güvenlik tedbiri işlevi görmektedir. Öyle ki yazar iki izli ceza hukuku sisteminin ve güvenlik tedbirlerinin kökenlerinden birinin de şüphe cezası kavramı olduğunu iddia etmektedir¹⁴⁸.

¹⁴⁶ GRÄBENER, Niklas, *Zweifelssatz und Verbandsstrafe*, Berlin, 2019, s. 120.

¹⁴⁷ FRISTER, Helmut, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin, 1988, s. 69.

¹⁴⁸ SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts”, *Zeitschrift für gesamte Strafrechts Wissenschaft*, 101/3, 1989, s. 493 - 496, 504. Ayrıca bkz. GRÄBENER, s. 120 - 121 ve dp. 485.

Şüphe cezası yasağı, maddi ceza hukukundaki kusur ilkesinin usul hukukundaki görünümüdür ve kusur ilkesi örneğin Almanya’da Anayasada güvence altına alındığından şüphe cezası yasağı da Alman Anayasasında güvence altına alındığı kabul edilmektedir¹⁴⁹. İsnat edilebilirliğin söz konusu olmadığı şüphe durumunda bir kişiye ceza uygulamak, kusur ilkesi bakımından kabul edilemez; zira şüphe altında olmak ne kişi bakımından hesaplanabilir ne de cezayı hak eden bir durumdur¹⁵⁰. Dolayısıyla *in dubio pro reo* kuralı, kusur ilkesinin muhakeme hukukundaki görünümüdür; şüphe cezası yasağı ise şüphe durumunda beraat edilmesi gerektiğini gösterir ve böylelikle şüphe cezası yasağı, kusur ilkesinin sonucudur¹⁵¹. Keza şüpheli, sırf şüphe nedeniyle cezanın sosyal - etik kınama yargısına muhatap olamaz, şüpheli bakımından özel bir katlanma yükümlülüğünden¹⁵² de, suçlu sayılmama hakkı gereğince, söz edilemez; zira şüphe cezasında da doğrudan belirli bir davranış ile bağlantılı olmaksızın bireye suçlama yöneltilmesi söz konusu olduğundan şüphelinin cezalandırılması, masum bir kişinin cezalandırılmasından yapısal olarak farklı değildir¹⁵³. Netice itibarıyla, “*A, muhtemelen haksız şekilde davranmıştır ve bu ihtimal nedeniyle bir kötülüğe muhatap olacaktır*”, önermesi şüphe cezasını belirtir; bununla birlikte “*karar anında A’ya karşı yalnızca bir suç şüphesi mevcutsa ya da ispat muhakemesinin sonunda A tarafından bir suçun işlendiği şüphesi mevcutsa, A beraat etmelidir, A’ya karşı cezalandırmanın şartları gerçekleşmemiştir, A’ya karşı bir ceza mahkûmiyeti kurulamaz*”¹⁵⁴.

Türkiye’deki tutuklamaya dair sorunu anlamlandıran bir kavram olarak şüphe cezası kavramından, elbette ki pejoratif anlamda bu kavramı kullanarak yani bu kavramdan anlamlandırılmayan ve fakat hem *de lege lata* hem de *de lege ferenda* aykırı olan uygulamayı tasvir etmek amacıyla, yararlanabiliriz:

¹⁴⁹ FRISTER, s. 77 - 78.

¹⁵⁰ FRISTER, s. 78.

¹⁵¹ GRÄBENER, s. 131 - 132.

¹⁵² Dolayısıyla takip eden fıkirlere katılmamaktayız: “*Buna karşılık tali ceza muhakemelerinde verilen kararlarda serbest ispat kuralları geçerlidir. Serbest ispatta bir hususun % 100 ispat edilmesi gerekli olmayıp şüphenin ortaya konulması yeterlidir. Bu nedenle gerek tutuklama kararında, gerekse arama, iletişimin denetlenmesi ve hatta hâkimin reddi kararlarında şüphenin ortaya konması, mesela hâkimin taraf tutma ihtimalinin belirtilmesi yeterlidir. Hâkim % 100 doğruluktan ziyade, kaçma şüphesinin veya delil karartma şüphesinin hayat tecrübesine göre somut deliller karşısında mevcut bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme yapmakla yetinir*”. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Görüşler, s. 14.

¹⁵³ GRÄBENER, s. 125 - 127.

¹⁵⁴ GRÄBENER, s. 126, 131.

Politik davalardaki “*izah edilemeyen*” tutuklama kararları, şüphe cezası ile anlamlandırılabilir. Zira aleyhindeki yayınlarla suçlu sayılmama ilkesi zaten zedelenmiş olan, uzun tutukluluk süresiyle esasen hakkındaki şüphenin yenilmediği bir dönemde tutuklama vasıtasıyla ön cezaya ya da peşin olarak cezaya tabi tutulan politik suçlunun durumu, yalnızca hakkındaki şüphe nedeniyle, kesin ispat aranmaksızın ve cezasızlığın tehlikelerinin önüne geçme amacıyla cezalandırılan şüphe cezası muhatabıyla benzerdir. Keza soruşturma evresinde koşulları oluşmamasına rağmen verilen ve gereksiz - hukuka aykırı şekilde uzatılan tutuklama kararlarına, iddianamenin düzenlenmesinin ardından duruşmanın ilk celsesinde son verilmesi vakıaları ile sıklıkla karşılaşılmaktadır¹⁵⁵. Bu çerçevede ölümlü trafik kazalarındaki “*otomatik tutuklama*” + “*iddianame ya da sorgu ile serbest bırakma*” şablonu, şüphe cezası ile izah edilebilir. Zira cezai hükmün anlamsızlaşması, tutuklamanın bir şüphe cezası formu olarak kullanılmasına neden olmaktadır. Çünkü infaz hukuku düzenlemeleri vasıtasıyla hükmedilen cezanın pek az kısmı doğrudan infaz edilecek ölümlü trafik kazası faili bakımından iddianameye ya da sorguya kadar tutuklamaya maruz bırakma, hükümden sonra bilfiil infaz kurumunda infaz edilemeyecek cezanın önden çektilmesi anlamına gelmektedir ve fakat şüpheli ya da sanığın bu şekilde tutuklama vasıtasıyla ön cezaya muhatap kılınmasının da şüphe cezasına benzer bir vaziyet olduğu kanısındayız. Kesin ispatın gerçekleşmediği, özellikle işkence ile itiraftan elde edilemediği hallerde şüphe cezasının uygulanması ile infazın bilfiil infaz kurumunda gerçekleşmeyeceği bilgisiyle ve henüz kesin ispat yok iken kendinden menkul bir adalet anlayışının sonucu olarak şüpheli ya da sanığın tutuklanarak peşin olarak cezalandırılması, birbirlerine eşdeğer görülebilir.

Netice itibariyle şüphe cezası da şüphe cezası işlevi ile tutuklama da kabul edilemez. Gölcüklü’nün sözleriyle bu bahsi kapatabiliriz:

“Suçluluk delillerinin yetersizliği sebebiyle kovuşturma yahut mahkûmiyeti aşağı yukarı şüpheli gören veya sanığın suçluluğuna her nedense kanaat getiren yargıç sırf kendisine bir ders vermiş olmak için sanığı tevkiye kalkışır, şüphesiz yetkiyi kötüye kullanmış, ‘tevkifin kanuniliği’ prensibini çiğnemiş olacaktır. Bunu sırf bir ‘ihtimal’ olarak kaydediyoruz. Böyle bir zihniyetin seçkin yargıçlar nezdinde asla kredi bulmayacağına, şahsen, inanıyoruz”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 47, 69.

¹⁵⁶ GÖLCÜKLÜ, s. 34.

B. Tutuklamanın Toplumsal Sorunlarda İletişimsel Amaçla - Sembolik Ceza Hukuku Faaliyeti Olarak Kullanımı

Kadına, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele ve Milli Eğitim Bakanlığı ile bağlantılı personele karşı kasten yaralamanın katalog suçlara dâhil edilmesi (CMK m. 100/3 - i, j ve k) örneğinde somutlaştığı üzere, CMK yürürlüğe girdikten sonra tutuklama nedenleri genişletilmese de tutuklama nedenlerinin var sayılabileceği katalog suçların sayısının arttığı görülmektedir. Terörle mücadele ve toplantı / gösteri yürüyüşleri bağlamında propaganda yapılmasının ya da sembol kullanımlarının (CMK m. 100/3 - g ve h) kataloğa dâhil edilmesi de dikkat çekicidir. Keza vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar bağlamında tutuklama yasağının kapsamının 6352 sayılı Kanun ile değişik CMK m. 100/4 uyarınca daraltılması söz konusudur.

Doktrinde özellikle toplumsal olaylara tepki mahiyetinde tutuklama tedbirinde yer alan katalogun genişlemesi, kanun koyucunun tutuklamayı bir tedbir olarak değil bilakis bir ön cezalandırma vasıtası olarak gördüğünün kanıtı olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁷. Keza tutuklamaya ilişkin yapılan değişikliklerle tutuklama yasağının alanının daraltılması ve katalog suçlarının kapsamının genişletilmesi, doktrinde “*Panik Mevzuat*” etiketi ile karşılanmaktadır¹⁵⁸.

Kanaatimizce toplumsal olaylara tepki mahiyetinde tutuklamada gerçekleştirilen değişiklikler, “*Sembolik Ceza Hukuku (Symbolisches Strafrecht)*” örneği olarak tavsif edilebilir. Sembolik ceza hukuku normlarının fiilen uygulanabilirlikleri sınırlıdır ve fakat kanun koyucu toplumun güvenlik beklentilerini karşılamak adına harekete geçtiğini gösterebilmek için böylesi normları ihdas eder; sembolik ceza hukuku normları bakımından önemli olan husus fiilen uygulanmaları değil kanun koyucu tarafından topluma verilen mesajdır yani normun iletişimsel anlamıdır¹⁵⁹. Bu çerçevede tutuklamanın iletişimsel amaçlarla kullanılması bakımından temsil edici bir örnek olarak şarkıcı Nadja Benaissa olayından bahsedilebilir. Almanya’da Benaissa, bir barda vereceği konserin hemen öncesinde kamuoyuna teşhir edilerek tutuklanır. Savcılık tarafından anılan şarkıcının HIV taşıyıcısı olmasına rağmen korumasız biçimde birden fazla kişiyle cinsel ilişkiye girdiği, bir kişiye muhtemelen HIV bulaştırdığı açıklanır. Benaissa dStPO m. 112a gereğince aynı türden başka ağır suçları tekrar tehlikesi tutuklama nedenine bağlı olarak tutuklanmıştır. Benaissa olayında savcılığın basın

¹⁵⁷ DÜLGER/TAŞKIN, s. 391.

¹⁵⁸ TALAS/DEMİR, s. 159.

¹⁵⁹ YETKİN, Hazırlık Hareketleri, s. 46 vd. ve özellikle 47 - 48, dp. 129.

açıklamasının ve kamuoyuna teşhir suretiyle tatbik edilen tutuklamanın, şarkıcının aşağılanması ve suçlu olarak damgalanmasına sebebiyet verdiği ve bu haliyle de tatbik edilen tutuklama işleminin tutuklamanın amaçları ile bağdaşmadığı, cezalandırma amaçlı uygulandığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁶⁰. Benaissa olayı, suçlu sayılmama hakkının ihlali bakımından öne çıkan bir örnektir. Bununla birlikte tutuklamanın uygulamada iletişimsel anlamıyla kullanılmasına dair de Benaissa olayı zikredilebilir.

Tutuklamanın iletişimsel anlamıyla kullanılması hususunda uygulama ve kanun koyuculuk faaliyeti çerçevesinde ikili bir ayrım yapabiliriz. Öncelikle meseleyi uygulama yönünde ele aldığımızda, uygulamada tutuklama iletişimsel anlamıyla kullanıldığında adli makamlar, tutuklamadan soruşturmanın önemli delillere dayandığını ve soruşturma muhatabının olası suçluluğunu topluma göstermek için yararlanmaktadır. Toplum nezdinde tutuksuz yargılamanın be-
raat etmek, tutuklu yargılamanın ise suçluluk belirtisi olarak algılanması, uygulamada tutuklamanın iletişimsel anlamıyla kullanımını beslemektedir. Uygulamada tutuklamanın iletişimsel anlamda kullanılması ise meşru bir tutma amacı değildir. O halde uygulamada tutuklamanın iletişimsel amaçla kullanılarak bir kişinin tutuklanması, tutuklamada vaki tutmanın amacına, suçlu sayılmama ilkesine ve şüphe cezası yasağına aykırı görünmektedir. Bilhassa basına sızdırılan bilgilerin peşi sıra ve yine özellikle sosyal medya kampanyası akabinde bir kişinin tutuklanması durumlarında, tutuklamanın iletişimsel anlamda meşru olmayan bir biçimde tatbik edildiğinden bahsedilebilir.

Tutuklamanın iletişimsel anlamıyla kanun koyuculuk tarafından kullanılması ise doğrudan sembolik kanun koyuculuk faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Bu halde toplumsal bir sorun mevcuttur ve kanun koyucu bu toplumsal soruna karşı hareket geçtiğini göstermenin yolu olarak tutuklama kurumunda yapılan yasal değişiklikler yapmaktadır. Kadına karşı, sağlık mesleği mensuplarına ya da öğretmenlere yönelik şiddet sorunu çerçevesinde toplumdaki şiddet sarmalına çözüm üretmeye çalışmak yerine ilk elden ve kolayca tutuklama kataloğunda değişiklik yapılarak adı geçen şiddet türlerine karşı harekete geçildiğine yönelik toplumla iletişim kurmak, tutuklamanın sembolik kanun koyuculuk faaliyeti olarak kullanılmasının tipik örneğidir. Tutuklamanın bu şekilde toplumla iletişimin bir aracı olarak kullanılması da pek tabiidir ki tutuklamada vaki tutma bakımından meşru değildir.

¹⁶⁰ Olay hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. ERGÜNE, s. 241, 339 - 341.

Tutuklamanın kanun koyucu tarafından sembolik amaçla kullanımı ile örneğin sosyal medyada yapılan tutuklama çağrılarını kampanyaları arasında ve dahası soruşturma makamlarınca da tutuklamanın somut bir soruşturmada iletişimsel anlamıyla kullanılması arasında bağlantı olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla tutuklamanın iletişimsel anlamıyla kullanılması sorunu bakımından kanun koyucuda, soruşturma makamlarında ve toplumda benzer ölçüde bir yaklaşım problemi olduğunu ifade etmek gerekir.

C. Suçun Ağırlığı ya da Hafifliği ile Tutuklama İlişkisi ve Meşru Olmayan Bir Tutuklama Nedeni Olarak Suçun Toplumsal İnfiale Neden Olması

1. Meşru Olmayan Bir Tutuklama Nedeni Olarak Toplumsal İnfiale Neden Olma

Ağır suç isnadı, başlı başına failin tehlikeliliğine işaret etmez ve dahası tutuklama nedenlerinin aranmamasını da gerektirmez. Ağır suç isnadı hallerinde tutuklama nedenlerinin belirli olgularla ispata gerek duyulmaksızın düşük yoğunlukla aranması ise ispat yükünün tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir ve esasen ceza muhakemesinin korunması amacından ziyade halkın infialini önlemek gerçek neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki suçun ağırlığı temelli tutuklama nedeni bakımından motto şu şekildedir: “*katiller serbestçe etrafta dolanıyor (Mörder laufen frei herum)*”¹⁶¹.

Toplumsal infialin tutuklama nedeni olması hususunda, hukuk düşüncesi bakımından daha geri durumdaki ve cezai mahkûmiyete dayalı tutma ile tutuklamaya dayalı tutma arasındaki farkın gelişmediği toplumlarda, isnat altındaki kişinin tutuklanmamasının kamuoyunda rahatsızlık meydana getirdiği ve bu ahval altında bilhassa ahlaka karşı suçlar alanında kimi durumlarda tutuklamaya başvurma, isnat altındaki kişinin suç mağduru olmasını önlemeye de hizmet edebileceği ifade edilmektedir¹⁶². Bu çerçevede böylesi bir tutuklamanın “*Himaye Tevkifi*” olarak adlandırıldığını belirtelim ve fakat aynı zamanda şu hususu da Erem’den aynen aktaralım: “*Hürriyet rejimlerinde tevkif etmek suretile himaye değil, serbesti içinde himaye esastır*”¹⁶³.

¹⁶¹ VOLK/ENGLÄNDER, § 10. 10.

¹⁶² GÖKALP, s. 450.

¹⁶³ EREM, s. 392.

Halkın heyecanı ve tepkisi her zaman haklı olmadığı gibi çeşitli amaçlarla tahrik edilmiş de olabilir¹⁶⁴. Dahası suçun toplumsal infiale neden olmasının bir tutuklama nedeni olarak kabul edilmesi, tutuklama nedenlerine belirsizliği - keyfiliği enjekte etmek anlamına gelecektir. Gölcüklü'nün bu husustaki görüşlerine tam olarak iştirak etmekteyiz:

“Her suç umum üzerinde bir heyecan ve infial yarattığına göre kontrolü ve tespiti hemen hemen imkânsız ve neyi ifade ettiği pek bilinmeyen ‘amme galeyani’ gerekçesiyle yargıca tevkif yetkisi tanımak bu olağanüstü tedbirin hudutlarını namütenahi genişletmek olacaktır. Bu manada bir tevkif sebebinin kabulü haline yargıç istediği sanığı istediği gibi tevkif edebilecektir. Kaldı ki ‘tevkifin kanuniliği’ monark iradesi yerine yargıç iradesinin ikamesi demek de değildir. Tevkifin ihtiyaçlara uydurulabilmesi için yargıca içinde serbestçe hareket edebileceği bir takdir sahası bırakmak her ne kadar zaruri ise de kanunun vazifesi bu alanı tehlikeli bir şekilde genişletmek değil, bilakis imkân nispetinde daraltmaktır¹⁶⁵”.

Tutuklamanın infiale mani olma amacıyla tatbik edilmesine engel olma amacıyla ağır suçlarda tutuklama nedeninin var kabul edilebileceği önerisi geçmişte Gölcüklü ve Erman gibi önemli yazarlarca dile getirilmiştir. Öyle ki Gölcüklü'ye göre böylesi bir uygulama tutuklamanın tedbir mahiyetine aykırıdır, bir nevi cezadır ve fakat toplumsal infiale dayalı tutuklama nedeninin sisteme entegre edilerek tutuklamanın keyfiliği ile karşılaşmaktansa böylesi bir çözüm evladır, yazarın ifadesi ile *“tabir caizse mevcut iki şer ‘den ehvenini seçmek münasip olacaktır¹⁶⁶”*. Hemen belirtelim ki ehveni şer, şerlerin en fenasıdır. Dolayısıyla anılan görüşe iştirak etmiyoruz.

Adalet Bakanlığı'nın 1955 yılındaki tasarısında suçun ağırlığı ve suçun kamuoyunda yarattığı heyecanın etkisi ile sanığın serbest kalmasına dayanılmaz ise bu halin de bir tutuklama nedeni olarak düzenlenmesi öngörülüyordu; ancak tutuklama kurumunun amacına aykırı, kötüye kullanılmaya açık ve Almanya'da Nasyonal Sosyalist dönemde uygulanan “kamunun heyecanı” tutuklama nedenine benzer bu hal eleştirilmekteydi¹⁶⁷. Bugün de doktrinde benzer gerekçelerle toplumsal infiale dayalı tutuklama nedeninin eleştirildiği görül-

¹⁶⁴ EREM, s. 392.

¹⁶⁵ GÖLCÜKLÜ, s. 31. Alıntındaki koyu renk vurgu, tarafımıza aittir.

¹⁶⁶ GÖLCÜKLÜ, s. 31 - 32.

¹⁶⁷ CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 65 - 66.

mehtir¹⁶⁸. Bununla birlikte 1992 değışiklikleri ile birlikte kabahatler bakımından toplumda infiale neden olma bir tutuklama nedeni olarak kabul edilmişti. CMK Tasarısında da 119. maddede 5. ve 6. bentte toplumsal infiale dayalı tutuklama nedenleri öngörölmüşü. Şu ana değin yaptığımız izahat karşısında toplumsal infiale dayalı tutuklama nedenine taraftar değiliz ve böylesi bir tutuklama nedeni tutuklamanın amaçlarına aykırıdır.

Suçun toplumda infiale neden olmasına dayalı tutuklama nedeni, bugün örölü bir biçimde uygulanıyor denilebilir mi sorusunun cevaplanması gerektiğı kanaatindeyiz. TBB, bugünden 15 yıl öncesindeki durumu ifade ederken uygulamada sıklıkla “*halkın adalet hislerini tatmin*” amacıyla tutuklamaya başvurulduğundan ve de dahası, peşin ceza olarak uygulanmış tutuklama ile çelişmek adına lehe hükümlerin uygulanmayarak hapis cezalarına hükmedildiğinden bahsetmekteydi¹⁶⁹. Bilhassa sosyal medyada tecessüm eden toplum baskısı nedeniyle Türkiye’de tutuklama kararlarının verilmesi vakıaları ile karşılaşıldığı gibi katalog suç kapsamının genişletilmesi ya da tutuklama yasağı kapsamının daraltılması gibi semptomlarla da karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla tutuklamanın iletişimsel işleviyle kullanılması ile toplumsal infiale dayalı tutuklama nedeni arasında yakın bir bağlantı söz konusudur. Keza yukarıda belirtildiğı üzere, Türkiye’de tutuklama nedenleri bakımından kabul edilen sistemi yalnızca normatif düzlem üzerinden anlamak olanak dışıdır. Zira bugünkü sistemde her ne kadar kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi ile tutuklama nedenleri sınırlanmış olmasına karşın esasen anılan tutuklama nedenlerinin gerçekleşmediğı hallerde tutuklamaya başvurulmasındaki en önemli sebeplerden biri, isnat edilen suçun toplumsal infiale neden olmasıdır. Dolayısıyla toplumsal infiale dayalı tutuklama nedeni sistemimizde *de jure* mevcut değildir ve fakat sistemimizde *de facto* ve hukuka aykırı olarak tatbik edilmektedir.

2. Hafif Suçların Tutuklama Nedenleri Bakımından Değerlendirilmesi

Ağır suçlarda doğrudan ya da katalog suç düzenlemesi vasıtasıyla tutuklama nedenlerinden bağımsız bir şekilde tutuklamaya başvurulması sorununun karşıt tarafında ise hafif suçlarda ya da bir başka deyişle yaptırım normu yüksek bir ceza içermeyen ve/veya infaz hukuku gereğince günlük dile yerleştiğı biçimde “*yatarı olmayan*”¹⁷⁰ suçlarda tutuklamaya başvurulup başvurulamayacağı

¹⁶⁸ DEMİR ODABAŞI, s. 239 - 241.

¹⁶⁹ TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 34.

¹⁷⁰ Bununla birlikte belirtelim ki 7550 sayılı Kanunun 13. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun “Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Cezanın İnfazı” başlıklı

meselesi yer almaktadır. İlk olarak ifade edelim ki hafif suçlarda tutuklama nedenlerinin ayrıca belirtilmesi gibi bir sisteme, söz gelimi CMUK ve bugünkü Alman hukuku gibi, taraftar değiliz; bu çerçevede tutuklama nedenleri bakımından hafif suç - ağır suç ayırımına gitmeyen CMK sistemi yerindedir. Tutuklama nedenleri, tutuklamanın koruma tedbiri vasfını belirlediğinden gerek ağır suçlarda gerek ise hafif suçlarda tutuklama nedenleri aynı ve ceza muhakemesinin amaçları ile uyumlu olmalıdır. Hafif suçlarda ölçülülük ilkesi gereğince tutuklamaya başvurulmasının zorlaştırılmasına dair düzenlemeler yapılabilir, örneğin tutuklama yasakları öngörülebilir. Bununla birlikte tutuklama yasağı dışında kalan bir hafif suçta tutuklamaya başvurulması değerlendirildiğinde ölçülülük ilkesi uyarınca bir inceleme yapmadan evvel tutuklama nedeninin var olup olmadığı tetkik edilmelidir. Tutuklama nedeni yoksa hafif suçlarda da tutuklama nedeni yapılamaz ve bu halde tutuklama nedenine başvurulamamasının sebebi, ölçülülük ilkesinden ziyade bir tutuklama nedeninin somut olayda gerçekleşmemesidir. Bu inceleme yönteminin ne yazık ki Türkiye'deki tutuklama tartışmalarında ihmal edildiği görülmektedir ancak hafif suçlarda ya da herhangi bir suçta tutuklamaya başvurulup başvurulmayacağının doğru inceleme yöntemi bahsettiğimiz şekildedir. Netice itibarıyla hafif suçlarda da tutuklamaya başvurulabilmesi için tutuklama nedenlerinin gerçekleşmesi gerekir, hafif suçlarda tutuklamanın alanını daraltan düzenlemeler yapılabilir ve fakat suçun ağırlığına ya da hafifliğine göre tutuklama nedenlerinin farklılaştırılması, tutuklamanın koruma tedbiri vasfı ile bağdaşmamaktadır.

Tutuklamanın objektif bir şekilde suçun hafif niteliği ya da cezanın hafifliği nedeniyle sınırlanması, tutuklamanın kişi özgürlüğü bakımından doğurduğu ağır sonuçlar ve hâkimlerin tutuklamaya kolaylıkla başvurmalarının ancak bu şekilde engellenebileceği düşüncesiyle desteklenmektedir¹⁷¹. CMK m. 100/1, c. son *“İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez”* biçiminde olduğundan, *“verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri”* ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınacak hususlardan biridir. Kanaatimizce *“verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri”* ölçütünün madde metninden çıkartılması uygun olur. Zira ölçülülük değerlendirmesinde bu husus da dikkate alınabilirse de bu kıstas, tutuklamanın bir ön

105/A maddesinin birinci fıkrasına son cümle olarak takip eden cümle eklenmiştir: *“Hükümlünün bu infaz usulünden yararlanabilmesi için beş günden az olmamak üzere koşullu salıverilme tarihine kadar ceza infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin en az onda birini ceza infaz kurumunda geçirmiş olması gerekir”*. Dolayısıyla onda bir ya da en az beş gün gibi kısa bir süre de olsa ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken asgari süre bir şartının mevcut olduğunu söyleyelim.

¹⁷¹ GÖLCÜKLÜ, s. 88.

ceza olarak kanun koyucu tarafından da nitelendirildiği şeklinde yorumlanabilir. Keza ölçülülük kıstasları arasında örneğin hakkında tutuklama talep edilen kişinin sağlık durumu gibi diğer pek çok unsur ele alınabilecek iken yalnızca işin öneminin ve beklenen cezanın - güvenlik tedbirinin zikredilmesi, ölçülülük ilkesinin anılan kıstaslara indirgenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu çerçevede CMK m. 100/1, c. son ile benzer mahiyetteki Alman ve Avusturya düzenlemelerinin (dStPO m. 112/1, c. son, öStPO m. 173/1, c. 2) de yerinde olmadığını ifade edelim.

Son olarak Türk hukukundaki infaz düzenlemeleri nedeniyle “*yatarı olmayan ceza*” gibi amorf bir kavrama başvurularak tutuklama kararı verilemeyeceğinin söylenmesini de doğru bulmadığımızı belirtelim. Böylesi bir gerekçe, CMK m. 100/1, c. son ile de uyumsuzdur; zira anılan hükümde “*beklenen ceza miktarından*” bahsedilmektedir ve fakat “*cezanın beklenen infaz edilecek miktarından*” bahsedilmemektedir. İnfaz Kanununa eklenen geçici maddelerle, söz gelimi geçici madde 6 ve 10 hükümleri ile, koşullu salıverme ve denetimli serbestlik yoluyla cezanın infazı kurumlarından yararlanılarak pek çok suç için öngörülen cezanın “*yatarı olmayan ceza*” niteliğine büründüğü malumdur. O halde böylesi bir yorum, infaz hukuku sistemimizdeki sorunlar nedeniyle ceza muhakemesinin işlevsiz hale getirilmesi gibi bir neticeye neden olabilir. Dahası tutuklama, bir ön ceza değilse ki değildir, o halde ancak bir tutuklama nedeninin varlığı durumunda ve ceza muhakemesinin selameti bakımından tatbik edilebilir. Eğer ceza muhakemesinin selameti bakımından tutuklamaya başvurulması zorunlu ise ve tutuklamanın başta tutuklama nedenleri olmak üzere tüm şartları gerçekleşti ise bu halde sorunlu infaz hukuku düzenlemelerinden bahisle “*yatarı olmayan ceza*” gibi amorf bir kavrama dayanarak tutuklamanın tatbik edilemeyeceğini iddia etmek, haksız tutuklama kararlarına karşı çıkarken tutuklamanın vasfını ve işlevini inkâr etmek anlamına gelmektedir. Makalemizde Türkiye’deki mütemadi tutuklama sorununu tutuklama nedenleri bağlamında eleştirel bir şekilde ele aldık ve gerek normatif yapımızı gerekse de uygulamamızı eleştirdik. Makalenin yazıldığı bakış açısı, tutuklamanın kendi vasfına uygun olarak ancak zorunluluk halinde ve tüm şartlarının gerçekleşmesi koşuluyla, ceza muhakemesinin selameti için başvurulabilecek bir koruma tedbiri olduğudur. O halde yanlış anlaşılmaya mahal vermemek için tutuklamanın kapsamının genişletilmesine karşı olduğumuzu ve tutuklamanın alanının daraltılmasına dair bir ihtiyacın var olduğunu vurgulayalım. Bununla birlikte “*yatarı olmayan ceza*” gibi amorf kavramların kullanılarak amaç kişi özgürlüğü bakımından iyi olarak nitelendirilecek bile olsa tutuklamaya başvurulamayacağını iddia etmeyi doğru bulmamaktayız. Geniş kapsamlı tutuklama pratiğine karşı çıkmak için enstrü-

manlarımız, “*beklenen ceza*” ya da “*yatarı olmayan ceza*” gibi kavramlar değil, bilakis tutuklamanın vasfı, işlevi ve meşru tutuklama nedenleri ile tutuklamanın diğer şartlarıdır.

D. Meşru Olmayan Bir Tutuklama Formu ve Tutuklama Nedeni: Önleyici Tutuklama

1. Mukayeseli Hukukta Önleyici Tutuklama

Alman dStGB m. 112a hükmü, Tekrar Tehlikesi (Wiederholungsgefahr), ile önleyicilik bir tutuklama nedenidir¹⁷²; Tutuklama nedeni olarak tekrar tehlikesine ilişkin dStPO m. 112a hükmü, 1964 yılında Alman hukukuna giren (19.12.1964 BGBl. I 1067) öncülü dStPO m. 112/3 yerine, 07.08.1972 tarihli (BGBl. I 1361) kanun ile Alman hukukuna girmiş olup hüküm, 4. Ceza Hukuku Kanunu Reformu Kanunu (23.11.1973, BGBl. I 1725) ile büyük ölçüde bugünkü halini almıştır¹⁷³. Tekrar tehlikesi tutuklama nedeninin yapısı ise şu şekildedir¹⁷⁴. 1) Vesile¹⁷⁵ suçların (Anlassstaten) varlığı, 2) Vesile suçların işlendiğine

¹⁷² **DSStPO m. 112a - Tekrar Tehlikesi Tutuklama Nedeni**

(1) Aşağıdaki haller bakımından da bir tutuklama nedeni vardır: Eğer şüpheli

1. Ceza Kanununun 174, 174a, 176 ila 176d, 177, 178, 184b/2 ya da 238/2 ve 3 maddelerinde tanımlı suçları veyahut,

2. Tekrar ederek veya devam eden biçimde hukuk düzenini ağır bir biçimde ihlal eden Ceza Kanununun 89a, 89c/1 - 4, 125a, 224 ila 227, 243, 244, 249 ila 255, 260, 263, 306 ila 306c veya 316a maddelerinde ya da Uyuşturucu Maddeler Kanunu 29/1, c. 1, b. 1, 10 veya fıkra 3, 29a/1, 30/1, 30a/1 veyahut Esrar Tüketim Kanunu 34/3, c. 2, b. 1, 3 veya 4 hükümlerinde, orada belirtilen koşullar altında ya da Esrar Tüketim Kanunu 34/4 ya da Tıbbi - Esrar Kanunu 25/4, c. 2, b. 1, 3 veya 4, orada belirtilen koşullar altında ya da Tıbbi - Esrar Kanunu 25/5 veyahut Yeni Psikoaktif Maddeler Kanunu 4/3, b. 1 -a maddelerinde tanımlı bir suç,

işlemekten kuvvetli suç şüphesi altındaysa, ve belirli olgular, onun kesin hüküm verilmeden önce benzer türde önemli başka suçları işleyebileceği ya da suçları işlemeye devam edeceği tehlikesini temellendirmekteyse, tehlikeye mani olmak için tutma gereklisi ise ve bent 2 durumunda 1 yıldan fazla hapis cezası beklenmekteyse.

Cümle 1 bent 2 bağlamında suç işleme kuvvetli şüphesinin değerlendirilmesinde, başka yargılamalarının konusu olan ya da olmuş, infaz kabiliyeti olan kesinleşmiş olanlar da dâhil olmak üzere, böylesi fiiller de dikkate alınır.

(2) 112. maddeye göre tutuklama kararı verilmesi için şartlar mevcutsa ve 116. maddenin 1 ve 2. fıkralarına göre tutuklama kararının ıcrasının ertelenmesinin şartları mevcut değilse, fıkra 1 hükmü uygulanmaz.

¹⁷³ KK-StPO/GRAF, § 112a Rn. 1 ve 1a.

¹⁷⁴ dStPO m. 112a hükmünde tanımlı tekrar tehlikesi tutuklama nedeninin yapısı hakkında bkz. KK-StPO/GRAF, § 112a Rn. 6 - 6a ve bu şartların izahı için aynı eser Rn. 7 - 25.

¹⁷⁵ Vesile, sebep ya da fırsat anlamına gelir ve çeşitli sebeplerin başkaca bir kurumun ya da hükmün uygulanması bakımından gerçekleşmesinin gerekmesi hallerinde bu kavramdan yararlanabileceğimizi düşünmekteyiz. Dikkat edilirse örneğin dStPO m. 112/3 hükmünde sayılan suçları, “Katalog Suçlar” olarak nitelendirdik; zira katalog suçların işlendiği hususundaki kuvvetli şüphe, tutuklama nedenlerinin yokluğunu bertaraf edebilmektedir. Bununla birlikte dStPO m. 112a bakımından ise katalog suçlar ifadesinden ziyade “Vesile Suçlar” biçimindeki adlandırmanın daha yerinde olacağı kanaatindeyiz ki Alman doktrininde

dair kuvvetli şüphe, 3) Aynı türde başkaca ağır suçların işlenmesi tehlikesinin somut olgularla temellendirilmesi, 4) Bu tehlikeyi önlemek için tutuklamanın gerekli olması, 5) Fıkra 1 bent 2 halinde özel şartların da gerçekleşmiş olması yani bu bentte yer alan suçların a) tekrar eder veya zincirleme şekilde işlenmesi b) hukuk düzenini ağır biçimde ihlal etmeleri, c) ceza beklentisinin 1 yıldan fazla hapis cezası olması, d) kuvvetli şüphe değerlendirmesinde geçmişteki ya da hâlihazırdaki başkaca muhakemelerin konularının da dikkate alınabilmesi, 6) Talilik kaydının dikkate alınması (yani dStPO m. 112'deki koşullar uyarınca tutuklama kararı verilebiliyorsa ve dStPO m. 116 uyarınca tutuklama kararının icrası geriye bırakılamıyorsa, 112a uyarınca tutuklama kararı verilemez).

Kamuyu başkaca suçlardan korumak, etkili bir suçla mücadele kamu yararı ve dolayısıyla genel olarak önleyici amaçlarla tutuklamaya başvurulması, Alman doktrinde ve Anayasa yargısı içtihadında (BVerfGE 19, 342; 35, 185), ilk bent kapsamında özellikli korumaya muhtaç kişileri ağır suçlardan korumak amacıyla, ikinci bent kapsamında ise yasama organının tesis ettikleri güvenceler itibariyle Anayasa'ya ve AİHS'e aykırı olmadığı¹⁷⁶ ve fakat kişi özgürlüğüne yönelik ağır ve özel-likli müdahale nedeniyle koşulların sıkı şekilde belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir; önleyici tutuklamanın süresi de 1 yılla sınırlandırılmıştır (dStPO m. 122a)¹⁷⁷. Doktrinde sınırlı sayıda da olsa mukayeseli hukukta önleyici amaçlı tutuklamanın yaygın olarak yer alması, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda önleyicilik temelli başkaca da hükümlerin bulunması ve önemli bir ihtiyacı karşıladığı gerekçeleriyle dStPO m. 112a hükmünün savunulduğu görülmektedir¹⁷⁸.

de “Anlassstaten” ifadesinin kullanılması bu yöndeki tercihimizi tevsik etmektedir. Örneğin Karlsruher Kommentar, dStPO 112a hükmünün yapısı bakımından vesile suçlar ifadesini kullanırken bent 1'de ve bent 2'de tanımlı suçları ifade etmek için katalog suçlar ifadesini tercih etmektedir. Anılan bentlerde birer suç kataloğu olduğundan katalog suç ifadesinin kullanımı da mümkündür ancak üst başlıktaki vesile suç ifadesi, durumu daha iyi bir şekilde izah etmektedir. Zira vesile suçların işlenmesi hususunda kuvvetli şüphe yeterli değildir aynı zamanda başkaca suçların işlenmesine dair tehlikenin de somut olgularla ortaya konulması, tutuklamanın bu tehlikeyi önlemeye matuf olması ve ilgili diğer şartların da gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla vesile suçlar, dStPO m. 112a bakımından ancak bu hükmü harekete geçiren bir niteliğe sahiptirler ve fakat doğrudan doğruya hükmün uygulanabilirliğini temin edememektedirler. İşte tam da bu sebeple katalog suçlar olarak değil de vesile suçlar olarak adlandırılmaları uygun olur. Vesile kavramı, haksızlık hatası (ERMAN, R. Barış, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, İstanbul, 2006, s. 239 vd.) ve örgüt adına suç işleme suçu (YETKİN, Erdi, “Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen TCK m. 220/6 Hükmünün Sorunlu Tipiklik Tasarımı ve Geleceğe Dair Öngörüler”, **cezahukuku.org**, <https://cezahukuku.org/anayasa-mahkemesi-tarafından-iptal-edilen-tck-m-220-6-hukmunun-sorunlu-tipiklik-tasarimi-ve-geleceğe-dair-ongoruler/>, 2023, E.T. 07.06.2025.) bakımından da kullanılmaktadır ki anılan yerlerdeki kullanımı da buradaki vesile tercihimizle koşuttur.

¹⁷⁶ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 30. Rn. 12.

¹⁷⁷ KK-StPO/GRAF, § 112a Rn. 2 ve 3.

¹⁷⁸ KK-StPO/GRAF, § 112a Rn. 5.

Alman doktrinde pek çok yazar tarafından ilgili düzenlemenin ceza muhakemesin amaçlarına ve tutuklamanın koruma tedbiri vasfına aykırı olduğu eleştirisi dile getirilmektedir¹⁷⁹. Tekrar tehlikesi, tutuklama nedenleri sistemine yabancıdır, zira ceza muhakemesini güvence altına almaz bilakis önleyici bir tedbirdir; işlendiğı ve işleneceğı iddia edilen suçlara dayalı olarak kanıtlanmamış bir şüphe temelinde kişiyi özgürlüğünden mahrum ettiğı için de hukuk devleti ilkesi bakımından sorunludur¹⁸⁰. dStPO m. 112a’da düzenlenen tekrar tehlikesine dayalı tutuklama, ceza muhakemesi amaçlarına dayanmamakta olup amaç, şüpheli tarafından başkaca ağır suçların işlenmesine karşı hukuk toplumu korumaktır yani anılan hüküm önleyici bir tedbirdir ve önleyicilik - polislik niteliğı ile karakterize olur¹⁸¹. Örneğın ceza hukukuna önleyicilik fonksiyonunun yüklenmesinin sonuçlarından biri, bilhassa terörle mücadele bağlamında, tutuklamaya başvurma ve tutuklulukta süre uzatımı bakımından şartların esnetilmesidir¹⁸².

Avusturya’da ise önleme amaçlı zikredilen tutuklama nedeni için ön koşul, altı aydan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan muhakeme yürütölmesi olup 4 alt bent halinde önleme amaçlı tutuklama düzenlenmiştir. Suç işleme ya da suçun icrası tehlikesine dayalı tutuklamanın genel yapısı şu şekildedir: 1) altı aydan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan muhakeme yürütölmesi, 2) vesile suç ve vesile suç çerçevesinde ek şartlar, ve 3) önlenmek istenen endişe kaynağı¹⁸³. Suç işleme tehlikesine dayanan tutuklama nedeni, işlenen “*Vesile Suç (Anlasstat)*” ile gelecekte işlenmesinden endişe edilen “*Tahmini Suç (Prognosetat)*” ile karakterize olurken suçun icrası tehlikesine dayanan tutuklama nedeni ise failin icra edeceğı ya da icra etmekle tehdit ettiğı somut suçun icra hareketlerine başlamayı önleme düşüncesi ile temellenmektedir; tahmini suça ilişkin tehlike analizi de failin tüm kişiliğinin de göz önünde bulundurulduğı kriminalistik bir tahmin uyarınca gerçekleştirilecektir¹⁸⁴. Avusturya doktrinde de isabetle belirtildiğı üzere suç işleme ya da suçun icrası tehlikesine dayalı tutuklama, özellikle ölçüde tehlikeli failin sonraki önemli suçlarından kamunun ko-

¹⁷⁹ Eleştiriler için bkz. CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 63 - 64.

¹⁸⁰ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 30. Rn. 12.

¹⁸¹ KK-StPO/GRAF, § 112a Rn. 4.

¹⁸² ALBRECHT, s. 42.

¹⁸³ Önleyici tutuklamanın yapısına dair tablo için bkz. KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, § 173, Rz. 40, önleyici tutuklamanın her bir alt benti hakkında bkz. aynı eser, Rz. 43 - 52; PAUER, LiK - StPO, § 173, Rz. 24 - 33; HINTERHOFER/OSHIDARI, Rz. 7.791 - 7.796. VENIER/TIPOLD, Rz. 272.

¹⁸⁴ PAUER, LiK - StPO, § 173, Rz. 23.

runmasını temine yönelik bir önleyici tedbir karakterindedir¹⁸⁵. Keza Avusturya doktrinde suç işleme ya da icra tehlikesinin tutuklama nedeni olmasının, suçlu sayılmama hakkı ile çelişkili olduğu da ifade edilmektedir¹⁸⁶.

Mukayeseli hukuktan güncel bir gelişme olarak belirtebiliriz ki, İsviçre’de 01 Ocak 2024 itibarıyla geçerli olmak üzere tutuklama nedenlerine önleyici nitelikli önceden de benzer ağırlıkta önemli bir suç işleme (sStPO m. 221/1 - c), suç tekrarı (m. 221/1bis) ve tehdit edilen suçun işlenmesi tehlikesi (m. 221/2) eklenmiştir. Hazırlık materyallerine bakıldığında İsviçre kanun koyucusunun da yapılan değişikliklerle vaki tutmanın, önleyici tutma olarak vasıflandırılması kanaatinde olduğu görülmektedir. Bu nedenledir ki bahsi geçen önleyicilik temelli tutuklama nedenleri bakımından sıkı şartların düzenlendiği belirtilmektedir. Bu çerçevede bilhassa ciddi ve doğrudan tehlike kıstasıyla, yüksek öneme sahip hukuki değerlerden bahsedilmesiyle ve uygulanabilirlik alanının ağır suçlarla belirli ölçüde sınırlandırılmasıyla önleyici tutuklamanın ceza muhakemesine yabancı ve suçlu sayılmama hakkı ile çatışan yönü telafi edilmeye çalışılmıştır¹⁸⁷.

2. Türk Doktrinde Önleyici Tutuklamaya İlişkin Değerlendirmeler

Önleyici amaçlı bir kuruma ceza muhakemesi sistemi içerisinde yer verilmesi ise Türk doktrinde de yerinde bulunmamaktadır¹⁸⁸. Centel ise tekrar ya da icra tehlikesine dayanan tutuklamanın, kişinin ilerde suç işleyeceği hususunda karine yaratılamayacağı, böylesi bir tespiti yapmanın hayli güç olduğu ve önleyici tutuklamanın, tutuklamanın amacına aykırı olduğu gerekçeleriyle Türk hukukuna aktarılmasına karşıdır¹⁸⁹. Türk hukukunda da geçmişte Askeri Muhakeme Usulü Kanunu m. 105/1 - D hükmünde yer alan “*salıverildiği halde yeni-*

¹⁸⁵ KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, § 173, Rz. 38; HINTERHOFER/OSHIDARI, Rz. 7.790.

¹⁸⁶ VENIER/TIPOLD, Rz. 272.

¹⁸⁷ **BBl 2019 6697**, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2368/de>, Erişim Tarihi: 04.08.2025, s. 6742 - 6744.

¹⁸⁸ ÜNVER/HAKERİ, s. 956. Yenisey/Nuhoğlu ise esasen önleyici tutuklamaya taraftar görünse de CMK sisteminde böylesi bir tutuklama nedenine yer verilmemesi nedeniyle önleyici tutuklamanın tatbik edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazarlar, Almanya’daki yeniden suç işleme tehlikesini önleme tutuklama nedeni çerçevesindeki hükümlerin Türk hukukuna aktarılmamasını, “*devlete suçla mücadelede gerekli yetkileri veren hükümler*” oldukları gerekçesiyle yerinde bulmamaktadır, AİHM’in yeniden suç işleme tehlikesine dayalı tutuklama kararı verilmesini AİHS’e aykırı bulmadığını belirtmektedir, dahası yazarlar tarafından CMK - Tasarı’daki gerekçe örnek olarak zikredilmiştir. Müellifler en nihayetinde ise Türk hukukunda kanunda yeniden suç işleme tehlikesine dayalı tutuklama nedeni yer almadığından Türk hukukunda önleme tutuklamasının kabul edilemeyeceği sonucuna varmaktadırlar. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 392.

¹⁸⁹ CENTEL, Tutuklama ve Yakalama, s. 65.

den suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa” ifadesi, tekrar tehlikesine dayanan tutuklama nedeninin örneğiydi ve fakat anılan tutuklama nedeni, AYM tarafından iptal edilmişti¹⁹⁰. Gölcüklü’nün yaklaşımı önleyici tutuklama bağlamında özel olarak vurgulanmayı hak etmektedir. Yazara göre önleyici amaçla tutuklama, belirli tehlike durumlarında söz konusu olabilir. Bu tehlike halleri ise şu şekildedir:

1. Fail işlediği suçla tehlikeli kişiliğini ortaya koymuştur,
2. Suç tamamlanamamıştır ve dolayısıyla tamamlanma tehlikesi mevcuttur veya fail suç işleme tehdidinde bulunmaktadır,
3. Failin, işlenen suç ile bağlantılı yeni suçlar işlemesi muhtemeldir,
4. İşlenen suç toplumda o denli etki doğurmuştur ki tutuklama ile fail korunabilir ya da toplumsal infial yatıştırılabilir¹⁹¹.

Son hali yukarıda ayrıca değerlendirdik ancak diğer 3 tehlike haline dair Gölcüklü’nün eleştirilerini zikretmek önemli olacaktır. Zira yazar tarafından sayılan haller, yukarıda gösterildiği üzere bugünkü önleyici tutuklama normlarının yapısını yansıtmaktadır. Yazara göre failin tehlikeli olduğunu tespit etmek bir hayli güçtür ve tehlike halinin tespiti, keyfiliğe açık olup böylesi bir tutuklama nedeni keyfiliğe kapı aralamaktadır. Suçun tamamlanamaması ve suç tehdidinde bulunması hallerinde ise tutuklama dışında kişi hürriyetini daha az zedeleyen tedbirlerle önleyici amaca ulaşmak mümkündür ve son olarak da bağlantılı suç işleme ihtimali ile uygulamada sıklıkla karşılaşmaz, öyle ki bir suçun faili yeni bir suç işlemekten ziyade işlediği suçun delillerini ortadan kaldırmaya teşnedir¹⁹².

¹⁹⁰ AYM, E.1963/197, K.1963/166, 26/06/1963. AYM’nin değerlendirmesi şu şekildeydi: “Burada tutuklama, işlediği bir suçtan dolayı hakkında kovuşturma yapılan bir kimsenin salıverildiği takdirde başka bir suç işlemek tehlikesini önlemeyi hedef tutan ihtiyatî bir tedbir olarak düşünülmüştür. Kanunun koyduğu bu tutuklama sebebinin, maznunun işlediği suçla hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeple ortada muhakeme hukuku bakımından bir zorunluk söz konusu olamaz. (Yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmü çok müphemdir. Kaldı ki, kimin sonradan suç işleyeceğini kestirmenin mümkün olamayacağı gözönünde tutulursa makul bir sebebe dayanmayan ve belli bir sınırı olmayan bu hükmün keyfi takdirlere yol açacağı ve bunun da kişi dokunulmazlığını tehlikeye düşüreceği ve kişi hürriyetinin Özüne dokunacağı şüphesizdir. Sanığın başka bir suç işlemesini önlemek için ihtiyatî bir tedbir olarak tutuklanması Anayasa’nın (30) uncu maddesindeki (Veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen, diğer hallerde) hükmünün kapsamına girmeyen ve Anayasa’nın kanun koyucuya verdiği direktife de uygun olmayan, rastgele bir tutuklama halidir. Bu bakımlardan sözü edilen (D) fıkrasındaki (Veyahut salıverildiği takdirde yeniden suç yapacağına delâlet eder sebepler varsa) hükmü Anayasaya aykırı bulunmuştur”.

¹⁹¹ GÖLCÜKLÜ, s. 29.

¹⁹² GÖLCÜKLÜ, s. 29 - 30.

3. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Adı tutuklama dahi olsa adli amaç dışı bir tutma işlemi, tutuklama ya da başka bir koruma tedbiri olarak vasıflandırılmaz. Önleyici amaçlı tutuklama, tutuklamanın esasını izah eden fikirlerle bağdaşmamaktadır¹⁹³. Zira koruma tedbirlerine başvurulmasındaki amaç, adli niteliklidir; bir başka deyişle koruma tedbirlerine, sanığın muhakemede hazır bulunması, hükmün yerine getirilebilmesi, delil elde etme veya koruma gibi adli ereklerle ve ancak ceza muhakemesinin harekete geçmesi için gerekli olan başlangıç şüphesi - basit suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra başvurulur¹⁹⁴. Bir tutuklama nedeninin var olup olmadığı hususunun inceleneceği zaman aralığı, tutuklamaya başvurulmasına ya da tutuklamanın uzatılmasına ilişkin karar verme anıdır¹⁹⁵. Bu çerçevede bastırıcı karakterli ceza hukukunda odak noktasında gelecek değil, geçmiş yer almaktadır ve fakat önleyici tutuklamanın yapısı gereği odak, gelecek zamana kaymaktadır.

Koruma tedbirleri de idare hukuku, medeni hukuk, seçim hukuku gibi diğer hukuk dallarında da pek çok örneği bulunan tehlike tedbirlerinin alt kümesinde yer almaktadır¹⁹⁶. Bu nedenledir ki koruma tedbirlerinin adli niteliği, tehlike tedbirlerinin bu alt türünün alametifarikasıdır. Örneğin tehlike söz konusu olduğu ve fakat henüz suç işlenmediği hallerde, tehlikenin bertaraf edilmesi ya da suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla uygulanan tedbirlere önleme tedbirleri denilmektedir ki bunlar koruma tedbiri değildir¹⁹⁷. Keza başlangıç şüphesi henüz söz konusu değilken önleyicilik veya istihbarat toplamaya yönelik araştırma faaliyeti, ön alan araştırmaları olarak nitelendirilir ve bu alandaki tedbirler de, koruma tedbiri olarak adlandırılmaz¹⁹⁸. Bu çerçevede suç işlemiş bir kişinin yeniden suç işleme tehlikesi ile henüz suç işlememiş akıl hastasının suç işleme tehlikesi nedeniyle tutulmalarını aynı, bir tedbirin icrası olarak ve ceza muhakemesi faaliyetinin dışında gören Kunter'in yaklaşımına iştirak etmekteyiz¹⁹⁹.

¹⁹³ EREM, s. 392.

¹⁹⁴ CENTEL/ZAHER, s. 379 - 380, 382; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR/ALAN/ÖZAYDIN/TÜTÜNCÜ/TOK, s. 443 - 444, 446; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 233 - 234; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 377; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 310 - 311; ÜNVER/HAKERİ, s. 845, 848, 851, 854 - 855; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 251.

¹⁹⁵ KIRCHBACHER/RAMI, WK - StPO, § 173, Rz. 7.

¹⁹⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 331.

¹⁹⁷ GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 378.

¹⁹⁸ DÜLGER/TAŞKIN, s. 343.

¹⁹⁹ KUNTER, s. 669, Kn. 363, dp. 391.

Önleyici tutuklama bakımından sorunun, yalnızca temel haklara yönelik ağır bir müdahale²⁰⁰ bağlamında ele alınması yeterli olmayacaktır. Keza tutuklama nedenlerinin CMK sisteminde yalnızca kaçma ve delil karartma tehlikesi ile sınırlanması, kanun koyucunun tutuklamaya olabildiğince az başvurulmasını istediği gerekçesiyle²⁰¹ temellendirilemez. Şu ana değin yapılan izahat, tekrar tehlikesi ya da doğrudan suç önleme biçimindeki tutuklama nedenlerinin, ceza muhakemesinin amaçlarının dışında olduğunu göstermektedir. Ceza muhakemesini korumaya değil önleyiciliğe bazen de çatışmayı azaltmaya ve esasen yine önleyiciliğe hizmet eden, önleyici - polis tedbiri niteliğine sahip bu tutuklama nedeni, tutuklama nedenleri sistemine yabancılik etiketini taşımaktadır²⁰². Ceza muhakemesi hukukunun dışındaki gayelerle sanığın tutuklanması ise mümkün olmamalıdır; zira gayeye aykırılık durumunda, yararlı neticelere ulaşılması söz konusu olmayacaktır ve esasen kişi özgürlüğü yönünden büyük mahsurlar meydana gelecektir²⁰³. Dolayısıyla her ne kadar ceza adaleti sistemi içerisinde önleyici tutuklama yerleştirilebilirse de bu halde maddi olarak yapılan faaliyet, ceza muhakemesi faaliyeti değil örtülü bir kolluk hukuku faaliyettir. Tam da bu nedenle önleyici tutuklamaya karşı çıkılmalıdır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki önleyici tutuklamanın fiil ceza hukuku ile doku uyumsuzluğu bulunmaktadır. Preuß, vesile suçlardan hareket ederek yağma, nitelikli hırsızlık gibi suçların vesile suç kataloğunda yer aldığını ifade etmektedir. Esasen vesile suç olarak seçilen suçlar, meşhur fail tipleri öğretisinin de bir nevi örnekleridir ve önleyicilik esaslı tutuklama nedeni bakımından belirli fail tiplerinin tekrar tehlikesine neden olduğu kimi suçlardan hareket edilmektedir. Dolayısıyla yalnızca politik suç sahasında değil olağan ceza hukuku bakımından da önleyiciliğin bir tutuklama nedeni olarak öngörülmesi, fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna doğru gidişin bir göstergesidir²⁰⁴.

²⁰⁰ Yüce, demokratik bir hukuk devleti sistemine sahip Almanya’da önleyici tutuklamanın kabul edilmiş olmasını, “tutuklama nedenlerinin genişletilmesi ile devletin baskıcı, totaliter niteliği arasında zorunlu bir bağlantı kurulamayacağını gösterir” biçiminde yorumlamaktadır. YÜCE, Zorlayıcı Önlem, s. 92. Yüce’nin zikredilen görüşüne iştirak etmiyoruz. Esasen Yüce de tutuklama üzerine yapmış olduğu daha önceki bir çalışmasından aynen şu görüşleri ileri sürerek farklı bir hattı temsil etmekteydi: “Ceza muhakemeleri usulünün siyasî görüşlerle çok yakın ilgisi vardır. Devletin totaliter veya liberal görüşü ceza muhakemeleri kanununa doğrudan doğruya akseder. Ceza usulü kaideleri uygulandıkları devlette fert hürriyetinin dokunulmazlığına değer verilip verilmediğini gösterir. İşte bilhassa tevkif konusundaki hükümler, kanun koyucu devletin ferdin hürriyeti karşısındaki hassasiyetini veya umursamazlığını yâni siyasî görüşünü açıkça ortaya koyar”. Bkz. YÜCE, Tevkif, s. 445. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, tutuklama ile temelden bağlantılıdır ve tutuklamanın ceza muhakemesi formunun bozularak kolluk hukuku mülahazaları ile kişilerin tutulması tutuklama vasıtasıyla mümkün kılınıyorsa, bu halde ilgili hukuk sisteminin “demokratik hukuk devleti” niteliğinde bir gedik açıldığından bahsedilebilir.

²⁰¹ Bu yönde bkz. SINAR, s. 187.

²⁰² VOLK/ENGLÄNDER, § 10. 11.

²⁰³ CİHAN, s. 703.

²⁰⁴ PREUß, s. 312.

Netice olarak tutuklama nedeni olarak suç işleme ya da tekrar tehlikesi, ceza hukukunun polisleşmesinin ceza muhakemesi hukukundaki görünüm şekillerinden biridir; ceza muhakemesi hukukunun ve bir koruma tedbiri olarak tutuklamanın amaçlarıyla uyumsuz, meşru olmayan bir tutuklama nedenidir.

SONUÇ

Tutuklama bakımından pek çok sorunun varlığından şikâyet edilebilir: Tutuklama kararlarının gerekçeli olmayışı, kuvvetli suç şüphesinin tutuklamaya ilişkin kararlarda gerektiği ölçüde gösterilmemesi, tutukluların suçlu sayılmama haklarının hiçe sayılması, tutukevlerinin koşulları ilk akla gelenlerdir. Bununla birlikte tutuklamada, tutuklama nedenleri çerçevesinde sorunlar ise tutuklamanın koruma tedbiri vasfını tartışmaya açabilecek denli önemlidir. Kişi özgürlüğüne yönelik son derece ağır bir müdahale teşkil eden tutuklama bakımından, tutuklama nedenlerinin hem bu koruma tedbiri vasfı ile örtüşmesi hem de uygulamada yalnızca kanundaki tutuklama nedenlerinin gerçekleştiği durumlarda tutuklamaya başvurulması gerekir. Dolayısıyla tutuklama nedenleri bakımından sorunlar, ya normatif ya da uygulama ya da her ikisi kaynaklı olabilir ki Türkiye’de CMUK’tan CMK’ya zaman çizgisi içerisinde, sorun kaynağının ağırlık merkezi, normatif alandan uygulamaya kaymıştır²⁰⁵. Öyle ki uygulamamızda tutuklamaya abartılı bir şekilde başvurulması vakiasında da geçmişten günümüze süreklilik söz konusudur²⁰⁶. Yine de normatif alanın sorunlardan arı olduğu da iddia edilemez²⁰⁷ ve dahası sorunları çözmeye dair yöntemlerin de doğru olmadığı, tutuklama bakımından sorunların süregitmesi vakiası ile sabittir²⁰⁸. Örneğin 2005 yılında bu yana özellikle koruma tedbirleri ancak bunların arasında da yakalama, gözaltı, tutuklama ve adli kontrole ilişkin düzenlemelerde sürekli değişiklikler yapılmış olup değişiklikler ile bilhassa tutuklamanın alanının daraltılması, uygulama koşullarının somutlaştırılması ve anılan koruma tedbirine dair uygulamadaki sorunlara çözüm bulma gayesi güdülse de pek çok istisnai hükmün de tutuklamaya zerk edilmesi vakiasıyla karşılaşmıştır²⁰⁹.

Bugünden yaklaşık 65 yıl önce Yüce, tutuklama üzerine yazdığı makalesinde, takip eden tespitlere yer vermiştir: “*Ceza Muhakemeler Usulü Kanunu-*

²⁰⁵ CENTEL, Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, s. 90.

²⁰⁶ Örneğin bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 185 - 186.

²⁰⁷ KATOĞLU, s. 19.

²⁰⁸ Benzer yönde TALAS/DEMİR, s. 160.

²⁰⁹ TALAS/DEMİR, s. 159.

*muzda tevkif müessesesini kötü tanzimi kötü bir tatbikat doğurmuştur, denilebilir... Bizde de bilhassa tevkif müessesesinin kanunî tanzim tarzı ve kötü ve tehlikeli tatbikatı karşısında esaslı bir reforma girişmek, insan haklarına bağlı demokratik hukuk düzenimizin kaçınılmaz bir zaruretidir*²¹⁰”. Alıntılarımız sözlerin üzerinden uzun müddet geçti ve fakat Türk hukukunun tutuklama ve özel olarak da tutuklama nedenlerinde reform ihtiyacı son bulmadı. Bu vaziyetin şaşırtıcı olduğu da söylenemez; zira kesin hükümden önce beden hürriyetinin geçici olarak tahdit edilmesi, toplum bakımından özgürlüğün barometrelerinden biri olması ve bireyler bakımından da taşıdığı özel önem nedeniyle hemen her dönem güncelliğini korumuş bir meseledir²¹¹.

Tutuklama nedenleri bağlamında çalışmamız kapsamında ulaştığımız tezlerle geçmeden evvel son bir meseleye değinmek uygun olacaktır: Ülkemizde yargı reformu paketleri hayata geçirilmektedir ve 2025 yılında hukukçular arasında yayılan bir taslakta, CMK m. 100/4 hükmündeki tutuklama yasağının yeniden suç işleme hususunda kuvvetli şüphe oluşması ya da suçtan meydana gelen zararın ağırlığının kamu düzenini önemli ölçüde bozması hallerinde uygulanmayabileceği yani tutuklama kararı verilebileceği düzenlenmekteydi²¹². Her ne kadar bu düzenleme taslağında, bütün suçlar bakımından yeni tutuklama nedenleri öngörülmeyip tutuklama yasağı kapsamındaki suçlarda tutuklamayı mümkün kılmak için 2 yeni tutuklama nedeni öngörülse de böylesi istisnai düzenlemelerin kısa süre içerisinde genel kural halini almalarıyla pek sık karşılaşılmaktadır. Metin içerisinde gerekçeleri açıklandığı üzere suç işleme veya tekrar tehlikesi ve suçun ağırlığı temelli tutuklama nedenlerinin, ceza muhakemesinin ve tutuklama koruma tedbirinin amaçlarıyla uyumsuz olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla ne genel olarak tutuklama nedenlerine bahsi geçen hallerin eklenmesinin ne de tutuklama yasağının bahsi geçen nedenlerle yumuşatılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz. Keza tutuklama yasağında yapılacak bahsi geçen türde bir değişikliğin, kısa süre içerisinde tutuklama nedenlerinin genişletilmesi olarak yeni bir düzenlemeye yol açacağını öngörüyoruz. Taslağa dair

²¹⁰ YÜCE, Tevkif, s. 455.

²¹¹ GÖLCÜKLÜ, s. 5.; TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 13 - 14. 1970 - 2010 arasındaki tutuklu - hükümlü sayıları ve oranları bakımından aynı eser, s. 16 - 17; 2010’lu yıllardaki istatistikî verilerle tutuklama bakımından sorunlar hakkında bkz. YÜCEL, s. 293 - 297. 2011 yılındaki TBB raporunda tutuklamanın, “kapatılma”, “rehin alma,” “hapislerde çürütme” kavramlarıyla birlikte anıldığından şikâyet ediliyordu (TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ, s. 15.) aradan geçen sürede aynı şikâyetin cari olması, tutuklama konusundaki yazını da ne yazık ki güncel kılmaktadır.

²¹² Taslak düzenleme şu şekildeydi. “Ancak, şüpheli veya sanığın davranışlarının yeniden bir suç işleyeceği hususunda kuvvetli şüphe oluşturması ya da suçun işleniş şeklinin veya suçtan meydana gelen zararın ağırlığının kamu düzenini önemli ölçüde bozması halinde tutuklama kararı verilebilir”.

belirtilen gerekçede de yer aldığı üzere mukayeseli hukukta ve özellikle de Avrupa ülkelerinde, metin içerisinde meşru olmayan olarak nitelediğimiz tutuklama nedenlerinin varlığı, Türkiye’de normatif bağlamda ceza muhakemesinin amaçlarıyla örtüşmeyen yeni tutuklama nedenlerinin öngörülmesinin gerekçesi olmamalıdır; basitçe ifade edersek “*Sui misal emsal olmaz*”. Umarız ki söz konusu taslak veya bir benzeri ile yakın zamanda karşılaşmayız.

Tutuklamaya ilişkin normların sıklıkla değişmesi, kamusal alanda tutuklamanın güncel bir konu olarak varlığını sürdürmesi ve gerek normatif alanda gerekse de uygulamada tutuklama nedenleri çerçevesindeki sorunlar düşünüldüğünde, yakın gelecekte tutuklama nedenlerine dair yapılması ya da yapılması gereken değişikliklere ve ulaştığımız sonuçları belirtmek istemekteyiz:

1. Tutuklamanın Vasfı ve Meşru Tutuklama Nedenleri

- a. Bir tutma biçimi olarak tutuklamanın koruma tedbiri vasfı, tutuklama nedenlerinden ileri gelir. Özgürlükçü bir tutuklama rejimine sahip olma bakımından elimizde yalnızca tartım temelli ölçülülük ilkesi bulunmamaktadır; tutuklamanın tözü, tutuklama nedenleridir.
- b. Tutuklama, bir ceza, ön ceza, infaz aracı ya da gözdağı verme aracı değil bilakis yalnızca bir koruma tedbiridir. Tutuklama geçici bir tedbirdir, bu niteliğin sonucu olarak da infaz karakterine sahip olmasına izin verilemez; devletin gücünü gösterme, cezaevinde bulunmanın zorlayıcı etkisinden yararlanma, ön / peşin ceza veya hüküm öncesi cezanın infazı olarak ya da bir ikrar ya da işbirliği için baskı aracı olarak kullanma, susma hakkından yararlanmayı engelleme ya da genel olarak soruşturmayı kolaylaştırma, nüfus kayıt sisteminin yetersizliklerini telafi etme, kamunun öfkesini yatıştırma, suç önlemede, eğitimde ya da faili resosyalize etmede vasıta olarak kullanma, tutuklamada meşru olmayan amaçlardır.
- c. Tutuklamanın koruma tedbiri niteliğinin sonucu olarak tutuklamaya dayalı tutma, kural olarak, muhakemenin yürütülmesini sağlama amacına hizmet etmektedir. Tartışmaya açık olmakla ve doktrinde bir kısım yazarlarca kabul edilmekle birlikte muhakeme neticesinde verilecek hükmün yerine getirilmesini garanti altına alma amacı da genel olarak doktrinde meşru görülmektedir.
- d. Tutuklama, ceza muhakemesinin asli faaliyeti olan maddi gerçeğin araştırması amacına hizmet edeceğinden ve yukarıda bahsi geçen meşru olmayan amaçlarla da kullanılmaması gerektiğinden, ceza muhakemesinin amaçlarına uygun adli bir tutma olanağını temin bakımından meşru tutuklama nedenleri, kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesidir.

- e. Kanuni tutuklama nedenleri dışında tutuklamanın tatbiki, yalnızca kötü bir hukuk uygulaması değildir; bilakis tutuklamanın vasıf değiştirmesi ile ceza muhakemesinin polisleşmesi ve sembolik ceza hukuku kavramlarıyla doğrudan ilgilidir.

2. CMK Sisteminde Tutuklama Nedenleri

Türk hukukunda tutuklama nedenleri olarak kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'ya uygunluğu da tartışma konusu olan katalog suç düzenlemesi de bir diğer tutuklama nedenidir. Kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi tutuklama nedenleri, ceza muhakemesinin amaçlarına ve Anayasa m. 19/3, c.1 hükmünün lafzına uygundur.

3. Tutuklama Nedenlerinde Kavram ve Somutlaştırma Sorunu

- a. Tutuklama nedenleri ile birlikte şüphe kavramının kullanılmasındansa tehlike kavramının, mukayeseli hukuktaki örnekleri gibi, kullanımı yerinde olacaktır. Keza somut olay bakımından ve belirli olgular çerçevesinde tutuklama nedeninin varlığının kabul edilmesi gerekir; Avusturya hukukundaki gibi bir ifade ediş tarzı uygun olabilir.
- b. Uygulamada kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi söz konusu değilken münferit hatalı uygulamaların ötesine geçer ve sistematik bir sorunu gösterir bir şekilde tutuklama kararlarının verilmesi, CMK sisteminde tutuklama nedenleri bakımından bir normatif vaziyetin bir de eylemli bir vaziyetin varlığından söz etmeye imkân tanımaktadır. Dolayısıyla CMK tutuklama nedenleri sistemi, nazari ve tatbiki yapısıyla adeta ikili bir yapı arz etmektedir.

4. Katalog Suç Düzenlemesinin Anayasa'ya Uygunluğu

- a. Katalog suç düzenlemesi Anayasa'ya aykırı olduğundan ilga edilmelidir.
- b. İlga ya da olası bir iptal kararına değin ise katalog suç düzenlemesinin, tutuklama zorunluluğu olarak anlaşılması, gerek Anayasa'ya gerek AİHS'e gerekse de ceza muhakemesi hukukuna aykırıdır.
- c. İlga ya da olası bir iptal kararına değin katalog suç düzenlemesinin uygulaması bakımından Alman yaklaşımı benimsenebilir. Yani katalog suçlarda özel bir tutuklama nedeninin ve tutuklama zorunluluğunun söz konusu olmadığı, aksi ispat edilebilir bir kanuni karinenin bulunduğu, eğer somut olayda tutuklama nedeninin var olmadığı gösteriliyorsa tutuklamaya başvuru

rulmaması gerektiği ancak tutuklama nedeninin de somut olarak belirtilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir; bu izahat ise ilk tutuklama için söz konusu olup tutuklamanın devamı ve uzun tutukluluk bakımından ise somut olarak tutuklama nedeninin gösterilmesi gerekecektir.

5. Suçlu Sayılmama Hakkı ve Şüphe Cezası Yasağı ile Tutuklama İlişkisi

- a. Suçlu sayılmama hakkı, tutuklamanın kategorik olarak reddiyesine sebebiyet vermemektedir.
- b. Şüphe cezası da şüphe cezası işlevi ile tutuklama da kusur ilkesine aykırıdır. Politik davalardaki “izah edilemeyen” tutuklama kararları ile ölümlü trafik kazalarındaki “otomatik tutuklama” + “iddianame ya da sorgu ile serbest bırakma” şablonu, şüphe cezası ile izah edilebilir.

6. Tutuklamanın İletişimsel - Sembolik Anlamıyla Kullanılması

- a. Uygulamada tutuklamanın iletişimsel amaçla kullanılarak bir kişinin tutuklanması, tutuklamada vaki tutmanın amacına, suçlu sayılmama ilkesine ve şüphe cezası yasağına aykırı görünmektedir.
- b. Tutuklamanın iletişimsel anlamıyla kanun koyucu tarafından kullanılması ise doğrudan sembolik kanun koyuculuk faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Tutuklamanın bu şekilde toplumla iletişimin bir aracı olarak kullanılması da pek tabiidir ki tutuklamada vaki tutma bakımından meşru değildir.

7. Meşru Olmayan Bir Tutuklama Nedeni Olarak Toplumsal İnfial ve Hafif Suçlarda Tutuklama Nedenleri

- a. Suçun toplumsal infiale neden olmasının bir tutuklama nedeni olarak kabul edilmesi, tutuklama nedenlerine belirsizliği - keyfiliği enjekte etmek anlamına gelecektir. Bugünkü sistemde her ne kadar kaçma tehlikesi ve delil karartma tehlikesi ile tutuklama nedenleri sınırlanmış olmasına karşın esasen anılan tutuklama nedenlerinin gerçekleşmediği hallerde tutuklamaya başvurulmasındaki en önemli sebeplerden biri, isnat edilen suçun toplumsal infiale neden olmasıdır. Dolayısıyla toplumsal infiale dayalı tutuklama nedeni sistemimizde *de jure* mevcut değildir ve fakat sistemimizde *de facto* ve hukuka aykırı olarak tatbik edilmektedir.
- b. Hafif suçlarda da tutuklamaya başvurulabilmesi için tutuklama nedenlerinin gerçekleşmesi gerekir, hafif suçlarda tutuklamanın alanını daraltan düzenlemeler yapılabilir ve fakat suçun ağırlığına ya da hafifliğine göre tutuklama nedenlerinin farklılaştırılması, tutuklamanın koruma tedbiri vasfı ile

bağdaşmamaktadır. “*Verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri*” ölçütünün, CMK m. 100/1, c. son hükmünden çıkartılması uygun olacaktır. “*Yatarı olmayan ceza*” gibi amorf kavramların kullanılarak amaç kişi özgürlüğü bakımından iyi olarak nitelendirilecek bile olsa tutuklamaya başvurulamayacağını iddia etmeyi doğru bulmamaktayız. Geniş kapsamlı tutuklama pratiğine karşı çıkmak için enstrümanlarımız, “*beklenen ceza*” ya da “*yatarı olmayan ceza*” gibi kavramlar değil, bilakis tutuklamanın vasfı, işlevi ve meşru tutuklama nedenleri ile tutuklamanın diğer şartlarıdır.

8. Meşru Olmayan Bir Tutuklama Formu ve Tutuklama Nedeni olarak Önleyici Tutuklama

Tutuklama nedeni olarak suç işleme ya da tekrar tehlikesi, ceza hukukunun polisleşmesinin ceza muhakemesi hukukundaki görünüm şekillerinden biridir; ceza muhakemesi hukukunun ve bir koruma tedbiri olarak tutuklamanın amaçlarıyla uyumsuz, meşru olmayan bir tutuklama nedenidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ALBRECHT, Hans - Jörg, “Tutuklama Hukuku ve Uygulaması Avrupa’da Karşılaştırmalı Bir Perspektif”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çev. Mehmet Aslan, C. 10, S. 125, Ocak 2015, s. 29 - 53.

Anayasa Mahkemesi, E.1963/197, K.1963/166, 26/06/1963.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, 2021.

CENTEL, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S. 1 - 2, 2011, s. 49 - 93.

CENTEL, Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, 1992.

CİHAN, Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 3 - 4, 1962, s. 701 - 712.

<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3072024094245istatistik-1.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 28.07.2025.

ÇAĞLAYAN, Muhtar, “Tevkif (Tutma) Üzerinde İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl. 67, S. 5-6, 1976, s. 400 - 415.

DEMİR ODABAŞI, Özge, “Suçsuzluk Karinesi Açısından Tutuklama Tedbiri”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2025.

DÜLGER, Murat Volkan/TAŞKIN, Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2023.

EREM, Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara, 1968.

ERGÜNE, Elif, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı**, İstanbul, 2024.

ERMAN, R. Barış, “Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, İstanbul, 2006.

BBI 2019 6697, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2368/de>, Erişim Tarihi. 04.08.2025.

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/267/de>, Erişim Tarihi. 03.08.2025.

FRISTER, Helmut, **Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts**, Berlin, 1988.

<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>, Erişim Tarihi. 03.08.2025. (**Alman Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung**).

GÖKALP, Mehmet, “Tevkifin Gerekeçesi”, **Adalet Dergisi**, 1971/7, s. 447 - 451.

GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beşinci Baskı, Ankara, 2021.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti (Türk Hukukunda Muvakkat Yakalama, Tevkif)**, Ankara, 1958.

GRÄBENER, Niklas, **Zweifelssatz und Verbandsstrafe**, Berlin, 2019.

HINTERHOFER, Huber/OSHIDARI, Babek Peter, **System des österreichischen Strafverfahrens**, Wien, 2017.

İBİCİOĞLU, Gözde, **Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama**, İstanbul, 2019.

İNCİ, Z. Özen, **Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, 6526, 6638 ve 6763 Sayılı Kanunlara Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2017.

KAHRAMAN, Recep, “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen “Katalog Suçlarda Tutuklama” (Md. 112/3)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 71/2, 2022, s. 745 -778.

KANTAR, Baha, **Ceza Muhakemeleri Usulü 1. Kitap**, Dördüncü Bası, 1957.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Neu bearbeitete Auflage, Hrsg. Christoph Barthe, Jan Gericke, München, 2023. (GRAF, Jürgen Peter - vor § 112, § 112, § 112a).

KATOĞLU, Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”. **Ankara Barosu Dergisi**, C. 69, S. 4, Temmuz 2011, s. 19 - 33.

KIRCHBACHER, Kurt/RAMI, Michael, “Vor § 170 - 189” ve “§ 173 StPO”, **Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. FUCHS, Helmut/RATZ, Eckart, Wien, 2009.

KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, İstanbul, 1989.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku - İkinci Kitap: Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü**, Onüçüncü Bası, İstanbul, 2005.

<https://lexetius.com/StPO/112,17>, Erişim Tarihi. 03.08.2025. (**İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu - Schweizerische Strafprozessordnung**).

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, 2023.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/TÜTÜNCÜ, Efser Erden/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 17. Baskı, Ankara, 2023.

PAUER, Johann, “§ 173 StPO”, **Linzer Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. BIRKLBAUER, Alois/HAUMER, Rene/NIMMERVOLL, Rainer/WESS, Norbert, Wien, 2020.

PREUß, Ulrich K., “Vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht”, **Kritische Justiz**, 10/3, 1977, s. 310 - 313.

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326>, Erişim Tarihi. 03.08.2025. (**Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung 1975**).

ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 30. neu bearbeitete Auflage, München, 2022.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts”, **Zeitschrift für gesamte Strafrechts Wissenschaft**, 101/3, 1989, s. 493 - 515.

SEVDİREN, Öznur, “Tutuklama Nedenlerine İlişkin Kanuni Karine Sistemi (Katalog Suçlar) Sorunu: Alman Hukuku ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 206, 2022, s. 127 - 166.

SINAR, Hasan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, İstanbul, 2016.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2018.

ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Ankara, 2023.

TALAS, Serdar/DEMİR, OĞUZHAN, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, **T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Sempozyumu: Suç Genel Teorisi ve Ceza Adleti Bağlamında Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler Tam Metin Bildiri Kitabı**, Ed. Nur Zeliha KAMAN, Ed. Yard. Derya TEKİN, İstanbul, 2024, s. 154 - 166.

TANER, Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İkinci Bası, İstanbul, 1950.

- TANER, Tahir, “Tevkif Sebepleri”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 23 Mart 1955, s. 2.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292)**, Dönem. 22, Yasama Yılı. 3, S. 698.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Ankara, 2021.
- TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I: Genel Kısım**, Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 1984.
- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI MERKEZİ, **Tutuklama Raporu**, İkinci Baskı, Ankara, 2011.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2**, 22. Baskı, Ankara, 2024.
- VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin, **Grundkurs StPO**, 10. neu bearbeitete Auflage, München, 2021.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, 2023.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, “Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 125, Ocak 2015, s. 7 - 28.
- YETKİN, Erdi, **Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2024.
- YETKİN, Erdi, “Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen TCK m. 220/6 Hükmünün Sorunlu Tipiklik Tasarımı ve Geleceğe Dair Öngörüler”, **cezahukuku.org**, <https://ceza.hukuku.org/anayasa-mahkemesi-tarafindan-iptal-edilen-tck-m-220-6-hukmunun-sorunlu-tipiklik-tasarimi-ve-gelecege-dair-ongoruler/>, 2023, E.T. 07.06.2025.
- YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl. 1, S. 1, 1980, s. 67 - 96.
- YÜCE, Turhan Tufan, “Alman - Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Tevkif ve Tevkif Sebepleri”, **Adalet Dergisi**, 1961/5, s. 444 - 455.
- YÜCEL, Mustafa Tören, “Tutuklama Paradoksu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 23, S. 91, Kasım 2010, s. 291 - 299.
- VENIER, Andreas/TIPOLD, Alexander, **Strafprozessrecht**, 15. Auflage, Wien, 2022.

1924 Anayasası Döneminde Yürütmenin Olağandışı Düzenleme Yetkisi^(*)

Extraordinary Regulatory Power of the Executive Body During the
Period of the Constitution of 1924

Muhammed GÖÇGÜN^(**)

Batuhan USTABULUT^(***)

Öz:

1924 Anayasası’nda kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı olarak kabul edilen karma bir hükümet modeli benimsenmiştir. Yasama ve yürütme kuvvetlerini yasama organında birleştiren bu Anayasa’da yürütme fonksiyonunun Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilebilmesi mümkün kılınarak Bakanlar Kuruluna nizamname çıkarabilme yetkisi verilmiştir. Ayrıca 1924 Anayasası döneminde yasama organı, yürütme fonksiyonunun da sahibi olmasına rağmen çıkardığı kanunlarla yürütme organının olağandışı olarak nitelendirilebilecek düzenleyici işlemler yapabilmesine imkan tanımıştır. Yürütme organına verilen bu yetki, yasama ve yürütme organları arasındaki sıkı ilişki ve yürütme organının bağımsız bir şekilde hareket edemiyor olması bakımından 1924 Anayasası’nın kabul ettiği karma hükümet sistemi ile ilgilidir. Bu dönemde Bakanlar Kurulunun; bazı koşullarda kendisine tanınan düzenleme yetkisinin sınırlarındaki belirsizliğe ilaveten kanunun uygulanmasına ve kanunun uygulanmasının sona ermesine karar vermesine imkân tanınması, yürütmenin düzenleme yetkisinin “türevsel” niteliği aştığını göstermektedir. Bu durum, yürütmenin yaptığı düzenlemeleri ortaya çıkan etki ve sonuçlar bakımından kanun gücüne yaklaştırmıştır. Bununla birlikte bu dönemde yürütme organının, kendisine verilen olağandışı düzenleme yetkisi kapsamında çıkardığı nizamnamelerin onu yasama alanına yaklaştırdığı kabul edilse bile bu düzenlemelerin kanun hükmünde olduklarını söylemek mümkün değildir.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.05.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 03.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1701511

Bu makaleye atf için: GÖÇGÜN, Muhammed / USTABULUT, Batuhan, “1924 Anayasası Döneminde Yürütmenin Olağandışı Düzenleme Yetkisi”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 743-780

^(**) *Dr. Öğr. Üyesi*, Ankara Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: muhammed.gocgun@ankamedipol.edu.tr
Orcid: 0000-0003-3918-759X

^(***) *Dr. Öğr. Üyesi*, Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Yalova - Türkiye
E-posta: batuhan.ustabulut@yalova.edu.tr
Orcid: 0000-0003-1627-1318

1971 Anayasa değişiklikleri ile yürütmeye kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Yürütmenin bu yetkisi 1982 Anayasası'nda da yer almış, ayrıca olağanüstü hallerde yürütmenin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilmesi de mümkün kılınmıştır. Nihayet, 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanına olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Böylelikle 1924 Anayasası ile başlayan ve yasama yetkisinin devredilmezliği ile yakın ilişki içerisinde olan, yürütmenin olağandışı düzenleme yapma süreci, yürütmenin doğrudan kanun hükmünde düzenlemeler yapabildiği bir noktaya evrilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

1924 Anayasası, Nizamname, Düzenleme Yetkisi, Yasama Yetkisinin Devredilmezliği, Yürütmenin Türevselliği.

Abstract:

The Constitution of 1924 adopted a mixed government model combining unity of powers and separation of functions. The Constitution of 1924, which combines the legislative and executive powers in the legislative body, makes it possible for the executive function to be used by the President and the Council of Ministers, and the Council of Ministers is given the authority to issue regulations. Although the legislative body was also the owner of the executive function during the period of the Constitution of 1924, it allowed the executive body to make regulatory acts that could be described as extraordinary through the laws it enacted. This authority granted to the executive branch is related to the mixed government model adopted by the Constitution of 1924 due to the close relationship between the legislative and executive branches and the inability of the executive branch to act independently. In this period, the Council of Ministers was allowed to decide on the implementation of the law and the termination of the implementation of the law, in addition to the uncertainty in the boundaries of the regulatory power granted to it under certain conditions, and this shows that the regulatory power of executive branch has exceeded its "derivative" character. This situation brought the regulations made by the executive closer to the force of law in terms of the resulting effects and results. However, even if it is accepted that the regulations issued by the executive branch within the scope of the extraordinary regulatory power granted to it in this period brought it closer to the legislative area, it is not possible to say that these regulations had the force of law. The power of the executive branch to issue decrees with the force of law was accepted with the amendments in 1971. This power of the executive was also included in the Constitution of 1982, and it was also made possible for the executive to issue emergency decrees during the state of emergency. Finally, the amendments of 2017 authorized the President to issue emergency decrees. Thus, the process of extraordinary regulation by the executive, which started with the Constitution of 1924 and was in close relation with the principle of nondelegation of legislative power, has evolved to a point where the executive's power to make main regulatory action has been "named".

Keywords:

The Constitution of 1924, Regulation, Regulatory Power, Nondelegation of Legislative Power, The Principle of Derivativeness of the Executive Power.

Extended Summary:

The Constitution of 1924 adopted a mixed system of government, known as the unity of powers and separation of functions model. Although the legislative and executive functions were vested in the legislative body, the Grand National Assembly of Turkey, it was observed during this period that the legislative body authorized the executive body, which had a close relationship with it, to make some of the regulations it wanted to make. Article 52 of the Constitution allowed the Council of Ministers to issue regulations. According to this provision, the Council of Ministers could issue regulations to show the manner of application of laws or to determine the matters it

commands, provided that they did not introduce any new provisions and were subject to the supervision of the Council of State. This provision in the Constitution demonstrates that this power of the Council of Ministers is considered a derivative power. However, during the period of the Constitution of 1924, the legislature made it possible for the executive branch to establish regulatory acts other than regulations through some laws it enacted. Notably, the Constitution does not contain any regulation on this issue.

By the provisions stipulated within the Constitution of 1924, the legislature granted the Council of Ministers the power of extraordinary regulation to eliminate extraordinary conditions that arose. However, since it was not possible to eliminate these extraordinary conditions through laws and regulations, extraordinary powers were granted to the government. This power, which we characterize as the “extraordinary regulatory power of the executive”, needs to be analyzed in terms of the principle of nondelegation of legislative power. In the period of the Constitution of 1924, it is noteworthy that the limits of the authority of the Council of Ministers to make extraordinary regulations were unclear. Since the limits of the extraordinary regulation power of the executive branch were not defined by law and the legislature did not set forth the basic principles regarding the exercise of this power, it was determined that this power was contrary to the principle of derivativeness of the executive power.

The amendments of 1971 to the Constitution of 1961 made it possible for the Council of Ministers to issue decrees having the force of law upon authorization by the legislature. In the Constitution of 1982, the Council of Ministers was again granted this authority, and it was also made possible for the Council of Ministers to issue decrees having the force of law in the state of emergency. The authorization of the Constitution of 1982 granted to the Council of Ministers to issue emergency decrees having the force of law has enabled the executive branch to issue main regulatory acts. Thus, the extraordinary regulatory power in the Constitution of 1924, the limits of which were not clearly defined and framed, was transformed into an extraordinary regulatory power with defined limits and institutionalized by the Constitution. The authorization of the Council of Ministers to issue decrees having the force of law and the adoption of the Council of Ministers to issue emergency decrees having the force of law in the state of emergency has resulted in the strength of the executive. This development enabled the government to expedite decision-making in response to rapid global changes, particularly in the economic and social spheres. Therefore, it can be posited that the extraordinary regulatory powers of the executive branch, as delineated in the Constitution of 1924, have been endowed with a constitutional and systematic character, as evidenced by the decrees issued by the Council of Ministers. The Council of Ministers, which convenes under the presidency of the President during periods of state of emergency and martial law, is entrusted with the responsibility of addressing the issues that led to the declaration of state of emergency or martial law.

In this article, the extraordinary regulatory power of the executive branch is examined and the meaning of this power and how it emerged are determined. The article argues that the extraordinary regulatory power of the executive is not compatible with the derivativeness of the executive power. In addition, the study focuses on the transformation and institutionalization of the extraordinary regulatory power into emergency regulatory power and examines how this power functions in terms of strengthening the executive. Therefore, this article analyzes the transformation of the executive’s extraordinary regulatory power under the Constitution of 1924 into emergency regulatory power through emergency decrees having the force of law and emergency presidential decrees in the historical process. Consequently, the constitutional process in which the executive’s capacity to establish main regulatory action was “named” is also among the issues emphasized in this study.

GİRİŞ

1924 Anayasası, kabul ettiği karma hükümet sistemi ile diğer anayasalarımızdan ayrılmaktadır. “Kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı” olarak tanımlanan¹ bu hükümet sisteminde yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) yürütme kuvvetinin de sahibi konumunda olmakla birlikte yürütme fonksiyonu, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından ifa edilmiştir.

1924 Anayasası Bakanlar Kurulunun bir düzenleyici işlem olarak nizamname (tüzük) çıkarabilmesine imkân tanımıştır. Fakat Anayasa’da yürütmenin genel nitelikte düzenleme yapabilmesini sağlayacak herhangi bir yetkilendirme yapılmamıştır. Buna rağmen bu dönemde yasama organı tarafından çıkarılan çeşitli kanunlara dayanılarak Bakanlar Kurulunun nizamnameler haricinde de düzenleyici işlemler yaptığı görülmektedir.

Bu dönemde hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistem arasında karma bir sistem şeklinde ortaya çıkması, yasama ve yürütme organları arasında yakın bir ilişkinin söz konusu olmasına neden olmuş ve bunun doğal bir sonucu olarak da yürütme, yasamadan bağımsız bir şekilde hareket edememiştir. 1924 Anayasası’nda yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasamada birleşmiş olmasına rağmen görevler ayrılığının benimsenmiş olması nedeniyle yasama organının yapmak istediği bazı düzenlemeleri kendisinden ayrı ya da bağımsız olmayan ve kendisiyle yakın ilişkisi devam eden yürütme organına havale ettiği görülür. Dolayısıyla 1924 Anayasası döneminde hükümet sisteminin karma yapılı olmasının yasama ile yürütme organları arasında rol geçişlerine neden olduğunu söylemek mümkündür.

1924 Anayasası’nda yürütmenin nizamname haricinde düzenleyici işlemler yapabilmesine imkân tanıyan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna rağmen bu dönemde yasama organı, çıkardığı kanunlarla olağanüstü durumlarda gerekli düzenlemeleri yapabilmesini teminen yürütme organına yasamanın düzenleme alanı kapsamına giren işlemler yapma yetkisi vermiştir². Kuşkusuz, TBMM’nin yürütmeye bu mahiyette bir düzenleme yetkisi vermesindeki ana etken, meydana gelen olağanüstü durumlara karşı yürütme organı tarafından alınacak tedbirlerin zamanında ve etkili şekilde hayata geçirilmesi gerekliliğidir³.

¹ YÜCE, Turhan Tufan, **1924 Anayasası ile 1961 Anayasası Arasında Temel Yapıları Yönünden Bir Karşılaştırma ve Özellikle Danıştay Meselesi**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1971, s. 11; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 29.

² BALTA, Tahsin Bekir, **Türkiye’de Yürütme Kudreti**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 39.

³ BALTA, s. 39.

1924 Anayasası döneminde, ortaya çıkabilecek olağanüstü gelişmelerin doğuracağı olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi için yasama organı tarafından yürütme organına verilen yetkiler iki şekilde tezahür etmiştir. Bunların ilkinde, yapılan yetkilendirmeler sonucunda yürütme organı genel olarak sınırları kanunda açıkça belirlenmemiş, çerçevesi tam olarak çizilmemiş bir yetkiye sahip kılınmıştır. 1924 Anayasası döneminde yasama organı tarafından çıkarılan Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile 2294 sayılı Kanun⁴, yürütme organını çerçevesi tam olarak çizilmemiş, temel ilkele-ri kanunda belirlenmemiş bir alanda yetkilendirmiştir. İkinci olarak ise yasama organı Millî Korunma Kanunu ile belli bir çerçeve çizmek suretiyle yürütme organını yetkilendirmişse de bu yetkilendirme diğer iki kanundan farklı bir mahiyet arz etmiştir. Zira bu ikinci yöntemde yasama organı, yürütme organını kanunun uygulanmasına ve kanunun uygulanmasının sona ermesine karar vermeye yetkili kılmıştır.

Konunun yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bakımından önem arz ettiği açıktır. Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası'nda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine açıkça yer verilmesine rağmen 1924 Anayasası'nda bu ilke doğrudan yer almamıştır. Bu dönemde yasama organı tarafından yürütmeye verilen yetkide temel ilkelerin ortaya konulmamış olması ve bu yetkinin sınırlarının tam olarak gösterilmemiş bulunması, kanun yapma yetkisinin, diğer bir ifadeyle asli nitelikte düzenleme yapma yetkisinin, devri olarak yorumlanabilir. Diğer yandan 1924 Anayasası'nda benimsenen yasama-yürütme ilişkisi dikkate alındığında yasama organı tarafından yürütmeye verilen bu yetkinin özgün bir düzenleme yöntemi ve tekniği içerdiği de açıktır.

1924 Anayasası döneminde yürütme organının, sınırları yasama organı tarafından tam olarak belirlenmemiş bir alanda kullanma imkânına sahip olduğu düzenleme yetkisinin; kanunlarla ve dolayısıyla yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle ilişkisi, bu kapsamda da yürütme yetkisinin türevsellliği/ikincilliği ilkesiyle bağdaşmayan bir nitelik arz etmesi bakımından yürütmenin sahip olduğu klasik/olağan düzenleme yetkisinden ayrıldığı görülmektedir. Aynı şekilde yürütme organının bir kanunun uygulanmasına ya da uygulanmasının sona ermesine karar vermesi de yasama fonksiyonu kapsamında bir tasarruf olarak düşünülebilir. Bu nedenlerle yürütmenin 1924 Anayasası döneminde kullandığı bu yetkilerin olağanüstü hal, sıkıyönetim ya da sefer-

⁴ “Ticaret mukavelesi veya modüs vivendi aktetmiyen Devletler ülkesinden Türkiyeye yapılacak ithalâta memnuiyetler veya tahdit veya takyitler tatbikına dair olan 22 Temmuz 1931 tarih ve 1873 numaralı kanuna müzeyyel kanun” için bkz. RG. 20/06/1933, S. 2432.

berlik ilânı olmaksızın da kullanılabilen “*olağandışı nitelikte bir düzenleme yetkisi*”⁵ olarak adlandırılması mümkündür.

1924 Anayasası döneminde ortaya çıkan olağandışı durumlar karşısında devletin gerekli refleksi zamanında gösterebilmesi amacıyla yürütmeye verilen olağandışı düzenleme yetkisinin incelendiği bu çalışmada öncelikle bu dönemde yürütmenin sahip olduğu olağan düzenleme yetkisinin özellikleri belirlenecektir. Bunun ardından yürütmeye olağandışı düzenleme yetkisinin verilmesinde hükümet sisteminin karma yapıda olmasının nasıl bir etkiye sahip olduğu üzerinde durulacaktır. Çalışma kapsamında ayrıca 1924 Anayasası döneminde çıkarılan ve hükümete olağandışı düzenleme yetkisi tanıyan kanunlar ayrı ayrı ele alınarak bu düzenlemelerin yürütme yetkisinin türevselliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri ile ilişkisi incelenecektir. Son olarak, yürütmenin 1924 Anayasası uyarınca sahip olduğu olağandışı düzenleme yetkisinin tarihsel süreçte olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (KHK) ve olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) vasıtasıyla olağanüstü düzenleme yetkisine dönüşümünü içeren anayasal süreç de çalışmada üzerinde durulan konular arasında yer almıştır.

I. 1924 ANAYASASI'NDA YÜRÜTMENİN YAPISI VE OLAĞAN DÜZENLEME YETKİSİ

A. Genel Olarak

Yasama ve yürütme yetkilerinin yasama organında birleştiği 1924 Anayasası'nın 5. maddesinde yasama yetkisi ve yürütme gücünün TBMM'de tecelli edip yine TBMM'de toplanacağı; 6. maddesinde Meclisin yasama yetkisini bizzat kullanacağı, 7. maddesinde ise yürütme yetkisinin Meclis tarafından seçilen Cumhurbaşkanı (Reisicumhur) ve Cumhurbaşkanınca belirlenen bir Bakanlar Kurulu (İcra Vekilleri Heyeti) tarafından kullanılacağı belirtilmiştir⁶. Bunun dışında yasamaya ilişkin düzenlemeler “vazife-i teşriye” başlıklı ikinci kısımda, 9-30. maddelerde yer almış; yürütmeye ilişkin hükümler ise “vazife-i icrai-

⁵ Çalışmada “olağandışı nitelikteki bir düzenleme yetkisi” ibaresiyle aynı anlamı ifade edecek şekilde “olağandışı düzenleme yetkisi” ibaresinin kullanımı tercih edilmiştir.

⁶ 1924 tarihli Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu, 10/01/1945 tarih ve 4695 sayılı Kanun'la dil bakımından sadeleştirilerek “Anayasa” adını almıştır (RG. 15/01/1945, S. 5905). 24/12/1952 tarih ve 5997 sayılı “491 sayılı Teşkilâtı Esâsiye Kanununun tekrar meriyete konulması hakkında Kanun” ile Anayasa'nın dili eski haline getirilmiş ve Anayasa yeniden “Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu” olarak adlandırılmıştır (RG. 31/12/1952, S. 8297).

ye” başlıklı üçüncü kısımda ve 31-52. maddelerde düzenlenmiştir⁷. Belirtmek gerekir ki, TBMM’ye verilen yürütme gücü kapsamındaki yetkilerin Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacağına öngörülmesi, Meclisin teorik olarak yürütme yetkisine sahip olsa da bu yetkiyi bizzat kullanamayacağı anlamına gelmektedir⁸.

1924 Anayasası’nın genel esaslar bölümünde yer alıp yasama ve yürütme erklerinin yasama organında birleşmesini öngören bu hükümler, 1924 Anayasası’nda egemenliğin kullanılma biçiminin “*kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı*” olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanmıştır⁹. Öte yandan 1924 Anayasası’nda yer alıp yasama ile yürütmenin yapısını ve birbirleriyle ilişkisini düzenleyen çeşitli maddeler de 1924 Anayasası’nda öngörülen hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemiyle parlamenter sistem arasında karma bir yapıda olmasını sağlamıştır¹⁰.

⁷ Tahsin Bekir Balta, 1924 Anayasası’nın kabul ettiği bu sistemi “bir nevi parlâmenter sistemle yumuşatılmış bir kuvvetler ayrılığı” olarak nitelendikten sonra şu cümleyi kurmuştur: “*Yürütme kudretini meclise mal edip hükümeti adeta meclisin yürütme vasıtası gibi gösteren anayasa hükmü aslında, Milli Mücadele devrinin, bugünkü anayasa rejimimizde ameli sonucu olmayan nazari bir bakiyesinden ibaretir.*” Bkz. BALTA, s. 8.

⁸ ÖZBUDUN, Ergun, **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 17. Aynı yönde: ÖZTÜRK, K. Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 62.

⁹ YÜCE, s. 11; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 29.

¹⁰ Ali Fuat Başgil, 1924 Anayasası’nın meclis hükümeti sistemine daha yakın olmakla birlikte meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistem arasında bir karma sistem getirmiş olduğu görüşündedir. Bkz. BAŞGİL, Ali Fuat, **Esas Teşkilât Hukuku**, Cilt I, Fasikül II, Baha Matbaası, İstanbul, 1960, s. 442. Selçuk Özçelik, 1924 Anayasası’nın kabul ettiği hükümet sisteminin saf meclis hükümeti sistemi olduğunun söylenemeyeceğini belirterek hem meclis hükümeti sisteminin hem de parlamenter sistemin bazı özelliklerini içerisinde barındıran karma bir sistem olduğunu ifade etmiştir. Özçelik, 1924 Anayasası’nın kabul ettiği hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemine daha yakın olduğunu belirterek 1924 Anayasası’nın benimsediği hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistemin bir sentezi olduğunu (ÖZÇELİK, A. Selçuk, **Esas Teşkilât Hukuku Dersleri**, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 104) ve bu Anayasa ile “nev”i şahsına münhasır bir karma rejim” getirildiğini vurgulamıştır (ÖZÇELİK, A. Selçuk, “Yeni Anayasamız Muvacehesinde Yasama ve Yürütme Organlarının Münasebetleri Hakkında Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1961, C. 27, S. 1-4, s. 36). İlhan Arsel de “1924 Anayasasının kısmen Meclis Hükümeti sistemine ve kısmen de Parlâmenter rejime mütemayıl bir hava içerisinde hazırlandığını” vurgulamıştır (ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 99). Ergun Özbudun’a göre ise fesih yetkisi parlamenter sistemin zorunlu bir unsuru değildir ve 1924 Anayasası’nın kabul etmiş olduğu hükümet sisteminin, yürütme organına fesih yetkisini vermemiş olması nedeniyle, karma hükümet sistemi olarak tanımlanması mümkün değildir (ÖZBUDUN, **1924 Anayasası**, s. 17-18). Özbudun’a göre, “*tarafsız ve sorumsuz devlet başkanlığı, karşı-imza ilkesi, bakanların bireysel ve ortak siyasal sorumluluğu, fonksiyonlar ayrılığı gibi, parlamenter rejimin bütün ilkeleri*” 1924 Anayasası’nda bulunmaktadır (ÖZBUDUN, **1924 Anayasası**, s. 21). 1924 Anayasası’nın kabul etmiş olduğu hükümet sisteminin organik ve fonksiyonel anlamda parlamenter sistem olduğu, dolayısıyla karma sistem olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. ŞAHİN, Engin, “1921 ve 1924 Anayasalarında Hükümet Sistemleri: “Karma Sistem” Kabulünün Eleştirisi”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Y. 2024, C. 19, S. 3, s. 831-837.

1924 Anayasası'nın yürütmeye ilişkin getirdiği düzenlemelerin üst başlığının “vazife-i icraie” olması, diğer bir ifadeyle Anayasa'da yürütmenin görev olarak düzenlenmesi, Anayasa ile kabul edilen hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemi olduğunu düşündürülebilir. Buna karşılık Anayasa'nın yasamaya ilişkin getirmiş olduğu düzenlemeler de benzer bir şekilde “vazife-i teşriye” başlığı altında yer almıştır. Dolayısıyla 1924 Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemi olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir¹¹. 1921 Anayasası'nda ise meclis hükümeti sistemi benimsenmiş olmakla birlikte 29 Ekim 1923 tarihli Anayasa değişikliği ile Cumhuriyetin ilân edilmesi, sistemi parlamenter sisteme doğru dönüştürmeye başlamıştır. Zira Cumhuriyetin ilân edilmesine uygun bir şekilde Cumhurbaşkanlığı makamı ihdas edilmiş, dolayısıyla hükümetin parlamenter sisteme uygun bir şekilde kurulması öngörülmüştür. 1924 Anayasası'nın kabulü ile bu özelliğe ek olarak fonksiyonlar ayrılığı ve karşı imza kuralı gibi parlamenter sisteme ait özellikler benimsenmiştir¹². Bu doğrultuda 1924 Anayasası'nın getirdiği hükümet sisteminin karma yapılı olarak nitelendirilmesinin nedeni, bu hükümet sisteminin hem meclis hükümeti sisteminin hem de parlamenter sistemin çeşitli özelliklerini barındırıyor olmasıdır. Özellikle 1924 Anayasası'nın 5. maddesinde yasama ve yürütme gücünün yasama organında birleştiğinin belirtilmiş olması meclis hükümeti sistemine özgü bir düzenlemedir¹³. Benzer bir şekilde yasama organının hükümeti denetleyip düşürebilmesine imkân tanınmışken yürütme organının TBMM'yi feshedebilme yetkisinin bulunmaması da yine meclis hükümeti sistemine özgü bir özellik olarak 1924 Anayasası'nın kurduğu hükümet sisteminde yer almıştır. Yürütme kuvvetinin Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu eliyle kullanılması ve hükümetin kurulabilmesi için yasama organının güvenoyu vermesi gerektiğine dair düzenlemeler ise hükümet sistemini parlamenter sisteme yaklaştıran yönlerdir¹⁴.

Cumhuriyet dönemi anayasaları arasında 1924 Anayasası, yürütmeye açıkça düzenleme yetkisinin verildiği ilk anayasa olması bakımından da önemlidir¹⁵. Nitekim Anayasa'nın 52. maddesinde Bakanlar Kurulunun kanunların uygulanış şeklini göstermek veya emrettiği hususları tespit etmek amacıyla, yeni bir hüküm getirmemek ve Şûrayı Devletin denetiminden geçirilmek şartıyla nizam-

¹¹ ÖZBUDUN, 1924 Anayasası, s. 33.

¹² ÖZBUDUN, 1924 Anayasası, s. 21.

¹³ TANÖR, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 23. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 305.

¹⁴ TANÖR, s. 305.

¹⁵ ÖZTÜRK, s. 61.

name çıkarabileceği belirtilmiştir¹⁶. Maddenin devamında ise nizamnamelerin Cumhurbaşkanı tarafından imzalandıktan ve ilân edildikten sonra yürürlüğe gireceği ve nizamnamelerin kanunlara aykırılığı iddiasının TBMM tarafından karara bağlanacağı kabul edilmiştir.

1924 Anayasası'nın 26. maddesinde “*Büyük Millet Meclisi ahkâmı şer’iye’nin tenfizi, kavaninin vaz’ı, tadili, tefsiri ve ilgası (...) gibi vezai’fi bizzat kendi ifa eder.*” düzenlemesine yer verilmiş olması dikkate alındığında bu dönemde kanunların tefsiri (yorumlanması)¹⁷ görevinin de yasama organına ait olduğu görülür. Nitekim 1924 Anayasası'nın 52. maddesi ile nizamnamelerin kanunlara aykırılığı iddiasının TBMM tarafından karara bağlanacağını belirtilmiş olması, Anayasa'nın yasama yorumunu benimsediğini gösteren somut bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸. Bu düzenleme sonucu yasama organının yasama yorumu yapabilmesi, bu dönem içerisinde yasama organının yasama fonksiyonu kapsamında kullandığı en önemli yetkilerden biridir¹⁹. Öte yandan kanunların yorumlanması ve nizamnamelerin kanunlara aykırılığı iddiasının karara bağlanma yetkisi, hükümet sisteminin merkezinde bulunan yasama organının gücünü göstermesi bakımından da dikkat çekicidir.

1924 Anayasası'nın nizamnamelere ilişkin getirdiği düzenlemeleri içeren 52. maddesinin, idarenin düzenleme yetkisinin anayasal dayanağının kesin bir şekilde tespiti bakımından yeterli olmadığı söylenebilir. Zira 1924 Anayasası'nda yürütmenin nizamnamelerden başka düzenleyici işlem yapmasını sağlayacak genel nitelikte bir düzenleme yetkisi açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen bu dönemde çeşitli idareler tarafından “talimatname” adı altında düzenlemeler yapılmıştır²⁰. Örneğin 23/05/1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Mer’iyet Tarihi Hakkında Kanun’un Resmî Gazete’de yayımlanması zorunlu işlemlerin gösterildiği 1. maddesinin (1984 yılında 3011 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırılan) (Z) bendinde; nizamnamelerin hükümlerini açıklamak veya kanun veya nizamnamelerin uygulanmasında memurlara yol göstermek ve kanun ve ni-

¹⁶ 1924 Anayasası'nın 52. maddesinde nizamnameler şu şekilde düzenlenmiştir: “*İcra Vekilleri Heyeti, kanunların süverî tatbikiyesini irae veyahut kanunun emrettiği hususâtı tesbit için ahkâmî cedideyi muhtevi olmamak ve Şûrayı Devletin nazarı tetkikından geçirilmek şartıyla nizamnameler tedvin eder. Nizamnameler Reisicumhurun imza ve ilânıyla mamulünbih olur. Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.*”

¹⁷ Yasama yorumu hakkında bkz. İBA, Şeref, “Türk Parlamento Hukukunda Yasama Tefsiri”, Y. 2022, C. 9, S. 17, **Ombudsman Akademik**, s. 43-62.

¹⁸ İBA, s. 52.

¹⁹ İBA, s. 52.

²⁰ ÖZTÜRK, s. 63.

zamnamelere aykırı hükümler içermemek üzere bir ya da birden çok bakanlık veya Bakanlar Kurulu tarafından kaleme alınan talimatnamelerden söz edilmiştir²¹. İl idareleri ve belediyelerin kanunlara ve nizamnamelere aykırı hüküm içermeyen talimatname çıkarabilecekleri hususu da bu Kanun'un 2. maddesinde kabul edilmiştir. Bu durumda Anayasa'da yer almamakla birlikte kanun koyucu tarafından idarenin nizamnameler dışında da düzenleyici işlem tesis edebileceğinin benimsenmiş olması dikkate değerdir²². Zira idarenin nizamnamelerden başka düzenleyici işlemler de tesis edebiliyor olması ve bu duruma kanun koyucu tarafından açıkça izin verilmesi, eğer Anayasa'ya aykırılık olarak değerlendirilmeyecekse, Anayasa'nın 52. maddesinin yürütmenin düzenleme yetkisinin yegane kaynağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını göstermektedir²³.

1924 Anayasası döneminde yürütmenin olağan düzenleme yetkisinin en temel özelliği, Anayasa'nın nizamnamelere ilişkin 52. maddesinde somutlaştığı şekliyle, bu yetkinin bir kanun olmaksızın kullanılamaması; yani türevsel/ikincil nitelik arz etmesidir. Zira 52. maddeye göre kanunların uygulanış şeklini göstermek veya emrettiği hususları tespit etmek amacıyla çıkarılan nizamnameler ancak yeni bir hüküm getirmemek şartıyla yürürlüğe konulabilir. Buna karşılık; soyut, objektif ve genel nitelikte bir idari işlem türü olan nizamnamelerin Anayasa'da belirtilen amaçlar doğrultusunda; yani bir kanunun uygulanış şeklini göstermek veyahut kanunun emrettiği hususları belirtmek amacıyla zorunlu olarak kanun metninde yer almayan yeni bazı düzenlemeler ya da kurallar ihtiva edeceği de açıktır²⁴. Burada anayasa koyucunun nizamnamelerin yeni hükümler getiremeyeceği kuralıyla ifade etmek istediği şey; daha önce kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, yasama organının konuya ilişkin temel ilke ve esasları belirleyip bir çerçeve çizmeksizin yürütme organı tarafından o alanın ilk defa düzenlenmesi mahiyetinde yeni bir hüküm getiremeyeceğidir²⁵. İşte yürütme

²¹ Bu dönemde idareye talimatname çıkarma yetkisi tanıyan kanunlar için bkz. ÖZTÜRK, s. 63, dipnot 168.

²² ÖZTÜRK, s. 64.

²³ Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK, s. 64.

²⁴ SARICA, Ragıp, **Türkiyede İcra Uzununun Tanzim Salâhiyeti**, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, İstanbul, 1943, s. 57. Ali Fuat Başgil de bu düzenlemenin isabetli olduğunu ve nizamnamelerin yalnızca kanuna aykırı olmama değil, kanunda düzenlenmemiş bir konuda yeni bir hüküm getirmeme şartını da taşıması gerektiğini ifade etmiştir. Zira aslolan, yasama organının iradesi olup yasal bir düzenleme olmaksızın kişilere idarece resen yükümlülük ya da külfet getirilemeyecek, kişi haklarına ilişkin tasarrufla bulunulamayacaktır. Bkz. BAŞGİL, Ali Fuat, **Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, Kenan Basımevi ve Kiliş Fabrikası, İstanbul, 1939, s. 90 vd.

²⁵ Sarica, s. 61. Kemal Gözler de kanun eliyle düzenlenmemiş bir alanda yürütme organı tarafından tüzük, yönetmelik veya başka bir isimle düzenleme yapılabilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 913.

organının uygulanış şeklini göstereceği ya da emrettiği hususları tespit edeceği bir kanun olmaksızın bir alanı ilk defa düzenleyemeyecek olması, yasama yetkisinin aslîliğinin ve buna karşılık yürütme yetkisinin türevselliğinin; yani yürütmenin olağan düzenleme yetkisinin bir gereğidir.

Yasama yetkisinin aslîliği ilkesi, bir düzenleme başlangıcına gerek olmaksızın yasama organının ilk elden düzenleme yapabilmesine imkân tanımaktadır²⁶. Dolayısıyla yasama organı esasında aslî nitelikte düzenleme yapma konusunda kendisinden menkul bir meşruiyete sahip bulunmaktadır²⁷. Yürütme yetkisi ise kanundan türeyen, türev bir yetkidir. Bu nedenle yürütme tarafından yapılacak bütün işlemlerin kanuna dayanması şarttır²⁸. 1924 Anayasası'nın nizamnamelere ilişkin getirmiş olduğu 52. madde düzenlemesi dikkate alındığında, yukarıda da ifade edildiği üzere, yürütmenin olağan düzenleme yetkisinin türev bir yetki olarak tasarlandığı anlaşılmaktadır.

B. Doktrinin Yaklaşımı

1924 Anayasası'nın 52. maddesinde düzenlenen nizamnamelerin hukukî niteliğine ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımlardan ilki Sıddık Sami Onar'a aittir. Onar, 1924 Anayasası'nın 52. maddesiyle getirilen, nizamnameler hakkındaki kanuna aykırılık iddialarının TBMM'de görüleceğine ilişkin kuralın nizamnameleri diğer düzenleyici işlemlerden ayırdığını belirtmiş ve böyle bir ayrımın gerekçesini delegasyon (yetki devri) teorisine dayandırmıştır²⁹. Buna göre nizamnameler, kanun koyucunun emri ya da ruhsatıyla yapılan tasarruflardır ve bu tasarrufların asıl sahibi yasama organıdır. Bu nedenle bu düzenlemelerin yasama organının ilgili kanunu yürürlüğe koyarken taşıdığı amaç ve irade doğrultusunda çıkarılıp çıkarılmadıklarının denetimi de yasama organı tarafından yapılmaktadır. Nizamnamelerin kanuna aykırı olama-

²⁶ ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 606.

²⁷ GÖÇGÜN, Muhammed, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 57-58.

²⁸ GÜNEŞ, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 41.

²⁹ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 376. Onar, nizamnameler hakkında diğer idari tasarruflara ilişkin öngörülen itiraz yollarına başvurulamayacağını ve Şûrayı Devlet önünde bir iptal davasına konu olamayacağını belirtmiş ve bu konuda nizamnamelerin maddî anlamda yasama işlemi niteliğinde olduğunu ve yürütme organının nizamname çıkarırken esasında yürütme değil, yasama fonksiyonuna ilişkin bir işlem tesis ettiği görüşünü savunmuştur. Bkz. ONAR, Sıddık Sami, "Nizamnameler ve Talimatnameler", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 1937, C. 2, S. 3-7, s. 267. Bununla birlikte Onar bu konudaki görüşlerini daha sonra "İdare Hukukunun Umumi Esasları" adlı eserinde tavzih etmiştir. Bkz. ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 376-377, dipnot 17.

yacağı ve yeni hükümler ihtiva edemeyeceği kuralını da yine delegasyon teorisyle ilişkilendiren Onar, bu çerçevede yetkinin devredildiği organın yetkinin asıl sahibinin iradesine aykırı işlem tesis edemeyeceğini ve bu iradeyi aşamaya-
cağını vurgulamıştır³⁰. Dolayısıyla Onar’a göre yürütmenin düzenleme yetkisi, Anayasa’da düzenleyici işlem türlerinin yer aldığı maddelerden kaynaklanmaz. Zira yazara göre yürütmenin düzenleme yetkisinin kaynağı bu maddelere hasre-
dilemeyecek olup doğrudan doğruya yürütme ve idare fonksiyonunda, “idarenin
nefsinde” mündemiç bulunmaktadır³¹. Onar ayrıca 1924 Anayasası’nda kuvvet-
ler birliği teorisinin kabul edilmesi ve esasında yürütme kuvvetinin de
TBMM’ye ait olması nedeniyle yürütme fonksiyonunun Cumhurbaşkanı ve
Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilecek olmasının anayasa koyucunun
öngördüğü bir iş bölümü olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır³².
Bunun sonucunda da 1924 Anayasası bakımından yasama organının kendi yet-
kilerinden bazılarını yürütme organına devretmiş olduğu ya da yürütme organi-
nın kanun gücünde işlemler yapma yetkisine sahip kılındığı şeklindeki bir görü-
şe mesafeli yaklaşmak gerekir. Zira 1924 Anayasası’nın kabul ettiği sistemde
yürütme organı, faaliyetlerini zaten TBMM adına ifa etmektedir.

Doktrinde düzenleme yetkisinin dayanağı hakkında görüş bildiren yazarlar-
dan³³ Ragıp Sarıca da, 1924 Anayasası’nda her ne kadar yürütme organının tesis
edebileceği tek düzenleyici işlem olarak nizamnameler yer almışsa da yürütme

³⁰ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 376.

³¹ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 372, 374. Benzer bir durum Amerika Birleşik Devletleri (ABD) bakımından da söz konusudur. ABD Anayasası’nda yürütmenin düzenleyici işlem yapabilmesine ilişkin herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bu çerçevede ABD Federal Yüksek Mahkemesi, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* davasında Başkanın kararname çıkarma yetkisinin olup olmadığını tartışmıştır. Yüksek Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede Anayasa’da bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle Başkanın kanun gücü ve etkisinde işlemler yapma yetkisine sahip olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu karara muhalif kalan Yargıç Robert H. Jackson tarafından yapılan değerlendirme Başkanlık karamamelerinin çerçevesinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Yargıç Jackson’a göre Kongre yetkilendirme yapmadığında yasama ve yürütme organları aynı anda yetki sahibi olmaktadır. Yargıç Jackson, bu durumda bir belirsizlik alanının söz konusu olacağını ve Başkanın, ABD Anayasası’nın II. maddesi kapsamında sahip olduğu doğal (inherent) yetkilere dayanarak işlemler tesis edebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla her ne kadar ABD Anayasası’nda Başkanın kararname çıkarabileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da Başkanın düzenleme yetkisinin Başkanlık makamının doğasından kaynaklandığını kabul etmek mümkündür (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (1952) 343 U.S. 579, (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/#tab-opinion-1940407>, E.T. 10/06/2025). Karara ilişkin detaylı değerlendirme için bkz. USTABULUT, Batuhan, *ABD ve Türkiye’de Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Çerçevesinde Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2023, s. 99-111. Öte yandan benzer doğrultuda Kemal Gözler’in ele aldığı, idarenin düzenleme yetkisinin eşyanın tabiatından kaynaklandığı görüşü için bkz. GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt 1, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 1280 vd.

³² ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 373.

³³ Düzenleme yetkisinin dayanağına ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜNEŞ, s. 75 vd.

organının düzenleme yetkisinin yalnızca 52. maddeye dayandırılmayacağı görüşünü savunmuştur³⁴. Zira Sarıca'ya göre nizamnamelere ilişkin hükümler ihtiva eden 52. madde, esasında yürütmenin genel düzenleme yetkisinin bir tezahürü olup düzenleme yetkisi de yürütme yetkisinin içinde mündemiçtir³⁵. Diğer bir ifadeyle düzenleme yetkisi yürütme yetkisinin doğal ve zorunlu bir sonucudur. Dolayısıyla yürütmenin ayrı bir organ ve kuvvet olarak mevcudiyeti, bu organın genel nitelikte bir düzenleme yetkisine sahip olma durumunu da beraberinde getirir. Bu nedenle yazar, 1924 Anayasası'nın 52. maddesinde yürütme organına nizamname çıkarma yetkisi verildiği için yürütmenin düzenleme yetkisine sahip olduğunu savunmanın yanlış olacağını belirtmiştir. Yazara göre yürütme organının genel nitelikte bir düzenleme yetkisine sahip olmasının asıl dayanağı, Anayasa'nın 7. maddesinde yürütmenin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu marifetiyle kullanılacak olan, yasamadan ayrı bir kuvvet şeklinde düzenlenmesidir³⁶. Böylelikle Sarıca, idarenin tesis edebileceği tek düzenleyici işlem türünün 52. maddede düzenlenen nizamnameler olabileceği iddiasının geçersizliğini savunmuştur. Dolayısıyla yazar, çeşitli kanunlarda idareye verilen talimatname ya da kararname çıkarma yetkisinin yürütme organının Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca sahip olduğu genel düzenleme yetkisi kapsamında bir yetkilendirme olması nedeniyle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği görüşündedir³⁷.

Ali Fuat Başgil ise Anayasa'nın 52. maddesi uyarınca çıkarılan nizamnamelerin delegasyonla, yani yasama yetkisinin devriyle açıklanamayacağını; zira yasama organının yasama yetkisinin asıl sahibi olmadığını, sahip olmadığı bir yetkiyi de devredemeyeceğini ifade etmiştir³⁸. Yazar, yasama yetkisinin sahibinin Anayasa'da "Hâkimiyet bilâ kaydü şart Milletindir" cümlesiyle yer aldığı şekliyle millet olduğunu ve Meclisin bu yetkisini bizzat kullanmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Bunun sebebi ise "vekil" bakımından Meclisin asille; yani milletle arasındaki vekalet ilişkisinin yasama yetkisinin bizzat kullanılması şartıyla kurulmuş olmasıdır³⁹. Çünkü Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan dü-

³⁴ SARICA, s. 26.

³⁵ SARICA, s. 29.

³⁶ SARICA, s. 29. Güneş de bu görüşü desteklemiş ve düzenleyici işlemin temelini açıklamak bakımından en sağlam görüşün Carré de Malberg'den mülhem şekilde Sarıca tarafından savunulduğunu vurgulamıştır. Bkz. GÜNEŞ, s. 79.

³⁷ SARICA, s. 39, dipnot 1.

³⁸ BAŞGİL, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu*, s. 83.

³⁹ BAŞGİL, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu*, s. 83.

zenlemeye göre milleti temsil eden tek ve gerçek temsilci TBMM'dir. Bu düzenlemede ayrıca millet adına egemenlik hakkını sadece TBMM'nin kullanabileceği belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak millet, egemenliğini TBMM aracılığıyla kullanabilme imkânına sahiptir⁴⁰. Yasama yetkisi temsili bir yetki olup mahiyeti icabı devredilebilen ya da nakledilebilen bir yetki olmadığı için de ancak temsilci tarafından kullanılabilir. Yürütme organı ise mümessil değil memurdur. Bu nedenle yasama yetkisinin yürütme organı tarafından vekaleten ya da temsilen de olsa kullanılması mümkün değildir⁴¹. Öte yandan Başgil, nizamnamelerin de bir yönüyle yürütme fonksiyonu kapsamında ve genel düzenleme yetkisine dayanılarak yürürlüğe konulan işlemler olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür⁴².

1924 Anayasası döneminde yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin Tahsin Bekir Balta, 1960 tarihli eserinde yürütme organının yetkilerini; idarenin yüksek yönetimi, dış ilişkiler, askerî faaliyetler, yargı organlarıyla ilgili yetkiler ve düzenleme yetkisi olarak kategorize etmiştir⁴³. Balta'ya göre yürütmenin olağan düzenleme yetkisi, kural olarak, nizamname ve yönetmelik şeklinde idarî metinler çıkarmak suretiyle kullanılabilir⁴⁴. Buna göre nizamname, kanundan sonra gelen ve kanunun uygulanma şeklini ya da emrettiği konuları düzenleyen özel nitelikte bir düzenleyici işlem olup nizamname dışındaki idarî metinleri yönetmelik olarak adlandırmak mümkündür⁴⁵. Yazarın, her idarî merciin görev alanına giren konularda yasal bir dayanağa ihtiyaç olmaksızın yönetmelik çıkarabileceği yönündeki görüşünden⁴⁶ yürütme organının genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğu kanaatini taşıdığı anlaşılmaktadır.

Son olarak K. Burak Öztürk de 1924 Anayasası'nda birçok konunun kanunla düzenleneceği belirtilmiş olmasına rağmen kanunla düzenlenmesi gereken bu konuların nizamname ya da talimatlarla düzenlenmesinin söz konusu olduğuna işaret etmiştir. Yazara göre bu noktada kanunla düzenleme koşulunun sağlanmamasının yanı sıra kanun koyucunun gerekli düzenlemeleri yapmaksızın ilgili alanı idarenin düzenlemesine bırakması, Anayasa'ya aykırılık ihtimali-

⁴⁰ Anayasa'da yer alan bu düzenlemenin temsili demokrasi anlayışının bir tezahürü olarak yorumlanabileceğine ilişkin olarak bkz. ÖZBUDUN, 1924 Anayasası, s. 15.

⁴¹ BAŞGİL, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu*, s. 83.

⁴² BAŞGİL, *Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu*, s. 84.

⁴³ BALTA, s. 36-42.

⁴⁴ BALTA, s. 39-40.

⁴⁵ BALTA, s. 40.

⁴⁶ BALTA, s. 40.

ni gündeme getirmiştir⁴⁷. Ne var ki, 1924 Anayasası'nda kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir mekanizma öngörülmediğinden söz konusu durum, düzenleme yetkisine ilişkin uygulamadaki bir sorun olarak varlığını sürdürmüştür⁴⁸.

II. HÜKÜMETE OLAĞANDIŞI DÜZENLEME YETKİSİ TANIYAN YASAL DÜZENLEMELER

1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde olağandışı düzenleme yetkisi, esas olarak birtakım olağanüstü şartların ortaya çıkarabileceği sorunların kanun ve nizamnameler eliyle giderilebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle hükümete düzenleme yapma ya da genel nitelikte karar alma yetkisi verilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. 1924 Anayasası'nda yürütme organının nizamname haricinde düzenleyici işlem yapabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu dönemde yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla yürütme organının düzenleme yapabilmesi mümkün kılınmıştır.

1924 Anayasası döneminde yürütmeye verilen olağandışı düzenleme yetkisinin kullanılmasına ilişkin iki farklı usulün söz konusu olduğu gözlemlenmiştir. Bunların ilki yasama organının, yürütme organını sınırları kanunla açıkça belirlenmemiş ve çerçevesi tam olarak çizilmemiş bir alana ilişkin çok geniş bir takdir yetkisi vererek yetkilendirmesidir. İkinci usul ise yasama organının çıkarmış olduğu kanun ile belirli bir çerçeve çizmiş olmasına rağmen yürütme organını kanunun uygulanmasına ve kanunun uygulanmasının sona ermesine yetkili kılmış olmasıdır⁴⁹.

Yasama organının yürütmeyi kanunla yetkilendirmesi ile ortaya çıkan yürütmenin olağandışı düzenleme yetkisi, aşağıda yer verilen örneklerde görülebileceği üzere yürütme yetkisinin türevselliği ile uyuşmamaktadır. Zira bilindiği üzere yasama ile yürütme arasındaki olağan ilişki biçimi, yasama yetkisinin aslı

⁴⁷ ÖZTÜRK, s. 64.

⁴⁸ ÖZTÜRK, s. 65.

⁴⁹ 1924 Anayasası döneminde ortaya çıkan olağanüstü gelişmelere ilişkin yürütme organının olağandışı nitelikteki düzenleme yetkisinin kullanılması hakkında farklı bir ayrım daha ortaya konmuştur. Buna göre; yürütme organının olağandışı düzenleme yetkisini kullanmasındaki ilk yöntem, yasama organının çıkardığı sınırlı düzenlemeler içeren/çerçeve bir kanunla yürütmeyi görevlendirmesi ve böylelikle yürütmenin yürürlükteki kanunların yerine geçici yeni düzenlemeler yapabilmesi veya yürürlükteki kanunların uygulanmasını durdurabilmesidir. İkinci yöntem ise yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla yürütmeye belirli yetkilerin tanınması ve bu yetkilere göre yürütme organının düzenleyici işlem tesis edebilmesidir. AYİTER, Ferit, "Millî Korunma Kanunu ve İhtikarla Mücadele", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 1942, C. 6-7, S. 4-24, s. 336.

yürütme yetkisinin ise türevsel olmasıdır. Buna karşılık 1924 Anayasası döneminde yasama organının yapmış olduğu, yürütmeye çok geniş takdir yetkisi tanıyan, düzenlenecek konunun sınırlarının belirlenmediği yetkilendirme dikkate alındığında bu yetkilendirmenin aslî düzenlemelerin kanunla yapılması gerekliliğine aykırı olduğu görülür⁵⁰. Dolayısıyla 1924 Anayasası döneminde Bakanlar Kurulunun sahip olduğu olağandışı nitelikteki bu düzenleme yetkisi, gerek yürütme yetkisinin türevselliğine gerekse yürütmenin kanuna bağlı olma ve kanuna dayanma vasfına aykırı bir yetkilendirme olarak nitelendirilmelidir. Diğer yandan yürütmenin sahip olduğu bu yetki, onu söz konusu düzenlemeler bakımından fonksiyonel anlamda yasama işlemi yapan bir konum ve güce yaklaştırmıştır. Zira yürütme organının, söz konusu düzenleme yetkisi kapsamında yapmış olduğu işlemler kanunun uygulanması işlevinden kolayca ayrılacak şekilde aslî sayılabilecek düzenlemelerdir.

Anayasa’da öngörülmemiş olmasına rağmen yürütmeye kanunla tanınan olağandışı nitelikteki bu düzenleme yetkisi, yasama yetkisinin devri yasağı bakımından da önem arz eder. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda bu yasağın yasamanın kanun yapma yetkisinin devredilememesi anlamına geldiğini; bununla birlikte bu durumun yürütmenin düzenleyici işlem yapmasına engel oluşturmadığını belirtmiştir⁵¹. Bu noktada 1924 Anayasası döneminde yürütmeye verilen olağandışı nitelikteki düzenleme yetkisinin yasamanın kanun yapma yetkisinin devri niteliğinde olup olmadığının tespiti önem arz eder.

1924 Anayasası’nın 6. maddesinde “*Meclis, teşri salâhiyetini bizzat istimal eder.*” kuralına yer verilmiş olmakla birlikte yasama yetkisinin devredilmesini açıkça yasaklayan bir düzenleme Anayasa’da yer almamıştır. Fakat encümen mazbatasında “yasama yetkisinin devredilmesinin asla mümkün olmadığı” belirtilmiştir⁵². Dolayısıyla yürütmeye verilmiş olan olağandışı nitelikteki düzenleme yetkisinin Anayasa’nın lafzına aykırı olduğunu tam anlamıyla söyleyebilmek mümkün değildir. Bununla birlikte 1961 ve 1982 Anayasalarında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine açıkça yer verilmesi⁵³ ve 1961’den itibaren

⁵⁰ TÖGEL, Akif, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 117; SÖYLER, Yasin, **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 98.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/133, K. 2014/165, 30/10/2014.

⁵² Aktaran: ÖZBUDUN, **1924 Anayasası**, s. 36.

⁵³ Teziç, 1924 Anayasası’nın 6. maddesi ile 1961 Anayasası’ndaki yasama yetkisini düzenleyen ve bu yetkinin devredilmesini yasaklayan 5. madde arasında herhangi bir farklılık olmadığını belirtmiştir (TEZİÇ, Erdoğan, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 97).

Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılık iddialarını inceleyebilmesi dikkate alındığında 1924 Anayasası dönemindeki yürütmenin olağandışı nitelikteki düzenleme yetkisinin bu dönemdeki yasama ve yürütme arasındaki ilişkileri özgün kılan bir yöne sahip olduğu da söylenebilir.

Konu yasama yetkisinin genelliği ilkesi⁵⁴ bakımından ele alındığında ise bu ilkenin, yasama organının Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla istediği her konuyu istediği kadar detaylı düzenleyebilmesine imkân verdiği göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁵. Bu durumda TBMM'nin yürütme organını sınırları belirsiz bir alanda çok geniş bir takdir yetkisine dayanarak düzenlemeler yapma hususunda yetkilendiren ya da kanunun uygulanmasına ilişkin tasarruflarda bulunma yetkisi veren iradesinin yasama yetkisinin genelliği ilkesine aykırı olmadığı görülür. Zira yukarıda da belirtildiği üzere 1924 Anayasası'nda yasama yetkisinin devri açıkça yasaklanmadığı gibi bu hususta yasama organının düzenleme yapabilmesini yasaklayan herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir⁵⁶.

Öte yandan Bakanlar Kuruluna yasama organı tarafından kanunla verilen olağandışı nitelikteki düzenleme yetkisinin yasama organı tarafından yine yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde geri alınabilmesinin mümkün olduğu açıktır. Bu yetkinin geri alınabilmesi için yasama organının bir kanun çıkarması yeterlidir. Ayrıca Bakanlar Kurulunun sahip olduğu düzenleme yetkisi kapsamındaki konuların yasama organı tarafından kanunla düzenlenebilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda ilgili konuyu düzenleyen Bakanlar Kurulu kararına değil, kanuna itibar edilmesi gerektiği izahtan varestedir. Zira Anayasa'da Bakanlar Kurulu tarafından yapılacak düzenlemelerin kanun gücünde olduğuna dair herhangi bir kural bulunmamaktadır⁵⁷. Kaldı ki bu düzenlemeler kanun gücünde olsaydı bile kanun koyucunun sonraki tarihte ortaya koyacağı

⁵⁴ Yasama yetkisinin genelliği ilkesi hakkında bkz. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 209.

⁵⁵ Yasama yetkisinin genelliği ilkesine Alman ve İngiliz Anayasa Hukuku literatüründe bu isimle rastlanmadığını belirten Şirin'in, Türk doktrininde sıklıkla yer verilen bu ilkeye ilişkin ileri sürdüğü itiraz ve ortaya koyduğu tespitler için bkz. ŞİRİN, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 138 vd.

⁵⁶ Bununla birlikte olağandışı nitelikte düzenleyici işlem yapılabilmesine imkân tanıyan ve aşağıda incelenecek olan kanunların Bakanlar Kuruluna verdiği düzenleme yetkisinin genel ifadeler içermesi ve yürütme organına bir sınır koymaması, Anayasa Mahkemesinin sonraki yıllarda verdiği kararlar dikkate alındığında yasama yetkisinin devri olarak yorumlanmaya müsaittir. Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/133, K. 2014/165, 30/10/2014.

⁵⁷ Özbudun bu hususu; "yürütme organının hiçbir düzenleyici işlem yapamayacağı anlamında değil, bu işlemlerin kanun kuvvetinde olamayacağı, yani yürürlükteki kanunları değiştiremeyeceği veya kaldıramayacağı anlamında anlamak gerekir." şeklinde ifade etmiştir (ÖZBUDUN, *1924 Anayasası*, s. 36). Teziç de 1924 Anayasası'nın 6. maddesinde yer alan bu düzenlemenin kanun gücünde kararnameler çıkarılmasına müsaade etmediğini belirtmiştir (TEZİÇ, *Kanun Kavramı*, s. 97).

irade ile önceki iradeyi bertaraf etme imkânına sahip olduğu açıktır. Diğer bir ifadeyle normlar hiyerarşisinde kanunun üstünde yer alamayacağı bariz olan bir Bakanlar Kurulu kararının kanunla çatışması durumunda kanunun uygulanmasından başka bir ihtimal düşünülemezdir⁵⁸.

A. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun

1924 Anayasası döneminde yasama organının yürütme organına verdiği olağandışı düzenleme yetkisinin en bariz örneği 20/02/1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da yer almıştır⁵⁹. Zira mezkûr Kanun'un 1. maddesiyle yürütme organına çerçevesi çizilmemiş bir alanda, çok geniş ve kapsamlı bir düzenleme yetkisi verilmiştir. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihteki hali şu şekildedir⁶⁰:

“Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım satımının ve memleketten ihracının tanzim ve tahdidi ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyyettardır.”

Yürürlüğe konulduğu dönemin olağanüstü iktisadî ve malî koşullarının bir sonucu olarak çıkarılan ve ilk başta üç yıl süre ile geçerli olacağı kabul edilen⁶¹ bu kanunun yürütmeye olağandışı bir düzenleme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Zira 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle; herhangi bir ilke, esas ya da kapsam belirlenmeksizin, çerçeve çizmeksizin iktisadî alandaki önemli birtakım işlemlerin düzenlenmesi ve sınırlanması ile Türk parasının korunmasına ilişkin konularda yürütme organına geniş bir karar alma yetkisi tanınmıştır. Böyle bir yasal düzenlemeyle yasama organının 1924 Anayasası'nda benimsenen yasama ve yürütmenin olağan şartlardaki ilişki biçimiyle bağdaşmayacak şekilde, aslî dü-

⁵⁸ Bu durum, 2017 Anayasa değişiklikleri ile kabul edilen 104. maddenin 17. fıkrasındaki; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” şeklindeki düzenlemeyi hatırlara getirmektedir.

⁵⁹ 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun için bkz. RG. 25/02/1930, S. 1433.

⁶⁰ Madde, 15/02/1954 tarih ve 6258 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişikliğe uğramıştır. 1954 tarihli düzenleme şu şekildedir: “Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli maddeler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına Bakanlar Kurulu salahiyyettidir.” Maddede yer alan Bakanlar Kurulu ifadesi ise 02/07/2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesiyle “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir.

⁶¹ Maddedeki üç yıllık süre; 2100, 2686, 3336, 3974, 4512, 5014, 5540, 6060, 6258, 7220, 402, 723 ve 990 sayılı Kanunlarla çeşitli tarihlerde uzatılmış olup, en son 03/02/1970 tarih ve 1224 sayılı Kanunla süresiz olarak uzatılmıştır.

zenleme yetkisinin belli bir konuda ve belli bir süre ve amaç için yürütme organı tarafından kullanılmasını murat ettiği sonucu çıkarılabilir⁶². Dahası bu düzenlemeyle yasama organı, yürütme organına yapacağı düzenlemelerde yürürlükteki mevzuata riayet etme yükümlülüğü de getirmemiş ve adeta iktisadî alanda bir olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilânı⁶³ yetkisi vermiştir. Bunun sonucunda yürütme organı, kanun koyucuymuş gibi davranmak suretiyle ve ülkenin ekonomik anlamda zarara uğramasını engellemek amacıyla içinde bulunulan şartların gerektirdiği her türlü düzenlemeyi, kanun ya da nizamnamelere aykırı olsa dahi, ilk elden yapmak gibi olağanüstü ve istisnâî bir yetkiye kavuşmuştur⁶⁴. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı 1961 Anayasası döneminde faaliyete başlayan Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve Anayasa Mahkemesi, 1963 yılında yaptığı değerlendirmede aşağıdaki gerekçelerle düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına, oy çokluğuyla, hükmetmiştir:

“Anayasamız yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle Anayasa Komisyonu raporundaki tabirle yumuşak kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Buna göre şüphesiz yasama organı kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamaz. Bu prensip Anayasanın 5. maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükûmeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz.

... Bu sebeptendir ki, kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tesbit ve amacı tâyin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğu-

⁶² Özbudun da Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkiyi “hemen hemen sınırsız, genel ve belirsiz bir düzenleme yetkisi” olarak nitelemiştir (ÖZBUDUN, 1924 Anayasası, s. 36-37; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 211).

⁶³ Başgil, bu hususu “idare-i örfiye ilânı” ifadesini kullanarak nitelemiştir. Bkz. BAŞGİL, Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu, s. 79-80.

⁶⁴ SARICA, s. 255-256.

*nu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda, kullanmayı uygun bulmuştur*⁶⁵”.

Anayasa Mahkemesinin, yasama organının düzenleme yetkisine ilişkin verdiği ve sonraki yıllarda geliştirdiği bu içtihadında, belirli bir konuda yasama yetkisinin yasama organı tarafından kullanılmış olmasını yeterli bulduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde kanun koyucunun istediği bir alanı istediği kadar geniş bir şekilde yürütme organına bırakmasının takdir yetkisi çerçevesinde kaldığı görüşündedir. Bununla birlikte yalnızca düzenlenecek konunun adının zikredilerek bu konuların yürütme organı tarafından düzenleneceğinin öngörülmesi, bir bakıma kanun koyucunun belli bir alana ilişkin aslî düzenleme yapma yetkisinden feragat etmesi anlamına gelir. Anayasa’da bir konunun kanunla düzenlenmesinin öngörüldüğü durumlarda, kanun koyucunun bu tercihi Anayasa’ya aykırılık teşkil eder. Zira düzenlenecek konunun kanunda yalnızca adının zikredilmesi, yasal bir düzenleme yapıldığı anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi de 1997 yılında verdiği bir kararda⁶⁶ bu hususu “*kuşkusuz yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmez.*” şeklinde ifade etmiştir. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen konularda kanun koyucunun yürütmeye düzenleme yetkisi vermesidir. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihadı şu şekildedir:

“Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunda çok genel ifadelerle düzenleme yapılarak, ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa’nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden 8. maddesi, gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten 124. maddesi bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanunda belirlenmesi beklenen çerçeve, Anayasa’nın kanunla düzen-

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/4, K. 1963/71, 28/03/1963.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1997/36, K. 1997/52, 20/05/1997.

lenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirmektedir⁶⁷”.

Anayasa Mahkemesinin uzun yıllardır sürdürdüğü bu içtihadı, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen ve öngörülmeyen konular şeklinde bir kriter çerçevesinde hareket ettiğini göstermektedir. Bu çerçevede Mahkemenin Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular bakımından kabul ettiği yerleşik içtihadı ise şu yöndedir:

“Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ancak ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi, yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. Yani yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi yasa ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin bir konuya ilişkin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez⁶⁸”.

Anayasa Mahkemesi 1567 sayılı Kanun'un yargısal denetimini yaptığı 1963 tarihli kararında ise Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen ya da öngörülmeyen konu ayrımını yapmamıştır. Mahkemenin bu kararında benimseydiği görüş, sonraki yıllarda Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/42, K. 2013/60, 09/05/2013.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2008/84, K. 2010/121, 30/12/2010.

konularda yürütme organının yetkilendirilmesine ilişkin içtihadıyla aynı doğrultudadır. Bu karara muhalefet şerhi yazan üyeler de benzer şekilde Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen ya da öngörülmeleyen konu ayrımı yapmamıştır. Bununla birlikte bu üyeler, kanun koyucunun bir konuyu tüm detayıyla düzenlemediği durumlarda konunun genel esaslarına mutlak suretle kanunda yer vermesi, yürütmeye bir çerçeve belirleyip sınır çizmesi gerektiğine ve bunun sonucunda da yürütmenin ancak konunun teknik ve ayrıntıya ilişkin kısımlarını düzenleyebileceğine işaret etmişlerdir⁶⁹. Muhalefet şerhi yazan üyelerin ortaya koydukları bu görüşler, Anayasa Mahkemesinin sonraki yıllarda Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yasama organının yürütme organına verdiği düzenleme yetkisinin anayasal denetiminde kullandığı ölçütler haline gelmesi bakımından önemlidir.

1924 Anayasası'nda kanunla düzenlenme ya da kanunla tanzim edilme şeklinde bir ibare bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'da yer alan; "kanun-

⁶⁹ Üyeler Rifat Göksu ve İ. Hakkı Ülkmen'in muhalefet şerhinin ilgili kısmı şu şekildedir: "Kanun koyucu ele aldığı bir konuyu en ince teferruatına kadar bizzat düzenleyeceği gibi zamanımızda idare tekniğini ve iktisadi mevzuların iktisap ettiği önemle mütenasip ve ihtisasa taallük eden ve teferruat sayılabilecek olan hususların düzenlenmesini yürütme organına da bırakabilir. Ancak bu takdirde konunun niteliğine göre takip edilecek siyasetin genel esaslarını tâyin ve yürütme organının tanzimi tasarruflarda bulunabileceği alanın sınırlarını tereddüt ve ıstibaha yer bırakmayacak şekilde tesbit etmesi gerekir. Şuraya da işaret etmek lâzımdır ki yürütme organına verilecek teferruatı düzenleme yetkisinin Anayasa ile mutlak surette bir kanun konusu sayılmış olan hususlara taallük etmemesi de şarttır. Aksi halde yasama yetkisi yürütme organına devredilmiş ve temel hak ve hürriyetlerin idari emir ve kararlar ile sınırlandırılmasına yol açılmış olur.

1567 sayılı kanunun değişik birinci maddesi ile Bakanlar Kuruluna yetki verilmesinde bu ana esas ve prensiplere riayet edilmemiş, Bakanlar Kuruluna müphem ve sınırsız genel bir yetki verilmiş olduğu açıktır. Düzenlenmesi gereken mevzuu ne kadar geniş ve seyyal olursa olsun takip edilecek siyasetin genel esasları tâyin ve yürütme organının düzenleme yetkisinin sınırları tesbit edilmeden sadece düzenlenecek konunun zikredilmesi suretiyle yürütme organına genel ve objektif hukuk kuralları koymak yetkisi verilmesini, çoğunluk kararında ifade edildiği gibi, yasama yetkisinin kullanılması ve yürütme organına teknik ve ihtisasa taallük eden teferruat hükümlerinin tesbiti yetkisinin bırakılması mahiyetinde telâkki ve kabul etmek mümkün değildir." Üye Ekrem Korkut ise şu görüştedir: "Binaenaleyh Anayasa'ya uygun bir tatbikatta kanun icraya tekaddüm etmeli, mevzuun esas hükümlerini tesbit ederek sahayı, tereddütlere mani olacak şekilde düzenlemelidir. Bir sınır çizdikten ve takip edilecek siyaseti açıkladıktan sonradır ki, teknik ve teferruata ait mesailin tanzimini icraya bırakmalıdır. Bunun dışında kalan her kanun, yasama yetkisinin devri mahiyetinde olarak Anayasa'ya aykırı düşecektir." Son olarak üyeler Şemsettin Akçoğlu, İbrahim Senil ve Celâlettin Kuralmen ise konuya ilişkin görüşlerini şu şekilde ifade etmişlerdir:

"Yürütme organının, duruma göre süratle işe müdahale ederek kararlar alması zorunluluğunun, kendisine peşinen geniş ve hudutsuz yetkiler verilmesini gerekli kaldığı yolunda bir mülâhaza da bahis konusu linci maddenin Anayasa'ya uygunluğunu ispat edemez. Verilen yetkinin sınırlarını açıkça çizmekle, yürütme organının bu çerçeve içinde süratle müdahalesi önlenmiş olmazdı.

1567 sayılı kanunun, fevkalade halin ortaya koyduğu bir ihtiyacı karşılamak için kabul edildiği gerekçeden anlaşılmaktadır. Fakat kanunun kabulünü gerektiren sebep ve şartlar üzerinde durmaya mahal yoktur. Çünkü bu sebep ve şartlar ne olursa olsun Anayasa'ya aykırı olan bir kanunun hukuk düzeninde yer alması tecviz edilemez." Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1963/4, K. 1963/71, 28/03/1963.

la gösterilir”, “kanunla muayyendir”, “kanunla tayin olunur” ya da “kanuna göre” gibi ibareler esasında ilgili konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret eder. Bu nedenle de bu konulara ilişkin yasal düzenlemelerde kanun koyucunun ancak konunun temel esaslarını belirleyip bir çerçeve ve sınır tayin ettikten sonra teknik ve ayrıntılı hususların düzenlenmesini yürütmeye bırakabileceği ifade edilmelidir. Bu gereklilik, anayasa koyucunun ilgili konu bakımından doğrudan ve açıkça yasama organını görevlendirmesiyle ilişkilidir.

Yürütme organının 1567 sayılı Kanun’a istinaden alacağı kararlar⁷⁰ bakımından Anayasa’da bu konuların kanunla düzenleneceğine veya yürütme organına bu yönde bir yetkilendirme yapılabileceğine ilişkin doğrudan ya da dolaylı bir düzenleme yer almamıştır. Bununla birlikte 1567 sayılı Kanun doğrultusunda yürütmenin alacağı kararların aslî nitelik arz etmesi ve bu kararların temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirmesi nedeniyle burada da konuya ilişkin temel esasların aslî düzenleme yetkisinin sahibi olan yasama organı tarafından belirlenmesi gerekir. Zira normal zamanlarda Anayasa’nın 4. maddesi uyarınca milletin yegâne ve hakiki temsilcisi olup egemenlik hakkını millet adına kullanmaya yetkili tek organ TBMM’dir. Bunun sonucunda; Anayasa Mahkemesinin 1963 tarihli kararına muhalif kalan üye Ekrem Korkut’un ifadesiyle “kanunun icraya tekaddüm etmesi”, yani kanunun yürütmenin önünden gitmesi, yürütmeye öncülük etmesi, tabir-i caizse yürütmeye bir kapı aralaması gerekir⁷¹. Bu kapı aralama işlevi, yasama-yürütme ilişkileri çerçevesinde yasama organının sahip olduğu olağan bir yükümlülüğün tezahürüdür. Diğer bir ifadeyle bir konunun Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olup olmamasının bu noktada bir önemi yoktur. Yasama organı, bu görevi yegâne ve hakiki temsilci vasfının bir gereği olarak yerine getirmelidir. Söz konusu kapı aralama faaliyeti, TBMM’nin bir alanı ilk defa düzenleyip, temel prensipleri belirledikten ve bir çerçeve ortaya koyduktan sonra uygulamaya ilişkin, teknik ya da konunun ayrıntılarına müteallik hususları yürütme organının düzenlemesine bırakması şeklinde gerçekleşir. Böyle bir belirleme yapıp, sınırları aşılmayacak bir çerçeve ortaya konmaksızın yürütme organı tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracak nitelikte alınacak kararların olağandışı ve istisnaî bir niteliği haiz bulunduğu söylenmelidir. Bu noktada sorunun 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan temel hak ve özgürlüklerin an-

⁷⁰ Bu kararların düzenleyici ya da birel işlem niteliğinde olabileceği hakkında bkz. SARICA, s. 256, dipnot 1.

⁷¹ Belirtmek gerekir ki, “yasamanın yürütmeye kapı araması”; Güneş tarafından, yürütmenin faaliyette bulunabilmek için ihtiyaç duyduğu aslî nitelikteki tasarrufa işaret etmek için kullanılan “yasama başlangıcı” ifadesiyle aynı doğrultuda bir kullanımdır. “Yasama başlangıcı” ifadesi için bkz. GÜNEŞ, s. 42.

cak kanunla sınırlanacağı yönündeki kuralın 1924 Anayasası'nda bulunmuyor olmasından kaynaklandığına da vurgu yapmak gerekir. 1924 Anayasası'nda bu yönde bir hüküm olması durumunda 1567 sayılı Kanun'la yürütmeye bu kadar geniş bir yetki verilemeyeceği açıktır. Bir başka ifadeyle yürütme organına 1567 sayılı Kanun'la verilen yetkilerin taşıdığı olağandışı nitelik; temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanacağına ilişkin hüküm ihtiva etmeyen bir anayasanın yürürlükte olduğu anayasal sistemde bir konuyu ilk defa düzenleyip konunun temel esaslarını belirleyecek olan organın yasama organı olması gerekliliğiyle alakalıdır. Gerçekten de 1567 sayılı Kanun'a istinaden alınacak kararlar bakımından kanun koyucu; “Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım satımının ve memleketten ihracının tanzimi ve tahdidi” ya da “Türk parasının kıymetinin korunması” hususunda temel prensipleri koymamış, yürütmenin bağlı kalması gereken bir çerçeve çizmemiş ve söz konusu alanın ilk elden yürütme organı tarafından düzenlenmesine izin vermiştir. Bu yönde tesis edilen bir izin, Anayasa'da bu yönde bir istisna bulunmadığı sürece, egemenliğin millet adına yegâne kullanıcısı olan yasama organının yasama yetkisinden, Anayasa'ya aykırı bir şekilde, yürütme organının lehine feragat etmesi anlamına gelir. Burada belirtmek gerekir ki, yasama genel ve aslî bir yetki olduğundan yasama organı her ne kadar bir konuyu düzenleyip düzenlememekte serbest ise de yasama organının, daha önce düzenlenmemiş bir konunun yürütme organı tarafından düzenlenmesine ilişkin kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetkinin sahibi ancak anayasa koyucu olabilir. Dolayısıyla ancak anayasa koyucunun verebileceği bir yetkiyi kanun koyucunun vermesi kanun koyucunun kendini anayasa koyucu gibi konumlandırması anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle yasama organı bu durumda, böyle bir yetkisi olmadığı halde“ mümessil değil, memur olan” yürütmeyi mümessil konumuna yükseltmiş olur. 1924 Anayasası'nın yürütme organına aslî nitelikte düzenleyici işlem yapma yetkisi vermediği dikkate alındığında böyle bir durumun ortaya çıkmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği açıktır.

24/07/2025 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7555 sayılı Kanun'la⁷² 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da önemli değişiklikler yapılmıştır. 7555 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 1567 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Cumhurbaşkanına verilen yetkiler genişletilmiştir. Değişiklik sonrası Kanun'un 1. maddesi; “*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım satımı ve kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhte-*

⁷² 7555 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 635 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. RG. 24/07/2025, S. 32965.

vi her nevi eşya ve kıymetlerin alım satımı, kıymetli madenlerin rafınajı ile tüm bu eşya ve kıymetlerin, ticari senetlerin ve tediyei temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk Parasının kıymetinin korunması zımında kararlar itti hazına Cumhurbaşkan ı sal ahiyetlidir.” hâlini almıştır⁷³. Böylelikle Cumhurbaşkan ının kıymetli evrak, eşya ve maden alım-satımı ile ithalat ve ihracatına ilişkin düzenleme ve sınırlama yetkileri arttırılarak yürütmenin ticarî hayata doğrudan müdahale imkân ve araçları genişletilmiştir. Bu durum, 1924 Anayasası döneminde yürütmeye tanınan olağandışı düzenleme yetkisinin izlerinin günümüzde de devam ettiğini göstermektedir. Olağandışı düzenleme yetkisi, yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkinin özgün karakterini tayin etmeye devam etmekte; dahası, yasama ve yürütme ilişkisine bir ölçüde yön verme işlevini sürdürmektedir.

B. 2294 sayılı Kanun

20/06/1933 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2294 sayılı Kanun, “*Ticaret mukavelesi veya modüs vivendi aktetmiyen Devletler ülkesinden Türkiye ye yapılacak ithalâta memnuiyetler veya tahdit veya takyitler tatbikına dair olan 22 temmuz 1931 tarih ve 1873 numaralı kanuna müzeyyel kanun*” başlığını taşımaktadır. Kanun’un 1. maddesinde ülkedeki ekonomik ihtiyaçlar dolayısıyla ortaya çıkacak acil gereklilik üzerine İcra Vekilleri Heyetinin yürürlükte bulunan tarifedeki gümrük resimlerinde değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir. 2. maddede ise hükümetin müteakabiliyet sözü konusu olmak şartıyla ticaret muahede ve mukaveleleri ve bu mukavelelere ilişkin listelerde değişiklik yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Ayrıca hükümetin bunları ilga edebilmesi ve ticaret muahedelerine yeni liste ekleyebilmesi ile modüs vivendilerle⁷⁴ yeni listeler kabul ve istihsaline yetkili olduğu belirtilerek İcra Vekilleri Heyetinin alınacak bu tedbirleri, bir ay içerisinde TBMM’nin onayına sunması gerektiğine de Kanun’un 3. maddesinde yer verilmiştir. Her ne kadar Kanun bu tedbirler bakımından yasama organının onayının alınmasını

⁷³ Değişiklik öncesi 1. madde şu şekildeydi: “*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyei temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar itti hazına Cumhurbaşkan ı sal ahiyetlidir.”*

⁷⁴ Modus vivendinin; “*daha kalıcı ve ayrıntılı bir düzenlemeyle değiştirilmesi amaçlanan geçici veya şartlı bir uluslararası anlaşmayı kaydeden, genellikle gayriresmî bir şekilde yapılan ve onay gerektirmeyen bir araç*” olarak tanımlanması mümkündür. Bkz. United Nations Treaty Collection, (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/overview.aspx?path=overview/definition/page1_en.xml, E.T. 21/06/2025.

gerekli görmüş olsa da burada da yürütmeye çerçevesi çizilmemiş, sınırları belirlenmemiş bir alanda çok geniş bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Bu yönüyle 2294 sayılı Kanun'da yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin de olağandışı düzenleme yetkisi olarak nitelenmesi mümkündür. Dolayısıyla yürütme organının sınırları belirlenmemiş bir alanda olağandışı düzenleme yetkisine sahip kılınmış olması dikkate alındığında 2294 sayılı Kanun'un da Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan TBMM'nin yasama yetkisini bizzat kullanacağı yönündeki düzenlemeye aykırı olduğu söylenebilir.

Öte yandan 2294 sayılı Kanun'un 3. maddesinde “*Birinci ve ikinci maddelere tevfi kan aldığı tedbirleri hükümet bir ay zarfında Büyük Millet Meclisinin tasdikına arzeder.*” düzenlemesine yer verilmiştir. TBMM'nin onayına sunulan Bakanlar Kurulu kararlarının meclis tarafından onaylanması, yürütme organının almış olduğu kararların kanun gücüne kavuşması anlamına gelir. Bu açıdan 2294 sayılı Kanun kapsamında İcra Vekilleri Heyetinin yapmış olduğu düzenlemelerin yasama organı tarafından kanunlaştırılmasının olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin TBMM onayına sunulmasının⁷⁵ tarihsel dayanağı olarak değerlendirilebilmesi de mümkündür.

C. Millî Korunma Kanunu

1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde yürütme organına verilen olağandışı nitelikte bir başka yetki ise 18/01/1940 tarih ve 3780 sayılı Millî Korunma Kanunu⁷⁶ hükümleri çerçevesinde kullanılacak düzenleme yetkisidir⁷⁷. Millî Korunma Kanunu da çıkarıldığı dönemde mevcut olan olağanüstü şartların bir ürünüdür⁷⁸. Kanun'un 1. maddesinde fevkalâde hal olarak sayılan; umumî veya kısmî seferberlik, Devletin bir savaşa girmesi ihtimali ve Türkiye Cumhu-

⁷⁵ 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişiklikle 64. maddenin 3. fıkrası; “*Kararnameler, Resmî Gazete 'de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.*” halini almış; 5. fıkrası ise “*Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler, bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazete 'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer.*” şeklinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 91. maddesinin 7. fıkrasında ise bu husus aynı şekilde düzenlenmiş ve kanun hükmünde kararnamelerin Resmî Gazete 'de yayımlandıkları tarihte TBMM'ye sunulacağı belirtilmiştir. 1961 Anayasası'nda yer alan kanun hükmünde kararnamelerin TBMM'ye sunulmaması veya TBMM tarafından reddedilmesi ya da değiştirilerek kabul edilmesi durumlarına ilişkin düzenleme, 1982 Anayasası'nın 91. maddesinin 9. fıkrasında aynen kabul edilmiştir.

⁷⁶ 3780 sayılı Millî Korunma Kanunu için bkz. RG. 26/01/1940, S. 4417.

⁷⁷ SARICA, s. 280.

⁷⁸ AYİTER, s. 336.

riyeti'ni de ilgilendiren yabancı devletler arasındaki savaş hali durumlarından biri söz konusu olduğunda Devletin bünyesini iktisat ve millî müdafaa bakımından takviye maksadıyla verilen yetki ve görevler, İcra Vekilleri Heyetince bu kanunda gösterilen şekil ve şartlar dairesinde kullanılacak ve ifa edilecektir. Kanun'un 2. maddesinde İcra Vekilleri Heyetinin, fevkalâde hallerin gerçekleşmesine binaen, bu kanunla kendisine tevdi edilen görev ve yetkilerin ifa ve kullanılması zorunluluğunun hasıl olduğunu görünce derhal kanunun uygulanmasına başlayarak durumu ilân ve TBMM'ye arz edeceği belirtilmiştir. Kanun'un 3. maddesinde ise fevkalâde hallerin sona erdiği ve bu kanun hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmadığının, hükümetçe kararlaştırılıp ilân edileceği ve TBMM'ye arz edileceği belirtilmiştir. Nitekim Millî Korunma Kanunu'nun uygulanmasına 19/02/1940 tarihli kararnameyle geçilmiş ve Kanun 16/09/1960 tarih ve 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla uygulamadan kaldırılmıştır⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki 3780 sayılı Millî Korunma Kanunu, tıpkı 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun gibi hükümete olağandışı ve istisnâî nitelikte yetkiler tanıyan bir kanun olmakla birlikte çeşitli açılardan bu Kanun'dan ayrılmaktadır. Öncelikle Millî Korunma Kanunu'nun uygulanmasına hemen başlanılmayacak; kanunun uygulanması, hükümetin bu kanunun uygulanması için gerekli olan olağanüstü hallerden birinin ortaya çıktığına karar verip bu durumu TBMM'ye arz etmesiyle gerçekleşebilecektir. Ayrıca Millî Korunma Kanunu da 1567 sayılı Kanun gibi geçici olmakla birlikte her iki kanundaki geçicilik durumu farklılık göstermektedir. Zira 1567 sayılı Kanun'da kanunun üç yıl süreyle yürürlükte olacağı belirtilmişken Millî Korunma Kanunu'nun 3. maddesine göre Kanun'un uygulanmasını gerektiren haller varlığını sürdürdüğü müddetçe Kanun da uygulanmaya devam edecektir. Son olarak 1567 sayılı Kanun, toplamda 7 maddeden oluşan ve hükümete konu bakımından sınırları açıkça belirlenmemiş, son derece geniş ve kapsamlı bir düzenleme alanı bırakan bir yasal düzenlemeyken Millî Korunma Kanunu 72 maddeden oluşan ve hükümetin kullanacağı yetkilere ilişkin ayrıntılı sayılabilecek hükümler içeren bir düzenlemedir. Bu özelliği nedeniyle de hükümetin düzenleme yetkisine ilişkin bir çerçeve ortaya koyan bir kanun olma niteliğini haizdir. Bu doğrultuda olağanüstü şartların ortaya çıkmasına cevap olarak yasama organı tarafından Millî Korunma Kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen kanunun uygulanmasına

⁷⁹ Millî Korunma Kanunu'nun uygulanmasını sağlayan 1940 tarihli Bakanlar Kurulu kararnamesi, Kanunun bütün hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesini sağlamış değildir. Dolayısıyla Kanun'un Bakanlar Kuruluna verdiği yetkilerin kullanılmasının Bakanlar Kurulunun ilgili konuda ayrıca kararname çıkarması ile mümkün olabileceğinin vurgulanması gerekmektedir. Bkz. AYİTER, s. 339.

ve uygulanmasının sona ermesine karar verme yetkisini de 1924 Anayasası döneminde yürütmeye tanınan olağandışı düzenleme yetkisinin bir tezahürü olarak kabul etmek gerekir. Zira yürütmenin olağan düzenleme yetkisi, türev bir yetki olarak kanunların uygulanmasını sağlamak iken bir kanunun ne zaman uygulanmaya başlanılacağını ya da kanunun ne zaman uygulanmasının sona ereceğini belirlemek yürütmeye verilen yetkinin olağan düzenleme yetkisini aştığı anlamına gelir. Burada kanunun uygulanmasına ya da uygulanmasının sona ermesine karar vermenin başlı başına bir düzenleme yapmayı içermediği düşünülebilir olsa da bir düzenlemenin hayata geçirilmesine ya da yürürlüğüne son verilmesine ilişkin kararın nitelik ve fonksiyon bakımından düzenleme yapmaktan ayrı düşünülemeyeceği açıktır. Bu nedenle 3780 sayılı kanun ile hükümete tanınan yetkinin düzenleyici işlem kategorisinde ele alınarak 1924 Anayasası döneminde yürütmeye tanınan olağandışı düzenleme yetkisinin farklı bir tezahürü olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

III. OLAĞANDIŞI DÜZENLEME YETKİSİNDEN OLAĞANÜSTÜ DÜZENLEME YETKİSİNE: OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ

Olağanüstü şartların söz konusu olduğu dönemlerde bu şartların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yasama organının inisiyatif kullanmak suretiyle Bakanlar Kurulunu yetkilendirmesi söz konusu olabilmekteydi. Nitekim yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler, bu tür bazı durumların 1924 Anayasası döneminde ortaya çıktığını göstermektedir. Yasama organının bu yönde yaptığı yetkilendirmelerle Bakanlar Kurulunun hızlı bir şekilde karar almasına imkân tanınmış ve böylelikle olağanüstü şartların ortadan kaldırılması ya da bu şartların etkisinin en aza indirilmesi amaçlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, yasama organının Bakanlar Kurulunu özellikle ekonomiye ilişkin hususlarda düzenleyici işlem yapmak üzere yetkilendirmesi, ilk bakışta Bakanlar Kurulunun bir yetki kanununa istinaden yürürlüğe koyduğu kanun hükmünde kararnameleri⁸⁰ hatırlatmaktadır.

Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarabilme yetkisi, hukumuza 1961 Anayasası'nda 1971 yılında yapılan değişikliklerle girmiş ve 1982 Anayasası'nda da Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarabilmesine imkân tanınmıştır. Yürütme organının hızlı bir şekilde ve yasama

⁸⁰ Kanun hükmünde kararnameler hakkında detaylı bilgi için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1996; KUZU, Burhan, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

fonksiyonu kapsamında karar almasına imkan tanıyan kanun hükmünde kararname uygulaması, yürütmenin anayasa koyucu tarafından güçlendirilmesi anlamına gelmekteydi⁸¹. 1971 Anayasa değişiklikleri sonucunda Anayasa'nın 64. maddesinde TBMM'nin çıkaracağı bir kanunla Bakanlar Kuruluna belirli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği düzenlenmişti. Bu düzenlemede yasama organı tarafından Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesi için çıkarılan yetki kanununun; kanun hükmünde kararnamenin amaç, kapsam ve ilkelerini içermesi gerektiği belirtilmişti. Ayrıca bu düzenlemede çıkarılacak kanun hükmünde kararname ile kullanılacak yetkinin ne kadarlık bir süre için kullanılacağına yanı sıra varsa yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin de açıkça gösterilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştı.

İfade edildiği üzere, 1982 Anayasası da 1961 Anayasası'nda olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılabilmesine imkân tanımıştı. Bakanlar Kuruluna verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi 1982 Anayasası'nın mülga 91. maddesinde düzenlenmişti. Anayasa'nın bu düzenlemesine göre Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi yasama organı tarafından yetkilendirilmesine bağlı kılınmıştı. Öte yandan 91. maddede yetki kanunlarının; *“çkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını”* göstermesi gerektiği kuralı benimsenmişti.

1982 Anayasası'nın yürütmeye ilişkin yaptığı en önemli düzenlemelerden biri ise mülga 121. madde ile kabul edilen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleridir. Bu düzenlemeye göre, *“Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler”* çıkarabilmekteydi. 1982 Anayasası'nda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisine ek olarak Anayasa'nın mülga 122. maddesinin 2. fıkrasında sıkıyönetim süresinde de kanun hükmünde kararname çıkarılabilme imkânı getirilmişti.

Olağanüstü halin ilân edilmesine neden olacak denli önemli gelişmelerin ortaya çıkması, yürütme organının hızlı karar almasını gerekli kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak Devletin hızlı karar alma güç, imkân ve potansiyeline sahip organı olan yürütmenin düzenleme yapabileceği alanın genişleyeceği kabul edilmelidir⁸². Mülga 121. maddeye göre Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Ba-

⁸¹ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 394.

⁸² KUZU, s. 175.

kanlar Kurulunun olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilmesi için öncelikli şart, usulüne uygun bir şekilde olağanüstü hal ilânında bulunulmuş olmasıydı. Ayrıca olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri mülga 121. maddenin 3. fıkrasında belirtildiği üzere “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular” ile sınırlı olarak çıkarılabilmekteydi. Olağan dönemde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameler bakımından yasama organının yetki kanunu çıkarmak suretiyle yetkilendirilmesi gerekmektedirken olağanüstü hal döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için böyle bir şart öngörülmemişti⁸³. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarılırken Bakanlar Kurulunun yasama organı tarafından yetkilendirilmesine gerek olmamasının; yani yürütme organının herhangi bir kanuna ihtiyaç duymaksızın düzenleme yapabiliyor olmasının nedeni, bu duruma ilişkin anayasa koyucunun açık bir iradesinin varlığıydı⁸⁴. Öte yandan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri bakımından söz konusu olan bu durum sıkıyönetim döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için de geçerliydi. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin dayanağını doğrudan Anayasa’dan alması bunların aslî düzenleme yetkisine dayandığını göstermekteydi⁸⁵. 1982 Anayasası’nda yürütmenin hem görev hem de yetki olarak nitelendirildiği dikkate alındığında olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri eliyle yürütme tarafından aslî düzenleme yapılabilmesinin mümkün hale geldiği görülmektedir⁸⁶. Nitekim 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda yürütme organına olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisinin verilmiş olmasının yürütmenin yetki olarak tanımlanmasının bir sonucu olduğu belirtilmiştir⁸⁷.

⁸³ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 429.

⁸⁴ YÜZBAŞIOĞLU, s. 386-387.

⁸⁵ TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Bastı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 42.

⁸⁶ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 430. Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili olarak “*Anayasanın 121. maddesinin son fıkrasında, “Bu kararnameler, Resmi Gazete’de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayına sunulur; bunların Meclisçe onanmasına ilişkin süre ve usul, içtüzükle belirlenir.” denilmesi karşısında bu yetkinin de yasamaya bağlı ve türevsel nitelikte olduğu anlaşılar.*” değerlendirmesine yer vermiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, aynı kararında olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi çıkarılabilmesi için yasama organının yetki kanunu çıkarmasına gerek olmadığını vurgulayarak Anayasa’nın 121. ve 122. maddelerinin olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin anayasal dayanağını oluşturacağını belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 1990/25, K. 1991/1, 10/01/1991). Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin dayanağını doğrudan Anayasa’dan aldıklarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1991/6, K. 1991/20, 03/07/1991.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/14, K. 1985/7, 13/06/1985; Anayasa Mahkemesi, E. 1986/18, K. 1986/24, 09/10/1986.

1924 Anayasası döneminde Bakanlar Kurulunun olağandışı düzenleme yapmasına imkân tanıyan kanunlar ile yürütme organına verilen yetkinin sınırlarındaki belirsizlik dikkat çekmektedir. Bu nedenle söz konusu nitelikte bir yetkilendirme içeren yasal düzenlemelerin kanun hükmünde kararnameler rejimindeki yetki kanunları ile farklı nitelik arz ettiği açıktır. Zira 1924 Anayasası döneminde yasama organı tarafından çıkarılan ve yukarıda detaylı bir şekilde incelenen, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve Millî Korunma Kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen düzenleme yetkisi, düzenlenecek alana ilişkin yürütme organına yönelik bir çerçeve çizmekten ya da sınır belirlemekten uzaktı. Diğer yandan yürütme organının kullanacağı bu yetkinin bir konunun teknik veya teferruata ait kısımlarının düzenlenmesine ilişkin olma vasfını haiz olmadığı da görülmektedir. 1924 Anayasası'nın öngördüğü sistemde her ne kadar yasama yetkisinin devredilmesi doğrudan yasaklanmamış olsa da yürütmeye bırakılan bu çok geniş düzenleme alanının Anayasa'nın "*Meclis, teşri salâhiyetini bizzat istimal eder*" şeklindeki 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği yorumunu yapmak mümkündür. Ayrıca bu noktada 2294 sayılı Kanun ile Bakanlar Kurulunun kanunun uygulanmasına ve uygulanmasının sona ermesine imkân tanınmasının da yürütmenin türevselliği ilkesi ile bağdaşmadığı bir kez daha ifade edilmelidir.

Bu doğrultuda, 1924 Anayasası döneminde ortaya çıkan ya da çıkması öngörülen olağanüstü gelişmelere yönelik tedbirler alınması amacıyla başvuru olan olağandışı düzenleme yetkisinin 1982 Anayasası'yla kabul edilen olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile benzer anayasal bir temelde düzenlendiğini söylemek mümkündür. Zira 1982 Anayasası'nın getirdiği bu düzenlemeler ile olağanüstü şartların hukukî bir çerçeve içerisinde ele alınarak uygulanacak tedbirler sonucu olağan döneme dönüşmesi amaçlanmıştır. Böylelikle 1924 Anayasası dönemindeki yürütmeye tanınan olağandışı düzenleme yetkisinin 1982 Anayasası ile hukuki ve kurumsal bir rejime kavuşturularak olağanüstü düzenleme yetkisine dönüştüğünü söylemek mümkündür.

1924 Anayasası döneminde yasama organının çıkardığı kanunlarla Bakanlar Kuruluna verdiği yetkilerin anayasal dayanaktan yoksun olmasına karşılık 1982 Anayasası'nda olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri anayasal bir kurum olarak düzenlenmişti. Diğer yandan 1924 Anayasası'nda Bakanlar Kurulunun olağandışı düzenleme yetkisini kullanabilmesi için sıkıyönetim ilânı ve benzeri herhangi bir ön aşama gerekmemekteyken 1982 Anayasası döneminde olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi çıkarılabilmesi, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânı şartının gerçek-

leşmesine bağlanmıştı. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu⁸⁸ ile birlikte düşünlüğünde 1982 Anayasası'nda yürütmeye bir sınır çizilerek keyfî uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı söylenebilir. 1924 Anayasası döneminde Bakanlar Kuruluna Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve Millî Korunma Kanunu ile verilen olağandışı düzenleme yetkisinin sınırlarının kanun tarafından çizilmediği, dolayısıyla belirsiz olduğu yukarıda belirtilmişti. 1982 Anayasası'nda olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri bakımından ise “olağanüstü halin gerekli kıldığı konular” şeklinde konu bakımından bir sınır belirlenmişti. Buna ilaveten Anayasa'nın 15. maddesinde belirtildiği üzere olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükleri ihlâl etmemesi gerekmektedir. Öte yandan 1982 Anayasası'nın 15. maddesinde ayrıca olağanüstü hal döneminde yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığın bütünlüğüne, din, vicdan ve kanaat özgürlüğüne dokunulamayacağı, suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ve masumiyet karinesine uyulacağı da belirtilmişti.

1982 Anayasası'nın getirdiği bir diğcr önemli kural ise olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin anayasaya uygunluk denetimi yapılamamasıydı. 1924 Anayasası döneminde mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapmakla kendilerini yetkili saymadıkları⁸⁹ gözlemlenmiş; anayasaya uygunluk denetimini yapmakla görevli olan Anayasa Mahkemesi ise 1961 Anayasası döneminde kurulmuştur. Mahkeme, 1924 Anayasası döneminde kullanılan olağandışı düzenleme yetkisinin anayasallık denetimini yukarıda yer verilen 1963 tarihli kararında yapmış ve ilgili yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

1982 Anayasası'nda 2017 yılında yapılan Anayasa değışiklikleriyle ise yürütme organı daha da güçlendirilmiş ve yürütmenin doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesi mümkün kılınmıştır⁹⁰. Anayasa'nın 119. maddesinde düzenlenen bu kararname-

⁸⁸ 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu için bkz. RG. 27/10/1983, S. 18204.

⁸⁹ 1924 Anayasası döneminde genel mahkemelerin Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündükleri kanunları ihmal etmek suretiyle denetleyebilmelerini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte genel mahkemeler bu yetkiyi kendilerinde görmemiş ve anayasallık denetimi yapmaktan kaçınmışlardır. Bkz. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1075.

⁹⁰ Cumhurbaşkanına olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisi tanıyan, Anayasa'nın 119. maddesinin 6. ve 7. fıkrası şu şekildedir: “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.*”

lerin kanun hükmünde olduğu ve Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yürütme organının olağanüstü dönemlerde kullandığı yetkiler sonucu aldığı kararların TBMM'nin onayına sunulması uygulamasına, bu kararnamelerin kanun hükmünde olduğu açıkça belirtilmesine rağmen, devam edilmiştir. Bu kararnameler, savaş ve mücbir sebepler nedeniyle TBMM'nin toplanamaması hali hariç, üç ay içinde TBMM tarafından görüşülüp karara bağlanmaması durumunda kendiliğinden yürürlükten kalkacak olup; TBMM, onayına sunulan bu kararnameleri onaylama, reddetme ya da değiştirme yetkisine sahiptir⁹¹. TBMM'nin onayı ya da yaptığı değişiklik sonrası kanun hükmündeki bu kararnameler organik anlamda da yasama işlemi haline gelir. Bunun sonucu olarak da olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesinin önü açılmış olur⁹². Bu durumda Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan, olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı kuralını; bu kararnamelerin TBMM tarafından onaylanmadığı sürece Anayasa Mahkemesinin önüne götürülemeyeceği şeklinde yorumlamak gerekir.

2017 anayasa değişiklikleri sonrası olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağandışı düzenleme yetkisinin günümüzdeki tezahürü durumuna gelmiştir. Anayasa'nın Mevcut anayasal sistemde yürütme organı olarak görev yapıp yetki kullanan Cumhurbaşkanının olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesine imkân tanınmış olmasının, 1924 Anayasası döneminde anayasal dayanağı olmaksızın uygulanan olağandışı düzenleme yetkisinin anayasal süreçte kurumsallaşarak ve “hukukileşerek” vardığı, şimdilik, son nokta şeklinde ifade edilmesi yanlış olmayacaktır.

SONUÇ

1924 Anayasası ile hem meclis hükümeti sisteminin hem de parlamenter sistemin özelliklerini içerisinde barındıran bir karma hükümet modeli benimsenmiştir. Anayasa'nın kabul ettiği, kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı olarak

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.” Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 950 vd.

⁹¹ ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 2019, C. 36, S. 1, s. 255.

⁹² ATAR, s. 255.

nitelenen hükümet sistemi yasama organı merkezli bir yapı kurmuştur. Bununla birlikte 1924 Anayasası döneminde yasama organı, yürütmeye çok geniş bir alanda düzenlemeler yapabilmesine imkan tanıyan ve bu nedenle de olağandışı olarak nitelendirilebilecek bazı yetkiler vermiştir. Hükümet sisteminin karma yapıda olması dikkate alındığında yürütme organına verilen bu olağandışı düzenleme yetkisinin 1924 Anayasası döneminde yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiyi özgün bir hale getirdiği görülmektedir.

Anayasa'da bu yönde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına rağmen yasama organının çıkardığı bazı kanunlarla Bakanlar Kuruluna iki şekilde olağandışı nitelikte düzenleme yapma yetkisi vermesi söz konusu olmuştur. Bu yetkiler; yürütme organı tarafından, kanunla sınırları belirlenmemiş ve çerçevesi çizilmemiş bir alanda kullanılabildiği gibi yürütme organının, kanunun belirlediği çerçeve içerisinde kanunun uygulanmasına ve uygulanmasının sona ermesine karar vermesi şeklinde de tezahür etmiştir.

Yürütmenin olağandışı nitelikteki düzenleme yetkisinin kullanılış biçiminde görülen farklılıklar olağandışı düzenleme yetkisinin kurumsal bir anayasal yetki olmamasından kaynaklanmaktadır. Anayasa'da yürütmenin olağandışı düzenleme yetkisine yer verilmemiş olması nedeniyle bu yetkinin sınırları açıkça belirlenmemiş ve dolayısıyla bu yetkinin kullanılmasında yeknesaklığın sağlanabilmesi de mümkün olmamıştır.

Yasama organı tarafından Bakanlar Kuruluna verilen olağandışı düzenleme yetkisi, kanunla çerçevesi çizilmemiş bir alanda, teknik veya teferruata ilişkin hususların ötesinde aslî nitelikte düzenlemeler yapılabilmesine yol açmıştır. Bakanlar Kurulunun sahip olduğu bu düzenleme yetkisi çerçevesinde yaptığı düzenleyici işlemlerin kanun hükmünde olmamakla birlikte doğurduğu sonuçlar bakımından fonksiyonel anlamda kanun gücü ve etkisinde olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Kanun koyucunun yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilebilecek şekilde ilgili konulardaki temel esasları belirlemeyip çerçeve çizmemiş olması nedeniyle bu hususlar yürütme organı tarafından ilk elden düzenlenebilmiştir. Böylelikle yürütme, ilgili konuları kanunun uygulanması gibi bir işlev üstlenmeksiz ya da kanuna bağımlılık durumu söz konusu olmaksızın ve yürütmenin türevselliği ilkesine aykırı olacak şekilde aslî düzenleme yetkisine sahip olmuştur.

1924 Anayasası'nda yasama yetkisinin devri yasağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da anayasal bir dayanağı olmayan yürütmenin olağandışı düzenleme yetkisi çerçevesinde Bakanlar Kurulu tarafından yapılan işlemlerin yasama yetkisini bizzat TBMM'nin kullanacağı şeklindeki Anayasa düzenlemesiyle, dolayısıyla yasamanın aslîliği ve yürütmenin türevselliği ilke-

siyle tam olarak bağdaşmadığı söylenebilir. Zira yasama organının düzenlenecek alana ilişkin temel prensipleri ortaya koymadan, sınırları açıkça belirlemeden ve bir çerçeve çizmeden o alanı yürütmeye bırakması ya da bir çerçeve çizmiş olmakla birlikte yürütme organının kanunun uygulanmasına ve uygulanmasının sona ermesine karar verebilmesine imkân tanınması, yürütme organına nevezuhur bir yetkinin verilmesi değil, halihazırda mevcut olan ve kendisinin kullanması gereken bir yetkinin devredilmesi anlamına gelmektedir.

Olağanüstü şartların ortaya çıkması halinde devletin ve millî menfaatlerin korunması amacıyla 1924 Anayasası döneminde yürütmeye verilen olağandışı düzenleme yapma yetkisi, sonraki anayasaların aksine, yürütmenin bizzat yasama tarafından güçlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. 1961 Anayasası döneminde 1971 değişiklikleri ile kabul edilen Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin 1982 Anayasası döneminde de sürdürülmesi ise dünyadaki bilhassa ekonomik ve sosyal alandaki hızlı değişime cevap verebilmek bakımından yürütmenin hızlı karar almasına, bu sefer anayasa koyucu tarafından, imkân tanınarak yürütmenin güçlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Diğer bir ifadeyle olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilanına sebep olan hususların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak çıkardığı kararname-ler ile 1924 Anayasası döneminde yürütmenin sahip olduğu olağandışı düzenleme yetkilerinin anayasal ve sistematik bir nitelik kazandığını söylemek mümkündür.

2017 Anayasa değişiklikleri ile kabul edilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kanun hükmünde kararnameler ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri düzenleyici işlem türü olmaktan çıkarılmıştır. Bununla birlikte 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında yürütme organına Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yoluyla olağanüstü hal dönemlerinde aslî nitelikte düzenleyici işlem yapma yetkisinin verilmiş olması ise yürütmenin güçlendirilmesi iradesinin bir başka örneği olarak belirmiştir. Bu doğrultuda 2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütme organının kanun hükmünde olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesine imkân tanınmış olmasını, 1924 Anayasası döneminde yürütmeye verilen “olağandışı düzenleme yetkisinin” süreç içerisinde “olağanüstü düzenleme yetkisine” doğru geçirdiği dönüşümün bir göstergesi şeklinde ifade etmek mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The authors has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The authors declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, Mars Matbaası, Ankara, 1965.

ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 2019, C. 36, S. 1, s. 241-259.

AYİTER, Ferit, “Millî Korunma Kanunu ve İhtikârla Mücadele”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 1942, C. 6-7, S. 4-24, s. 336-342.

BALTA, Tahsin Bekir, **Türkiye’de Yürütme Kudreti**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1960.

BAŞGİL, Ali Fuat, **Esas Teşkilât Hukuku**, Cilt I, Fasikül II, Baha Matbaası, İstanbul, 1960.

BAŞGİL, Ali Fuat, **Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, Kenan Basımevi ve Kلیşe Fabrikası, İstanbul, 1939.

GÖÇGÜN, Muhammed, **İdari İşlemin Konu Unsuru**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt 1, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.

GÜNEŞ, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.

İBA, Şeref, “Türk Parlamento Hukukunda Yasama Tefsiri”, **Ombudsman Akademik**, Y. 2022, C. 9, S. 17, s. 43-62.

KUZU, Burhan, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnemeler**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

- ONAR, Sıddık Sami, “Nizamnameler ve Talimatnameler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 1937, C. 2, S. 3-7, s. 259-274.
- ÖZBUDUN, Ergun, **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZÇELİK, A. Selçuk, **Esas Teşkilât Hukuku Dersleri**, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- ÖZÇELİK, A. Selçuk, “Yeni Anayasamız Muvacehesinde Yasama ve Yürütme Organlarının Münasebetleri Hakkında Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1961, C. 27, S. 1-4, s. 34-44.
- ÖZTÜRK, K. Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- SARICA, Ragıp, **Türkiyede İcra Uzunun Tanzim Salâhiyeti**, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, İstanbul, 1943.
- SÖYLER, Yasin, **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ŞAHİN, Engin, “1921 ve 1924 Anayasalarında Hükümet Sistemleri: “Karma Sistem” Kabulünün Eleştirisi”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Y. 2024, C. 19, S. 3, s. 820-842.
- ŞİRİN, Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 23. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2013.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- TÖGEL, Akif, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- United Nations Treaty Collection, (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/overview.aspx?path=overview/definition/page1_en.xml, E.T. 21/06/2025.
- USTABULUT, Batuhan, **ABD ve Türkiye’de Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Çerçevesinde Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2023.

YÜCE, Turhan Tufan, **1924 Anayasası ile 1961 Anayasası Arasında Temel Yapıları Yönünden Bir Karşılaştırma ve Özellikle Danıştay Meselesi**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1971.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1996.

Zincirleme Suç Kapsamındaki Fiillerin Farklı Ceza Yargılamalarına Konu Olması^(*)

Trial of Acts within the Scope of Successive Crime in Different Criminal Proceedings

M. Buhari ÇETİNKAYA^(**)

Öz:

Zincirleme suç kapsamındaki fiillerin kural olarak aynı ceza yargılamasına konu olması gerekir. Buna rağmen zincirleme suç kapsamındaki fiillerin, farklı ceza yargılamalarına konu oldukları görülebilmektedir. Çeşitli sebeplerden ileri gelen bu durum öncelikle *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda zincirleme suç kapsamındaki fiillerin, aynı fiil olarak değerlendirilip değerlendirilmemesine göre önceki yargılamanın *ne bis in idem* etkisi farklılık gösterecektir. Çalışmamızda öncelikle zincirleme suç kapsamındaki birden fazla fiilin, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku bakımından aynı fiil olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi ele alınmıştır. Ardından zincirleme suç kapsamında önceki yargılamada dikkate alınmamış fiillerin, bir sonraki yargılamaya konu olması, farklı ihtimaller çerçevesinde incelenmiştir. Bu bakımdan zincirleme suç kapsamındaki farklı fiilleri yargılayan davaların her ikisi de derdest olabilir. Yahut davalardan birinin neticesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması mümkündür. Bu hallerde davayı görmekte olan mahkemelerin ne şekilde hareket etmesi gerektiği, çalışmamızda doktrin ve içtihat ışığında ele alınmaktadır. Son ihtimal, davalardan birisinin kesin hükümle neticelenmiş olmasıdır. Bu da iki şekilde gerçekleşmektedir. İlk olarak kesin hükmün konusunu tek bir fiil oluşturmaktadır. İkincisi kesin hükmün konusu, zincirleme suç kapsamındaki birden fazla fiildir. Bu hallerde sonraki yargılamayı yapan mahkemenin, fiilin kesin hükümdeki fiil ya da fiiller ile zincirleme suç ilişkisi içerisinde bulunduğunu tespit etmesi halinde cezayı ne şekilde tayin edeceği ve mahsup kurumunu nasıl işleteceği ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Zincirleme Suç, Farklı Ceza Yargılamaları, Ne Bis İn İdem, Maddi Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku, Fiil, Mahsup.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.07.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 15.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1743389

Bu makaleye atf için: ÇETİNKAYA, M. Buhari, “Zincirleme Suç Kapsamındaki Fiillerin Farklı Ceza Yargılamalarına Konu Olması”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 781-811

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: buharicetinkaya@istanbul.edu.tr
Orcid: 0000-0003-0996-5055

Abstract:

As a rule, acts within the scope of successive crime should be subject to the same criminal proceeding. Despite this, acts within the scope of successive crime can be subject to different criminal proceedings. This situation, which arises from various reasons, requires an evaluation within the framework of the principle of *ne bis in idem*. In this context, the *ne bis in idem* effect of the previous trial will differ depending on whether the acts within the scope of the successive crime are the same act or not. In our study, firstly, the issue of whether the acts within the scope of successive crime can be characterized as the same act in terms of substantive criminal law and criminal procedure law has been discussed. Then, within the scope of successive crime, acts being subject to the next trial that were not taken into account in the previous trial was examined within the framework of different possibilities. In this regard, both cases that try different acts within the scope of successive crime may be pending. Or, as a result of one of the cases, it may have been decided to the postponement of the announcement of the verdict. In these cases, how the courts hearing the case should act, is discussed in the light of doctrine and jurisprudence. As a third and last possibility, one of the cases may have resulted in a final judgment. This could have happened in two ways. First, the subject of a final judgment may be a single act. Second, the subject of a final judgment may be multiple acts within the scope of a successive crime. In these cases, it is discussed how the court hearing the second trial will determine the penalty and how it will operate the offsetting if it determines that the act has a relationship with the act or acts in the final judgment within the scope of successive crime.

Keywords:

Successive Crime, Different Criminal Proceedings, Ne Bis In Idem, Substantive Criminal Law, Criminal Procedure Law, Act, Offsetting.

Extended Summary:

Successive crime is one of the most emphasized issues in criminal law. In the context of the execution of a decision to commit one crime, committing the same crime more than once against the same victim at different times is considered a successive crime according to Article 43 of the Turkish Penal Code (TCK). In this case, the perpetrator is given a single penalty, and the penalty is increased at the rates determined by law. As a rule, acts within the scope of successive crime should be subject to the same criminal trial. In the hypothesis that all acts within the scope of successive crime are included in the trial, the implementation of the verdict and the determination of the penalty do not pose a problem or controversy. However, some of the different acts committed by the perpetrator within the scope of the execution of the same decision may not be included in the trial due to various procedural reasons or due to a deficiency. While a trial is being held regarding the relevant act or acts, or after the trial and verdict is given, if another act included in the successive crime is tried or if it is understood that an act currently being tried is included in the successive crime, the verdict to be given may bring about various discussions.

In our study, while a trial is pending within the scope of a successive crime or there is a final verdict, the compliance of the trial or the new verdict with the principle of *ne bis in idem* is examined. For this reason, the legal nature of the institution is discussed within the framework of different doctrinal views, within the framework of whether the successive crime should be understood as a single crime or a multiplicity of crimes. Additionally, the hypothesis in the title may appear in different guises. There may be different possibilities for acts in a successive crime relationship to be subject to separate trials. In the first case, both different trials concerning the acts within the scope of the successive crime may be pending. In this case, the consolidation of cases should be discussed. If one of the cases has been decided at the end of the first instance stage without the consolidation process being carried out and is at the appeal stage, how the appeal court should have acted should be evaluated. In the second case, at the end of one of the trials, a decision to the postponement of the announcement of the verdict may have been made

and this decision may have become final. In this case, since there is no final conviction, it is discussed whether the conviction subject to the decision to the postponement of the announcement of the verdict will be taken into consideration by the other court and evaluated within the successive crime and what kind of a judgment it will make.

In the third case, a trial may have resulted in a final judgment regarding one or more of the acts within the scope of the successive crime. In this case, the court that makes the next judgment regarding another act in a successive crime with these acts will first determine the existence of the successive crime relationship and then make a decision within various possibilities. These different possibilities are discussed in our study.

These possibilities can arise in two ways. Firstly, the court that held the trial that resulted in a final judgment may have held a trial regarding a single act included in the successive crime. In this case, the question of how to determine the basic penalty arises. It is discussed whether the court that conducts the subsequent trial can freely determine the basic penalty because it is trying an independent act. It is a matter that whether the court that conducts the subsequent trial is bound by the penalty in the final judgment. It is also possible that the act before him is a qualified situation requiring a heavier penalty than the act subject to the final judgment, that the act before him was completed while the act in the final judgment remained at the attempt stage, or that the act is more serious when criteria such as the manner of committing the act, the time and place of committing it, the tools used, the importance and value of the subject of the crime are taken into consideration.

A second possibility is that the trial, which resulted in a final verdict, may be related to more than one act within the scope of a successive crime. In this possibility, the penalty increase due to the successive crime has already been made. Therefore, it is considered how the court that conducts the subsequent trial increase the penalty for a successive crime from different aspects.

GİRİŞ

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı mağdura karşı, değişik zamanlarda, aynı suçu birden fazla işlemesi Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 43 uyarınca zincirleme suç olarak nitelendirilir. Faile bu durumda tek bir ceza verilir ve cezasında kanunun belirlediği nispetlerde artırıma gidilir. Teselsüle dahil tüm fiillerin yargılamaya dahil edilmiş olması ihtimalinde hükmün uygulanması ve cezanın belirlenmesi bir sorun arz etmemektedir. Bu sebeple bu durum çalışmamız kapsamında ele alınmayacaktır. Ne var ki failin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlediği farklı fiillerden bazıları, çeşitli usulü sebeplerle yahut bir eksiklik nedeniyle yargılamaya dahil edilmemiş olabilmektedir. İlgili fiil yahut fiillere dair bir yargılama yapılyorken ya da yargılama yapıp hüküm verildikten sonra teselsüle dahil bir başka fiilin yargılamaya konu olması ya da yargılanmakta olan bir fiilin teselsüle dahil olduğunun anlaşılması durumunda verilecek hüküm, çeşitli tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Sorunu bir örnek ile açıklamak gerekirse banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (TCK m. 245) çerçevesinde içtihat uyarınca kart, adına düzenlenen kişiye teslim edilmeden kötüye kullanılmış ise mağdur bankadır¹. Eğer birden fazla kişi adına düzenlenmiş kartlar, bu kişilere teslim edilmeden önce fail tarafından farklı zamanlarda kötüye kullanılmış ise her ne kadar kartın ilgilisi farklı kişiler dahi olsa farklı zamanlarda, aynı mağdura karşı işlenmiş suç vardır. Yani zincirleme suç söz konusudur. Uygulamada, adına kart düzenlenen kişiler, kartlarının kötüye kullanıldıklarını haber alır almaz soruşturma birimlerine başvurmakta ve adli merciler, o kartın konu olduğu eyleme dair soruşturma ve kovuşturma yürütmektedirler. Sonradan ortaya çıkan kullanımlar ya da farklı şehirlerde bir diğerinden habersiz açılan davalar, zincirleme suç kapsamındaki fiillerin birden fazla yargılamaya konu olmasına sebebiyet vermektedir.

Örnekleri artırmak mümkündür. Lakin ayrıca yapılan yargılamanın ya da verilecek yeni hükmün *ne bis in idem* ilkesi ile olan uyumu, zincirleme suçun, suç tekliği mi yoksa suç çokluğu mu şeklinde anlaşılması gerektiği çerçevesinde, kurumun hukuki niteliği ile bağlantılı olarak değerlendirilmek zorundadır.

¹ “Banka ya da finans kuruluşları tarafından üretilen, banka veya kredi kartlarının, hamile tesliminden önce ele geçirilerek menfaat temin edilmesi halinde, suçun mağduru ilgili banka olup; kullanım ve sağlanan çıkar miktarı, kastın yoğunluğu, suçların işleniş biçimleri gözetilerek TCK’nın 3. ve 61. maddeleri uyarınca alt sınırdan uzaklaşılacak suretiyle ve kart sayısı gözetilerek zincirleme şekilde TCK’nın 245/1 ve 43. madde ve fıkraları uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kart sayısına mahkumiyet hükmü kurulması, Yasaya aykırı...” Yargıtay, 8. CD, T. 06.01.2020, E. 2018/4885, K. 2020/30.

Ayrıca başlıktaki ihtimal farklı görünümelerde ortaya çıkabilir. Yargılamaların her ikisinin de derdest olması, biri bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmış olması ve son olarak yargılamalardan birinin kesin hükümle sonuçlanması mümkündür. Yargılamalardan birinin kesin hükümle sonuçlanmış olması ihtimali de farklı şekillerde ortaya çıkabilir. İlk, önceki yargılama sonundaki kesin hüküm tek bir fiile ilişkin verilmiştir ve sonraki yargılama teselsüle dahil bir başka fiil ya da fiillere dair olabilir. İkinci ihtimal, ilk yargılama sonundaki kesin hüküm zincirleme suça ilişkindir ve ikinci yargılama bu teselsüle dahil bir ya da birden fazla fiile ilişkin olabilir.

Aşağıda teselsüle dahil fiil ya da fiillere ilişkin birden fazla yargılama olması meselesi ve zincirleme suç kapsamındaki fiil ya da fiiller ile ilgili var olan kesin hükmün sonraki yargılamaya etkisi, farklı ortaya çıkış şekilleri ile ele alınmaktadır.

I. SUÇ TEKLİĞİ - SUÇ ÇOKLUĞU BAKIMINDAN ZİNCİRLEME SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223/7 uyarınca “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” Bu bakımdan teselsüle dahil bir fiile ilişkin sonradan yapılan yargılamada, teselsüle dahil bir başka fiille ilgili önceki yargılamanın ya da hükmün *ne bis in idem* etkisinin olup olmayacağı, zikredilen madde lafzında yer alan aynı fiil ifadesi ile zincirleme suç bağlamında neyin kastedildiğinin ortaya çıkarılması ile mümkündür.

Doktrinde bir görüş zincirleme suç halinde normun birden fazla kez ihlal edildiği ve bunun yanında birden fazla da suç oluştuğunu savunmaktadır². Bu görüş uyarınca fail aynı normu, farklı zamanlarda, aynı mağdura karşı birden fazla kez ihlal ederek birden fazla suç işlemektedir. Ne var ki failde var olan aynı suç işleme kararı, birden fazla norm ihlalini ve birden fazla işlenen suçu birbirine bağlamaktadır. Bu sebeple aynı suç işleme kararı şeklindeki subjektif unsur³ sayesinde teselsülü oluşturan fiiller birbirinin devamı olarak görülmekte-

² MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, Volume V, 4. Bası, Torino, 1951, s. 656-657 (aktaran YALÇIN SANCAR, Türkân, Müteselsil Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 53); ÖZEN, Mustafa, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 176.

³ Zincirleme suçun subjektif unsuru olarak aynı suç işleme kararı ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. BULUT, İlhan, “Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı” Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFD), Y. 2025, C. 10, S. 1, ss. 33-68.

dir⁴. Bağlantı noktası olarak aynı suç işleme kararı birden fazla suçu birleştirip kaynaştırmakta ve nihayetinde zincirleme suçu ortaya çıkarmaktadır. Bu manada zincirleme suç psikolojik karakterli olup faildeki farklı suçların aynı suç olduğu tasavvuru onu karakterize etmektedir⁵. Dolayısıyla zincirleme suç halinde birden fazla suçun tek suç gibi cezalandırılması hukuki bir faraziye⁶. Eğer kanun koyucu ortaya çıkan birden fazla suçun tek suç olarak cezalandırılacağına ilişkin hükmü ihdas etmeseydi, bu suçlar gerçek içtima kuralı gereği ayrı ayrı cezalandırılırlardı⁷. Zincirleme suç halinde tek bir suç oluştuğu kabul edilseydi, cezada neden artırımı gidildiğinin bir açıklaması yapılamazdı⁸. Zira zincirleme suç, suçun nitelikli bir hali olmayıp dahil olan suçları gerçek içtimanın kapsamından çıkarmak ve gerçek içtimaa bir istisna teşkil etmek gibi gerekliliklerden kabul edilmiş bir içtima halidir. Zaten zincirleme suçun cezasına ilişkin istisna ve kanunda özel olarak düzenlenmiş diğer istisnalar dışında her suç bağımsızlığını koruyarak genel kurallara tabi olmaktadır⁹.

Doktrinde aksi yöndeki bir diğer görüş ise zincirleme suçun bir suç birliği teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bu yöndeki yazarlar gerek zincirleme suçun her bakımdan birlik arz ettiği gerekçesiyle gerek kanunun özel olarak öngördüğü hallerde birlik arz ettiği gerekçesiyle zincirleme suçun bölünemeyeceği ve tek bir suç olduğunu savunmaktadırlar. Zincirleme suçun birlik arz ettiğini dile getiren yazarlar, zincirleme suçun kanun koyucu tarafından yaratılan bir kurum olmadığını, gerçekte var olan bir mefhum olduğunu ileri sürmektedirler. Dola-

⁴ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15. Tıpkı Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 667; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 790; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 526.

⁵ MANZINI, s. 656-657 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 53); SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 276; ERDOĞAN, Yağmur Müge, Zincirleme Suç, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 117.

⁶ DÖNMEZER / ERMAN, s. 662.

⁷ MANZINI, s. 656-657 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 53); ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, Ceza Hukukunda Zincirleme Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 45 vd.

⁸ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 531; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 607.

⁹ KUNTER, Nurullah, "Müselmel Suç ve Af", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1951, C. 17, S. 3-4, ss. 884-910, s. 893; İÇEL, Kayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 599; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 24. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 397; TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 27. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s. 373; DÖNMEZER / ERMAN, s. 662 vd; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 789; YALÇIN SANCAR, s. 53-54; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 532; bu hallerde de suçların bağımsız olduğu yönündeki görüş için bkz. AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 1029-1030.

yısıyla kanun koyucu tarafından düzenlendiği için değil, gerçek içtimain var olmadığı hukuki bir olgu olduğu için zincirleme suç gerçek manada birlik arz etmektedir¹⁰. Birliğin dayanağı failin bir suç işleme kararıdır ve suçun işleniş zamanı yayılmaktadır¹¹. Bu yazarlardan bazıları zincirleme suçun, tüm sonuçlar bakımından bir birlik arz ettiğini savunurken diğerleri kanunun düzenlediği hallerde bir birlik arz ettiğini dile getirmektedirler¹². Zincirleme suçun ancak kanunun gösterdiği hallerde birlik oluşturduğunu ifade eden yazarlara göre, zincirleme suç hukuki bir birliktir ve farklı ihlaller, suç işleme kararındaki birlik ile gerçek manada tam bir birlik oluştururlar. Lakin bu birlik kanunun özel olarak düzenlediği hallere özgü bir birliktir. Kanunun düzenlemediği hallerde hukuki bir birlik olarak kabul edilen zincirleme suçta dahil farklı ihlallerin her biri, doğal olarak farklı ihlaller olduğu için farklı suç niteliğini korurlar¹³.

Zincirleme suçun tüm sonuçlar bakımından birlik arz ettiğini savunan yazarlara göre, ortada farklı ihlallerin bir araya gelmesinden oluşan hukuki bir birlik vardır ve hukuken bütün olarak kabul edilen zincirleme suçun parçalara bölünmesi söz konusu değildir¹⁴. Yine yazarlara göre faildeki suç işleme kararındaki birlik şeklinde ortaya çıkan psikolojik gerçeklik, artık zincirleme suçun tüm sonuçlar bakımından hukuki anlamda tek suç olarak ele alınmasını gerektirmektedir¹⁵. Bundan farklı olarak doktrinde zincirleme suçun hukuki bir birlik değil doğal bir birlik olduğunu, bu manada teselsüle dahil her bir ihlalin ayrı suçlar olmayıp zincirleme suçun bir aşaması olduğunu savunanlar da vardır. Bu durumda ortada doğal bir birlik var ise bu doğal anlamda tek suçun her sonucu bakımından birliğin ve hatta tekliğin kabul edilmesi zorunludur¹⁶.

¹⁰ PILLITU, Luigi, *Il reato continuato*, Padova, 1936, s. 39 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 55); "... bir kısım müellifler, müteselsil suçu sadece objektif yönden tanımlamışlar ve teselsül ilişkisinin kabulü için objektif unsurlar bakımından birliği yeterli görmüşlerdir. Bu görüşteki müelliflere göre, müteselsil suçun tek suç sayılmasının nedeni, kanuni tipler ve hukuki değerler arasındaki benzerlik, suçun işleniş şeklindeki ayniyet ve icra edilen fiiller arasında zaman itibarıyla ilişkinin bulunuşudur. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde, aynı failin işlediği çeşitli fiillerin tek fiil olarak kabul edilmesi ve bunun sonucunda sadece tek cezanın verilmesi gerekir; çünkü böyle bir durumda çeşitli hareketler aynı suçun icra hareketleri niteliğindedirler." İÇEL, Kayıhan, *Suçların İçtimai*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 89-90.

¹¹ PILLITU, s. 39 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 55); ERDOĞAN, s. 120; ÖZEN, *Suçların İçtimai*, s. 178.

¹² YALÇIN SANCAR, s. 55-56; ERDOĞAN, s. 120 vd.; ÖZTÜRK, s. 48 vd.

¹³ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 8. Bası, Milano, 1980, (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 56-57); KUNTER, s. 895; ÖZEN, *Suçların İçtimai*, s. 178; ERDOĞAN, s. 121.

¹⁴ PILLITU, s. 36 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 56); ERDOĞAN, s. 120-121; KUNTER, s. 895.

¹⁵ FLORIAN, Eugenio, *Trattato di diritto penale, Volume I*, 2. Bası, Milano, 1910, s. 556 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 56); KUNTER, s. 895.

¹⁶ ALIMENA, Bernardino, *Del concorso di reati e di pene*, Enciclopedia del diritto penale Italiano, Volume II, 1906, s. 403 (aktaran YALÇIN SANCAR, s. 56; KUNTER, s. 895).

Kanaatimizce zincirleme suç halinde, teselsüle dahil ihlal sayısı kadar suç vardır ve her bir suç bağımsızdır. Bu nedenle zincirleme suç, kanunun özel olarak düzenlediği hallerde sonuç doğurur. Bu bakımdan zincirleme suç içerisinde teselsüle dahil suçlar cezalandırma bakımından, zamanaşımı bakımından ve yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından farazi bir birlik arz ederler¹⁷. Bunun dışında teselsüle dahil her bir ihlal, bağımsız birer suç olarak kanunun özel olarak düzenlemediği hallerde ayrı birer suç olarak değerlendirilirler¹⁸. 765 sayılı TCK m. 80 hükmünde “... *bir suç sayılır.*” şeklinde bir ibare yer almaktayken 5237 sayılı TCK’nın bu ibare yerine m. 43/1 hükmünde “... *bir cezaya hükmedilir*” ibaresine yer vermesini de bu anlamda okumak gerekir¹⁹. Yeni TCK bizce de uygun olarak zincirleme suçun bir suç olmadığını, bir cezaya layık olduğunu ifade etmektedir²⁰.

II. NE BIS IN IDEM ETKİSİ

A. Genel Olarak

Ne bis in idem ilkesi bir kişinin aynı fiilden dolayı bir kez yargılanacağı ve yine aynı fiilden dolayı birden fazla kez cezalandırılmayacağı anlamına gelmektedir²¹. Yukarıda değinildiği üzere zincirleme suç halinde bir birlik olduğu görüşü esas alınır ya da yahut zincirleme suç halinde kanunun özel olarak düzenlediği hallerde farazi bir birlik bulunduğu, bunun dışında teselsüle dahil olan fiillerin ayrı birer suç olduğu görüşü esas alınır. Önceki yargılamanın sonraki yargılamaya *ne bis in idem* etkisi farklılık arz edecektir. *Ne bis in idem* ilkesinin etkisi CMK m. 223/7’de “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” şeklinde ifade edilerek dolaylı olarak kabul edilmiş ve bu surette ceza kovuşturmasının tekliği öngörülmüştür²².

¹⁷ İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 599; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 397; ZAFER, s. 607; TOROSLU / TOROSLU, s. 373; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 532; AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1029; Kanunda özel olarak düzenlenmeseler de ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması ve lehe kanunun belirlenmesi çerçevesinde teselsülün sona erdiği andaki kanunun uygulanması gerektiği, yine teselsüle dahil fiillerin farklı yaş kategorilerinde gerçekleştirilmesi halinde son fiilin işlendiği andaki yaşın dikkate alınması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. KUNTER, s. 897-898.

¹⁸ Aynı yönde KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 532; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 605.

¹⁹ Aksi yönde SOYASLAN, s. 268 vd.

²⁰ Aynı yönde ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 692; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 532.

²¹ ÖZEN, Mustafa, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 14, S. 1, ss. 389-417, s. 391.

²² ÖZEN, Non Bis In Idem, s. 391.

Aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı daha önceden var olan kesin hükmün *ne bis in idem* etkisi yaratması için önceki ve sonraki yargılamalarda aynı kişi ve aynı fiil söz konusu olmalıdır. Bu manada *ne bis in idem* ilkesinin, kişinin aynılığı ve fiilin aynılığı şeklinde iki unsuru bulunmaktadır²³. Kişinin aynılığı meselesine çalışmamızı ilgilendirmedeği için girmiyoruz. Fiilin aynılığı hususunda ise doktrinde çeşitli görüşler ifade edilmektedir. Aşağıda kısaca bu konuya değinilecektir.

B. Fiilin Aynılığı

Ceza muhakemesinde fiil kavramından ne anlaşılması gerektiği ve fiilin aynılığının ne olduğu üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır²⁴. Bazı yazarlara göre ceza muhakemesi anlamında fiil, maddi ceza hukukunda karşılık geldiği anlamdan farklı bir anlama gelmektedir. Bir görüşe göre ceza muhakemesi anlamında fiil, şüphelinin suç fiili öncesi davranışlarını da kapsayan ve genel hayat tecrübesine göre iddianamede tanımlanan fiil ile bağlantılı, onunla bütünleşerek bir olay teşkil eden davranışlarının bütünü olarak ele alınıp kabul edilmelidir²⁵. Bir diğer görüşe göre ceza muhakemesinde fiil ile kastedilen uyumsuzluk konusu olaydır ve fiilin aynılığı da uyumsuzluk konusu olayın aynı olmasıdır. Aynı olayın yani aynı fiilin, farklı hukuki nitelendirme ile bir başka ceza yargılamasına konu edilmesi *ne bis in idem* ilkesine aykırılıktır²⁶. Bu manada yargılayanın konusunu oluşturan olayın bütünü fiildir ve fiilin aynılığından da bu olay bütünlüğünü anlamak gerekir²⁷.

²³ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987, s. 34. *Cihan/Yenisey*'e göre konunun aynılığı da *ne bis in idem* ilkesinin unsurlarındandır. CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun, "Non Bis İn İdem İlkesi", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Ed. Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 219-224, s. 220.

²⁴ Bu konuda ayrıntılı çalışma için bkz. KELEP PEKMEZ, Tuba, Ceza Muhakemesinde Fiil, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

²⁵ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 41; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 835.

²⁶ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 50-51.

²⁷ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 51; "Uyumsuzluğun isabetli bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi için "fiil" ve "aynı fiil" kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Fiil kavramı; ceza muhakemesinde ve maddi ceza hukukunda kullanılan ortak bir kavram olmakla birlikte içerik olarak birbirinden farklılık arz etmektedir. Ceza muhakemesi anlamında fiil, uyumsuzluk konusu olay olup, muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütünüdür ifade etmektedir. ...

Ceza muhakemesindeki fiil, maddi ceza hukuku anlamında tek bir fiilden oluşabileceği gibi birden fazla fiilden de oluşabilir. Bu itibarla ceza muhakemesindeki fiil kavramı, maddi ceza hukukundaki fiil kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bununla birlikte, maddi ceza hukuku anlamındaki tek fiilin, ceza muhakemesinde birden fazla fiili oluşturmaya da mümkün değildir.

Kanaatimizce de ceza muhakemesi bakımından *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde fiilin aynılığından, iddianamede somutlaştırılmış olay anlaşılmalıdır. Bu olayın hukuki niteliğinin ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur. Önemli olan iddianame ile sınırları çizilmiş maddi hayat olayının ne olduğudur. Bu çerçevede aynı olay ve aynı kişi ile ilgili ikinci bir yargılama, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil eder. Zincirleme suç bakımından teselsüle dahil fiillerden herhangi birisi ile ilgili olarak yapılmış olan yargılama, diğerleri ile ilgili yapılacak yargılamaya engel değildir. Bu durum *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmez²⁸. Keza teselsüle dahil, bağımsızlığını koruyan fiile iddianamede yer verilmemişse bu fiile ilişkin yargılamada, önceki yargılamadaki fiilin aynılığından bahsetmeye olanak yoktur. Aksini ifade etmek gerekirse zincirleme suç çerçevesinde esasen bağımsızlığını koruyan fiillerin tamamı yargılamaya dahil edilmiş ise teselsülü oluşturan fiillerin tamamı tek tek yargılanmış olacak ve neticesinde tek bir cezaya mahkûm edilmiş olacağından, bu fiillerden biri ya da birkaçı için ikinci bir yargılamanın yapılması, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edecektir²⁹.

Konumuz bakımından, yargılamaya dahil edilmemiş, teselsüle ait fiil ya da fiillere ilişkin sonraki yargılamadaki durum, *ne bis in idem* ilkesi ve bu çerçevede fiilin aynılığına bağlanacak anlama göre farklılık arz etmektedir. Teselsüle ait fiile dair sonraki yargılamanın akıbetine ilişkin görüşleri, önceki hükmün teselsüle dair bütün fiilleri kapsadığını öne süren görüş, mahkumiyete veya beraate göre ayırım yapan görüş ve önceki hükmün sadece yargılanan fiillere yönelik olduğunu öne süren görüşler olarak gruplandırmak mümkündür.

C. Önceki Yargılamanın Teselsüle Dair Bütün Fiilleri Kapsadığını Öne Süren Görüş

Doktrinde bir görüş, zincirleme suça ilişkin bir yargılama yapılmaktaysa bu yargılamanın, öncesinde işlenmiş teselsüle dahil bütün fiilleri kapsadığını savunmaktadır. Keza bu görüşe göre, zincirleme suç maddi ceza hukuku bakımından olduğu gibi ceza muhakemesi hukuku bakımından da tek bir fiil niteliğinin

... Ceza muhakemesine konu edilen fiilin aynı olup olmadığının tespitinde de iddianame veya kovuşturma-ya yer olmadığına dair kararda belirtilen olaylar bütününe esas alınması gerekmektedir. Buna göre id-dianame ve kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda yer alan fiilin işlendiği yer, fiilin süresi, zamanı, kullanılan araçlar, kullanılma biçimleri belirtilmek suretiyle bireyselleştirilerek tanımlanan olaylar gö-zönünde bulundurularak fiilin aynı olup olmadığı belirlenecektir...” Yargıtay, CGK, T. 23.06.2015, E. 2013/700, K. 2015/241.

²⁸ Aksi yönde ZAFER, s. 620.

²⁹ Aynı yönde ÖZEN, Non Bis In Idem, s.406-407.

dedir³⁰. Bununla beraber *ne bis in idem* ilkesi, artık bir iddianame kabul edildikten ve kovuşturma başladıktan sonra bu yargılamaya dahil tarihsel süreç üzerinde de etkilidir. Bu tarihsel süreç içerisinde yaşanmış olay yargılanmaktadır ve bu olayın kısmen açıklığa kavuşturularak mahkûmiyet veya beraat neticesine ulaşılmışsa açıklığa kavuşturulmayan kısımların tekraren yargılanması, *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil eder³¹. Bu yaklaşımdan hareketle zincirleme suçta dair bir yargılama yapılmaktaysa bu yargılama ile varılacak netice, muhakeme öncesi işlenmiş ve yargılamaya dahil edilmemiş teselsüle dahil başkaca fiilleri de kapsar. Yani *ne bis in idem* etkisi bu fiiller üzerinde de sonuç doğurur³². Haliyle iddianamede hiç bahsedilmemiş fiiller ve olaylar, öncesinde gerçekleşen bir yargılamadaki fiiller ile zincirleme suç ilişkisi içerisinde ise artık yargılanamazlar. Önceki yargılamada bu fiiller de yargılanmış sayılır³³. Bu fiiller yargılamaya hiç konu edilmemişler, hükümde dikkate alınmamışlar dahi olsa zincirleme suçta dahil hükmün *ne bis in idem* etkisi, bunlar üzerinde de sonuç doğurur. Bunun sonucu olarak da iddianamede yer almamış, hükümde dikkate alınmamış bu fiiller ile ilgili sonradan bir yargılama söz konusu olursa mahkemenin CMK m. 223/7 gereği davanın reddine karar vermesi gerekir³⁴.

Bu görüşün temelinde zincirleme suçun aynı fiil olduğu kabulü yatmaktadır. Bir tarihsel süreci kapsayan maddi olayın bir kısmının aydınlatılmış olması bir kısmının ise müphem kalması halinde *ne bis in idem* etkisinden bahsedebilmek için bu kısmen aydınlatılmış maddi olayın, aynı kişi ve aynı fiile ilişkin olması gerekmektedir. Ne var ki bizim de kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, teselsüle dahil fiiller aynı fiil olmayıp bağımsızlıklarını korurlar. Bu sebeple bağımsız, başkaca fiiller ile ilgili olarak yapılmış yargılamalara dahil edilmemiş fiillere ilişkin olarak gelecekte yargılama yapılması, sırf bu fiiller, öncesinde yargılanmış fiiller ile teselsül ilişkisi içerisinde olduğu için *ne bis in idem* ilkesine aykırı değildir.

D. Mahkûmiyete veya Beraate Göre Ayrım Yapan Görüş

Teselsüle dahil fiillerden biri veya birkaçı ile ilgili olarak sonradan yapılacak yargılamaya önceki yargılamanın *ne bis in idem* etkisine dair bir görüş,

³⁰ İÇEL, Suçların İctimai, s. 163; ERDOĞAN, s. 509.

³¹ ERDOĞAN, s. 509-510.

³² ZAFER, s. 620.

³³ YALÇIN SANCAR, s. 146; YURTCAN, s. 79.

³⁴ İÇEL, Suçların İctimai, s. 163.

önceki hükmün beraat ya da mahkûmiyet hükmü olmasına göre ayırım yapmak-tadır. Bu minvalde bir önceki başlık altında ifade edildiği gibi mahkûmiyet hükmü, teselsüle dahil olan fiillerden biri ya da birkaçı açıklığa kavuşturulma-mış, bunlar iddianamede yer almamış ve hükümde bunlara dayanılmamış dahi olsa yargılama öncesindeki tarihsel süreci kapsar. Yargılama mahkûmiyet ile sonuçlanmışsa bu fiiller de yargılanmış sayılır³⁵. Yargıtay ise önceki yargılama mahkûmiyet ile sonuçlanmışsa teselsüle dahil bir başka fiille ilgili sonraki yar-gılamanın *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşündedir³⁶.

Önceki yargılamanın neticesinde beraat hükmü verilmiş ise durum değış-mektedir. Buna göre, teselsüle dahil fiillerden biri veya birkaçının yargılaması neticesinde beraat hükmü verilmişse diğer fiillere ilişkin yapılan yargılamada önceki yargılamanın *ne bis in idem* etkisi yoktur. Bu fiiller bakımından yargı-lama yapılması pekâlâ mümkündür³⁷.

Önceki hükmün beraat yönünde olması halinde *ne bis in idem* etkisinin mahku-miyete göre farklılaşması genel olarak, zincirleme suç halinde bir suçun var olması, beraat hükmünde ise suç oluşturan fiillerin bulunmaması, haliyle suç oluşturduğu düşünülen fiillere ilişkin yargılamaya etkisinin bulunmadığı ile gerekçelendirilmekte-dir. Bir fiil beraat hükmüne dahil edilmemişse zincirleme suçta da dahil değildir³⁸. Yine birden fazla fiili zincirleme suç ilişkisi içerisine sokan, aynı suç işleme kararı şeklindeki bağlantı noktasıdır. Beraat hükmü var ise bu fiillerden birkaçının zaten zincirleme suç ilişkisi içerisinde olmadığı açıktır. Dolayısıyla yargılamaya dahil edil-memiş ve suç oluşturan fiillerin yargılanmasında bir engel yoktur³⁹. Gerçekten de beraat hükmünün varlığı durumunda, sonradan ortaya çıkan bir veya birkaç fiil ile hakkında beraat hükmü kurulan fiil ya da fiiller arasında zincirleme suç ilişkisi ku-rulması, zincirleme suçun tabiatı gereği mümkün değildir⁴⁰. Yargıtayın da beraat hükmü ile ilgili olarak bu yaklaşımı benimsediğini ifade etmek gerekir⁴¹.

³⁵ "... bir fiilin kesin hükme bağlanması hâlinde fiilin bilinen ve bilinmeyen sonuçları bakımından *non bis in idem* prensibinin işlemeye başlayacağı, bu aşamadan sonra ancak kesin hükme karşı olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilebileceği kanaatindeyiz." YERDELEN, Erdal / BOZ, Burak, "Suçların İctimamda Tamamlama Muhakemesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2023, S. 56, ss. 155-176, s. 163; ZAFER, s. 620.

³⁶ Bkz. dpn. 41. (Yargıtay, CGK, T. 24.06.2021, E. 2019/438, K. 2021/305).

³⁷ YALÇIN SANCAR, s. 147.

³⁸ YURTCAN, s. 79.

³⁹ YALÇIN SANCAR, s. 147; ERDOĞAN, s. 511.

⁴⁰ YURTCAN, s. 79; YALÇIN SANCAR, s. 147; ERDOĞAN, s. 511.

⁴¹ "Zincirleme suçlardan biri hakkında açılan kamu davası sonucunda zincirleme suç hükümleri uygulan-madan hüküm kurulmuş ve kesinleşmiş ise, henüz sonuca bağlanmayan zincirleme suçta tabi diğer suç hakkında nasıl hüküm kurulması gerektiği meselesine gelince;

Kanaatimizce bu görüşün beraat hükmüne ilişkin tespitleri yerinde olmakla birlikte, beraat hükmünün mahkûmiyet hükmünden farklılaşması, *ne bis in idem* ilkesi değil, zincirleme suça ilişkin fiillerin her birinin bağımsızlığını koruması bağlamında ele alınmalıdır. Suçlardan biri ya da birkaçı hakkında beraat hükmü verilmiş olması halinde, artık o suçlar bakımından zincirleme suç ilişkisi ortadan kalkacak ve başkaca suçlar, bağımsız ve beraate konu fiiller ile bağlantı noktası ortadan kalkmış bir şekilde münferiden değerlendirileceklerdir. Bu durum fiillerden biri veya birkaçı bakımından affın ya da şikâyetten vazgeçmenin söz konusu olması halinde de geçerlidir.

E. Önceki Yargılamanın Sadece Yargılanan Fiillere Yönelik Olduğu Görüşü

Zincirleme suç halinde, teselsüle dahil fiillerin her birinin bağımsızlığını koruduğu yolundaki görüş uyarınca teselsüle dahil fiillerin biri ya da birkaçı ile ilgili olarak yapılmış olan yargılamanın, sonradan ortaya çıkan fiillere yönelik yargılamada *ne bis in idem* etkisi yoktur⁴². Bu manada muhakeme öncesi işlenmiş ve yargılaması yapılmamış fiiller, önceki hükme rağmen yargılanabilirler⁴³.

Bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca zincirleme suç halinde, teselsüle dahil fiillerin tamamı bağımsızlıklarını korurlar. Öte yandan zincirleme suç, muhakeme hukuku bakımından da tek bir fiil olarak nitelendirilemez. Bu bağlamda teselsül ilişkisi içerisinde olan fiillerden bazıları yargılamaya dahil edilmiş ise yargılamaya dahil olmayan fiillerin, maddi ceza hukuku bakımından aynı fiil olduğunu söylemeye imkân yoktur⁴⁴. Yine muhakeme hukuku çerçevesinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca fiil, iddianamede sınırları çizilmiş ve ferdileştirilmiş maddi olaydır. Teselsüle dahil fiillerden bazılarını iddianamede

Zincirleme suça dahil olan suçlardan biri hakkında beraat kararı verilmiş ya da zamanaşımı, genel af, şikâyetten vazgeçme gibi ceza ilişkisini ortadan kaldıran bir sebebe dayalı olarak hüküm kurulmuşsa artık o suç bakımından zincirleme suç ilişkisi kalkacağından henüz sonuca bağlanmayan suçla ilgili kesinleşen hükme konu fiil gözetilmeksizin bağımsız hüküm kurulmalıdır.

Zincirleme suça dahil olan bir suçtan bu durum gözetilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, zincirleme suça konu ikinci suçla ilgili olarak mahkemece; kesinleşen hükme konu eylem de göz önüne alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulmalı, kesinleşen hükümdaki ceza sonuç cezadan indirilmeli, böylece yargılaması devam eden suça ilişkin ceza belirlenmelidir.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun 20.04.1999 tarihli ve 61-74 sayılı kararında bu şekilde yapılan yargılamanın isabetli olduğu belirtildiği gibi, Yargıtay Ceza Dairelerinin süre gelen uygulamalarının aynı şekilde olduğu anlaşılmaktadır” Yargıtay, CGK, T. 24.06.2021, E. 2019/438, K. 2021/305.

⁴² ERDOĞAN, s. 512.

⁴³ YALÇIN SANCAR, s. 148; İÇEL, Suçların İçtimai, s. 164.

⁴⁴ “Gerçekten, müteselsil suçun birden çok fiilden meydana gelmiş olması, kanunun gösterdiği haller dışında, her fiilin bağımsız niteliklerine göre hareket edilmesi zorunluluğunu sonuçlar. Durum böyle olunca, hükümden nazara alınmamış bir fiilden dolayı dava açılmasına “ne bis in idem” kuralı engel olmaz; çünkü fiil aynı değildir.” İÇEL, Suçların İçtimai, s. 164; ERDOĞAN, s. 512.

yer verilmemiş ise bu fiillerin muhakeme hukuku bakımından da aynı fiil olduğu söylenemez⁴⁵. Keza ceza muhakemesinde aynı fiil, iddianamede belirtilen fiildir. Fiiller maddi olayın açıklanması suretiyle iddianamede yer alırlar. Fiillerin işlendiği yer, zaman, fiillerin işleniş şekli, işlenişinde kullanılan araçlar gibi öğelerle tasvir edilerek fiil iddianamede açıklanır, ferdileştirilir ve fiilin sınırları çizilmiş olur⁴⁶. Önceki yargılama sonunda varılan hükümde dikkate alınmayan fiillerin, (hükümde esas alınan fiiller ile birlikte ele alındığında) zincirleme suçun bütününe haksızlık muhtevasına olan katkısı, bu fiillerin yeniden yargılama gerektirmektedir⁴⁷. İddianamede hiçbir şekilde anılmayan, varlığına dair en ufak bir belirti verilmeyen, iddianameden hiçbir surette çıkarılamayan fiillerin aynı fiil olduğunu söylemeye olanak yoktur⁴⁸. Dolayısıyla teselsüle dahil yargılamaya katılmamış fiiller ile ilgili olarak aynı fiil değerlendirmesi yapılamayacağından yeni bir yargılama yapılmasına engel bir hal yoktur⁴⁹.

Sonradan ortaya çıkan ve önceki hükümde göz önünde bulundurulmuş fiillerle zincirleme suç ilişkisi içerisinde olan fiillerin yargılanması ve bu yargılama neticesinde varılacak hükmün ne olacağı, farklı ihtimaller çerçevesinde ele alınmalıdır. Öncelikle sonradan ortaya çıkan fiiller ile ilgili olarak yapılan yargılama neticesinde bir mahkûmiyet kararına varılmış ise hükümde zincirleme suçtan kaynaklı artırımın ne şekilde yapılacağına ele alınması gerekir. Keza önceki yargılamada teselsüle dahil birden fazla fiil yargılanmış ve neticesinde zincirleme suçtan kaynaklı bir artırım zaten yapılmış olabilir. Bu durumda sonradan yapılan ve teselsüle dahil fiile ilişkin olan yargılama neticesinde mahkûmiyet halinde, ceza artırımını bir mesele teşkil etmektedir. Yahut ilk yargılama teselsüle dahil tek bir fiile ilişkin olarak yapılarak diğer fiiller göz önünde bulundurulmadığından, haliyle zincirleme suçla ilişkin bir değerlendirme ve ceza artırımını yapılmamış olabilir. Kanaatimizce de önceki hükümde dikkate alınmamış olan fiillerden kaynaklı yapılan yargılamada zincirleme suçun varlığı tespit edilirse ceza artırımının dikkate alınması zaruridir ve gerek maddi ceza hukuku bakımından gerek muhakeme hukuku bakımından aynı fiilden bahsedilemeyeceği için önceki kesin hükmün *ne bis in idem* etkisi de yoktur⁵⁰. Fakat zincirle-

⁴⁵ YALÇIN SANCAR, s. 148-149.

⁴⁶ YURTCAN, s. 93.

⁴⁷ YURTCAN, s. 80.

⁴⁸ YURTCAN, s. 93, 100.

⁴⁹ AKBULUT, Berrin, “Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2010, S. 69-70, ss. 133-154, s. 152.

⁵⁰ “Bizim hukukumuz bakımından daha isabetli saydığımız diğer bir görüşe göre, kazıyei muhkemeden evvel vâki olmakla beraber hükümde nazara alınmamış fiillerden dolayı ceza artırımını yapılması uygun olur.

me suça tek bir ceza öngörüldüğü için teselsüle dahil fiillerden ötürü çifte cezalandırmanın önüne geçmek adına önceki hükümdeki cezanın mahsubu da (TCK. m. 63) göz ardı edilememelidir⁵¹.

Aşağıda öncelikle teselsüle dahil farklı fiillere ilişkin birden fazla yargılamanın ortaya çıkış şekilleri ele alınacak, ardından önceki yargılamanın kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü ile neticelenmesinde söz konusu olabilecek farklı ihtimaller değerlendirilecektir.

III. TESELSÜLE DAHİL FİİLLERE İLİŞKİN BİRDEN FAZLA YARGILAMA YAPILMASI

A. Yargılamaların Derdest Olması

Aralarında teselsül ilişkisi bulunan fiiller, çeşitli nedenlerle ayrı ayrı yargılamalara konu olabilirler. Esasen zincirleme suç kapsamındaki fiillerin birlikte yargılanmaları kuraldır. Fakat her nasılsa bu fiillerin ayrı yargılamaya konu olmaları halinde birleştirilerek görülmeleri gerekmektedir⁵². Keza bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması halinde sübjektif bağlantı vardır⁵³. Birleştirme için uyumsuzluklar arasında bağlantı bulunması, birleştirmede yarar bulunması ve birleştirmeye imkân olması gerekmektedir⁵⁴.

Teselsül ilişkisi içerisinde bulunan fiillerden biri ile ilgili olarak açılmış olan bir dava halen derdest ise Cumhuriyet savcısının, soruşturma neticesinde teselsül ilişkisinin varlığını saptaması halinde, ikinci davaya ilişkin iddianameyi birleştirme talepli olarak derdest yargılamayı yapan mahkemeye sunması gerekmektedir⁵⁵. Böylelikle her iki veya daha fazla fiile ilişkin yargılama, zincirleme suç ilişkisi de muhakeme edilmek suretiyle tek bir davada görülmüş olur. Her nasılsa teselsül ilişkisi içerisindeki fiillerle ilgili davalar, farklı mahkeme-

Kazıyei muhkeme esası bu neticeye mâni değildir, çünkü fiil değişmiştir.” TOSUN, Öztekin, “Müselcel Suçlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1957, C. 22, S 1-4, ss. 124 -149, s. 140; ERDOĞAN, s. 513.

⁵¹ Yerdelen/Boz sonraki yargılama neticesinde ortaya çıkan cezadan, ilk yargılama neticesinde mahkûm olunan cezanın mahsubunun hukuki dayanağının olmadığı, mahsup kurumunun kıyasen uygulanmasının hukuka aykırı olduğu görülmüştür. YERDELEN / BOZ, s. 164-165.

⁵² YERDELEN / BOZ, s. 157.

⁵³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 118.

⁵⁴ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 118.

⁵⁵ OLGAÇ, Samet Can, “Zincirleme Suç Kapsamındaki Suçlardan Birisi Hakkında Verilen Hükümün Diğer Suça İlişkin Yargılamaya ve Hükme Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2020, C. 15, S. 167, ss. 1461-1474, s. 1466.

lerde açılmış ise bu davaların da birleştirilmesi gerekmektedir. Bunun için mahkeme tarafından öncelikle, derdest diğer davadaki fiil ya da fiiller ile huzurdaki olayın, zincirleme suç ilişkisi içerisinde olup olmadığı muhakeme edilecektir. Mahkeme zincirleme suç hükümlerinin uygulanma yerinin olup olmadığının tespiti noktasında diğer dosyayı getirtip inceleyecektir⁵⁶. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekliliğine dair bir tespit yapılırsa birleştirme kararı verilmesi gerekir. Hatta bu durumda kanaatimizce birleştirme kararı verilmesi ve davaların birleştirilerek görülmesi bir zorunluluktur⁵⁷.

Yukarıda açıklanan ihtimal, her iki davanın birleştirilmesine imkân olması halinde geçerlidir. Bu bağlamda davaların her ikisinin de ilk derece yargılaması safhasında olması durumunda, davaların birleştirilerek görülmesinde hem yarar hem de imkân vardır. Bundan farklı olarak davalardan biri ile ilgili olarak ilk derece yargılaması sonunda hüküm verilmiş ve hüküm kanun yolu incelemesi safhasında ise birleştirmede imkân yoktur. Bu halde ilk derece yargılamasını yapan mahkemenin, kanun yolu aşamasındaki diğer davayı bekletici mesele yapması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸. Kanaatimizce yargılamalardan birisinin, her iki yargılamanın birleştirilmesi olanağı varken birleştirilmeyerek görülüp hükme bağlanması halinde istinaf merciin, CMK m. 280/1-f hükmü⁵⁹ gereğince bozma kararı vererek davayı ilk derece mahkemesine geri göndermesi gerekir. Keza yukarıda da ifade edildiği üzere, teselsül ilişkisi içerisindeki fiillerin bir arada görülmesi bir zorunluluktur. Zorunlu olarak bir arada görülmesi gereken fiillere dair yargılamaların birleştirilmeden görülmesi ve hükme bağlanması bir bozma nedenidir. Lakin ilk derece yargılamasını sürdürmekte olan ve birleştirme imkânı olmayan mahkeme bakımından, kanun yolu aşamasındaki davanın neticesinin

⁵⁶ “... zincirleme suç hükümlerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tespiti ile varsa mükerrer cezalandırılmanın önüne geçilmesi bakımından, Ordu 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2012/353 Esas ve 2013/609 Karar sayılı dava dosyasının getirtilip incelenerek, 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı, değerlendirilerek TCK’nın 43. maddesinin uygulanma koşullarının gerçekleştirilmesinin tespiti halinde...” Yargıtay 17. CD, T. 16.05.2018, E. 2018/10, K. 2018/7064.

⁵⁷ Aynı yönde KAYMAZ, Seydi, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Y. 2019, C. 21, Özel S., ss. 295-326, s. 322-323; “... Sanık hakkında, mağdura ait konutun anahtarını çalması eyleminden dolayı ayrıca bir dava açılması halinde zincirleme suç hükümlerini düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 43/2-1 maddesiyle uygulama yapılmasının gerekip gerekmediğinin tartışılıp değerlendirilmesi için davaların birleştirilmesinde zorunluluk bulunacaktır.” Adana BAM, 8. CD, T. 19.10.2018, E. 2018/1275, K. 2018/1628.

⁵⁸ OLGAÇ, s. 1466.

⁵⁹ CMK m. 280/1-f: “... davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,”

bekletici mesele yapılması⁶⁰ dışında bir seçenek bulunmamaktadır⁶¹. Bu halde ilk derece yargılamasını sürdüren mahkeme, kanun yolu aşamasındaki dava ile ilgili olarak bekletici mesele kararı verecek, istinaf mercii CMK m. 280/1-f düzenlemesi gereğince hükmü bozarak ilk derece mahkemesine geri gönderecek ve ardından her ikisi de ilk derece yargılaması safhasında bulunan iki dava arasında birleştirme imkânı olduğundan, davalar birleştirilerek görülecektir.

B. Önceki Yargılamada Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmış Olması

CMK m. 231/5 vd. maddelerinde düzenlenen koşullar gerçekleşmişse yargılama sonunda iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde, kesin hüküm ile sonlanmış bir ceza yargılaması yoktur. Bu halde yargılama neticesinde varılmış olan ve açıklanması geri bırakılmış hükmün, teselsüle dahil başkaca fiil ya da fiillerle ilgili yargılamaya etkisinin ne olacağı tartışma konusudur.

Yargıtayın bazı kararlarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verildiği hallerde ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmadığı, mahkemece hükme konu edilen fiilin, bir başka yargılamada zincirleme suç çerçevesinde dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir⁶². Öte yandan

⁶⁰ Ceza mahkemeleri arasında bekletici mesele yapılması hususu CMK m. 218 hükmü dikkate alındığında oldukça tartışmalı bir konudur. “Ancak fayda ilkesi gereği sınırlı ve zorunlu durumlarda ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilmesi gerekmektedir. Nitekim bağlantılı davaların biri ilk derece aşamasında iken diğeri kanun yolu aşamasında olabilir. Bu durumda ise bekletici sorun gerçekten zorunlu bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada kanuni engel karşısında CMK m. 218 hükmünde revizyona gidilmesi gerekecektir. Burada önerimiz CMK m. 218’e ek fıkra olarak ceza mahkemeleri arası bekletici sorun kararının son derece sınırlı durumlarda uygulanabileceği ve bağlantılı davalarda önce muhakemelerin birleştirilmesi yolunun denemesi gerektiği, ancak sınırlı ve zorunlu durumlarda bekletici sorun kararı verilebileceği hususu düzenlenmelidir. Bu kapsamda ceza mahkemeleri arası bağlantının sonucu olarak muhakemelerin birleştirilmesi kurumunun kapsamını ve şartlarını incelemek gerekecektir.” TAŞ, Burak, “Ceza Mahkemeleri Arasında Bekletici Sorun Kararı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2021, S. 18, ss. 309-330, s. 323.

⁶¹ “Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/161 Esas sayılı dosyasında sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, tehdit, yalan tanıklık ve tefecilik suçlarından kamu davası açıldığı, tefecilik suçu yönünden suç ve iddianame tarihleri ile mağdurları yönünden iş bu dava dosyası ile aynı olmadığı ancak eylemlerin subuta ermesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ihtimali bulunduğu, aynı teselsül ilişkisi içinde bir kısım mağdurlara karşı gerçekleştirilen tefecilik eylemi nedeniyle açılmış bir kamu davasının veya verilmiş ya da kesinleşmiş bir hükmün bulunmasının diğer mağdurlara yönelik eylemlerin dava konusu yapılmasına engel olmayacağı, yargılama sonunda sabit görülen suçların cezalandırılabilirliğinin bu husustan bağımsız olarak ele alınması gerektiği nazara alınarak, söz konusu dosyanın akibetinin bekletici mesele yapıp, aslının veya onaylı örneğinin temininden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği halde davanın mükerrer açıldığı şeklindeki yanlışlığı gerekçe ve eksik inceleme sonucu red kararı verilmesi...” Yargıtay, 5. CD, T. 19.01.2016, E. 2013/15647, K. 2016/551.

⁶² “... Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2011/261 Esas sayılı dosyasına konu yargılamada hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği cihetle açıklanması geri bırakılan ve askada olan hü-

bazı Yargıtay kararlarında ise HAGB kararına konu olan fiille ilgili herhangi bir değerlendirme yapmadan doğrudan mahsup işlemi yapılması gerektiği dile getirilmektedir⁶³. Bu noktada Yargıtayın net bir tutum benimsediğini söylemek olanaksızdır.

Kanaatimizce HAGB kararı verildiği hallerde kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadığından bir diğer fiille ilgili yargılama yapan mahkeme, kesin hüküm ile neticelenmemiş ve açıklanması geri bırakılmış bir mahkûmiyet hükmünü mahsup işlemi yaparken esas alamaz. Bu halde kendisi HAGB kararına konu olan fiili dikkate almaksızın önündeki olay ile ilgili olarak yargılamayı neticelendirecektir. HAGB kararını veren mahkeme CMK m. 231 gereği hükmün açıklanmasını gerektiren haller ortaya çıkar ise hükmünü açıklarken bir diğer fiil ya da fiiller ile ilgili olarak yargılama yapan mahkemenin kesinleşmiş hükmünü mahsup işlemi için dikkate alacaktır⁶⁴. Bu mahkemedeki yargılamanın devam ediyor olması halinde ise bir üstteki başlık altında açıklanan birleştirme seçenekleri gündeme gelmelidir.

kümdeki ceza miktarının bu dosyadaki cezadan mahsup edilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde yargılama yapılması..." Yargıtay, 5. CD, T. 14.03.2019, E. 2015/6344, K. 2019/3062; Benzer yönde Yargıtay, 15. CD, T. 14.10.2019, E. 2019/4699, K. 2019/9906; Yargıtay, 5. CD, T. 18.10.2018, E. 2014/11502, K. 2018/7696; Yargıtay, 23. CD, T. 12.01.2016, E. 2015/4087, K. 2016/175.

⁶³ "... verilen cezaya ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmakla, bu mesajların incelemeye esas dosyanın iddianamesinin düzenlediği tarihten önce atılmış olması nedeniyle eylemlerin bir bütün halinde zincirleme suç hükümleri kapsamında kaldığı ve Çubuk Asliye Ceza Mahkemesi'nce sanık hakkında atılı suç yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilip kesinleştiği de gözetilerek sanık hakkında TCK'nın 106/1. maddesinin 2. cümlesi, 43/1 ve 29. maddeleri uyarınca belirlenen cezadan Çubuk Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/583 esas, 2013/655 sayılı kararıyla verilen cezanın mahsup edilmesi suretiyle hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı..." Yargıtay, 18. CD, T. 14.02.2019, E. 2016/6481, K. 2019/3155; "... hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve kesinleştiği, aynı yer ile ilgili olarak 26/01/2011 tarihli yapı tatil zaptı uyarınca açılan davadaki suç tarihinin, ilk iddianame tarihinden önce olması nedeniyle hukuki kesintinin oluşmadığı, ikinci tutanakla tespit edilen imara aykırılıkların atılı suç oluşturduğu gözetilerek ilk davada verilen ceza üzerinden zincirleme suç hükmü uyarınca artırılacak miktarı geçmeyecek şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı..." Yargıtay, 4. CD, T. 21.01.2025, E. 2013/25175, K. 2015/1715.

⁶⁴ Aynı yönde OLGAC, s. 1470-1471; "... bu hükmün 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uyarınca açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi, her ne kadar bu davaya konu eylemlerin Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 818-1274 sayılı davasına konu iddianame tarihinden önce gerçekleştirildiği iddia edilmiş ise de, bu eylemlere ilişkin yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sebebiyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmamış olması karşısında, anılan davanın Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesindeki 818-1274 sayılı dava ile bu aşamada birleştirilmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu cezanın Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesince hükmolunan sonuç cezadan indirilmesine imkan bulunmamaktadır. Ancak, açıklanması geri bırakılan hükmün ileride açıklanarak hukuken varlık kazanması halinde, her iki davaya konu eylemler arasında zincirleme suç hükümleri bakımından değerlendirme yapılabilmesi için, Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 818-1274 sayılı dosyasının onaylı örneğinin, Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesinin işbu dosyasına konulmak üzere gönderilmesi gerekmektedir..." Yargıtay, CGK, T. 17.01.2017, E. 2013/438, K. 2017/16.

C. Teselsüle Dahil Bir veya Birden Fazla Fiil ile ilgili Kesin Hükümün Bulunması

Teselsül ilişkisi içerisindeki fiillerden biri veya birkaçı ile ilgili olarak maddi anlamda ve usule ilişkin olmayan⁶⁵ bir kesin hükümün varlığı halinde, teselsüle dahil başkaca fiil ya da fiiller ile ilgili yargılama yapan mahkemenin, zincirleme suçu yine de değerlendirmesi gerekmektedir. Bunun için kesin hükümle sonuçlanmış dava dosyasının getirilmesi ve incelenmesi gerekmektedir. Mahkeme, huzurdaki yargılama konusu fiil ya da fiiller ile kesin hükümde göz önünde tutulan fiil ya da fiillerin, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı mağdura karşı, farklı zamanlarda işlenmiş suçlar olup olmadığını tartışacaktır. Bu minvalde zincirleme suçun varlığını tespit etmesi halinde, aşağıda da inceleneceği üzere, ceza artırımı meselesini ele alacak ve sonuç cezayı belirleyerek mahsup işlemini gerçekleştirecektir⁶⁶. Doktrinde böyle bir durumda birden fazla yargılama olması ve birden fazla hüküm bulunması nedeniyle mahkûmiyete bağlı sonuçlar ve tekerrür bakımından çeşitli sakıncaların ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Bu sebeple bu görüş uyarınca ikinci bir yargılama ve mahsup uygulaması yerine, kesin hükümle sonuçlanmış önceki yargılama ile ilgili yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmeli ve önceki mahkûmiyet hükmü kaldırılarak yeni ve tek bir mahkûmiyet hükmü kurulmalıdır⁶⁷.

Her nasılsa birden fazla mahkemede, teselsüle dahil fiiller ile ilgili olarak yapılan yargılama neticesinde ayrı ayrı verilen cezalar (mükerrer cezalandırma) kesinleşmiş ise bu hususun olağan üstü kanun yolları ile giderilmesi gerekmektedir⁶⁸. Bu bakımdan karar, istinaf kanun yolundan geçerek kesinleşmiş ise bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi (CMK m. 308/A), temyiz kanun yolundan geçerek kesinleşmiş ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (CMK m. 308) çerçevesinde, kesin nitelikteki ilama

⁶⁵ Yargılama neticesinde işin esasına ilişkin, maddi hukuka göre bir karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise maddi anlamda kesin hükümden; işin esasına dair maddi hukuka göre bir karar verilmeyip usul kuraları çerçevesinde yargılamayı sonlandıran bir kesin hüküm var ise usule ilişkin kesin hükümden bahsedilir. BEKAR, Elif, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2017, C. 75, S. 1, ss. 15-60, s. 20.

⁶⁶ OLGAC, s. 1466; “Anılan dosyalarda sanığın eylemlerinin benzer mahiyette olduğu dikkate alınarak, temyiz edilmeksizin kesinleşen dosyanın da asılının veya onaylı bir örneğinin bu dosya arasına alınarak, sanığın bu eylemi bir suç işleme kararı icrası kapsamında işleyip işlemediği ve hakkında TCK’nun 43. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışıldıktan sonra bir karar verilmesi ve kesinleşmiş cezanın mahsup edilmesinin düşünülmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı...” Yargıtay, 7. CD, T. 03.07.2019, E. 2018/12941, K. 2019/33691.

⁶⁷ ÖZGENÇ, s. 689, dpn. 1256.

⁶⁸ YERDELEN / BOZ, s. 166-167.

karşı olağanüstü itiraz yolunun işletilmesi gerekir. Karar kanun yolu denetiminin geçmeden kesinleşmiş ise kanun yararına bozma (CMK m. 309) yoluna gidilmelidir⁶⁹. Bu şekildeki bir hukuka aykırılık, tarafın istemi üzerine olağanüstü kanun yollarına konu edilebileceği gibi bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığı da resen ilgili olağanüstü kanun yolunu işletebilir. Bir ihtimal üçüncü bir mahkemenin teselsüle dahil bir fiil ile ilgili yargılama yaparken tarafların beyanı ile yahut resen bu durumu tespit etmesi halinde, ilgili olağanüstü kanun yoluna başvurulması için ihbarda bulunması gerekir⁷⁰. İhbar ile birlikte önceki kesin hükmün olağanüstü kanun yolu neticesinde bozulması durumunda, huzurdaki davada yargılanan fiil ile bozulan kesin hükmün konusu olan fiil arasında zincirleme suçun varlığı dikkate alınarak dosyaların birleştirilmesi ve sonucuna göre karar verilerek gerekirse ilk kesin hükmün mahsubu işleminin yapılması şeklinde bir yol izlenmelidir⁷¹.

Mahsup işleminin ne şekilde gerçekleştirileceğine dair ise uygulamada bir birlik bulunmayıp mahsup çok farklı şekillerde gerçekleştirilmekte ve Yargıtayın farklı daireleri arasında, farklı uygulamalar benimsenebilmektedir. Yargıtay 7. Ceza Dairesine göre, zincirleme suç sebebiyle cezada artırım yapıldıktan sonra bir önceki yargılamada kesinleşmiş olan cezanın mahsubuna denilerek yetinilmeli, netice cezadan düşürme yapılmamalıdır⁷². Ceza Genel Kurulu ve pek çok Yargıtay Ceza Dairesine göre ise mahsup işlemi yapılarak fark cezanın netice ceza olarak hükmedilmesi gerekmektedir⁷³. Kanaatimizce sonraki yargılamayı yapan mahkeme, sonuç cezayı belirledikten sonra kesinleşmiş olan cezanın mahsubuna diyerek bırakmalı, bir çıkarma işlemi yapmak suretiyle fark cezayı sonuç ceza olarak belirlememelidir. Keza bu durum kesinleşmiş cezanın ertelenmiş ya da seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması ihtimalinde önem arz etmektedir. Önceki cezanın ertelenmiş ya da seçenek yaptırımlara çevrilmiş olduğu hallerde, bu ceza-

⁶⁹ “Sanığın birden fazla kesinleşen dosyası bulunduğu gözetilerek yukarıda anılan dosyalardan öncelikle teselsül hükümlerinin uygulanması gereken Ankara 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/373 Esas, 2012/1970 Karar sayılı dosyası açısından 5271 sayılı CMK’nun 309. maddesi uyarınca Kanun Yararına Bozma yoluna başvurulması için ihbarda bulunulması, ardından kesinleşen dosyanın kanun yararına bozulması halinde bu dosyadaki eylemin benzer suç vasfına yönelik olduğu ve suç tarihine göre TCK’nun 43. maddesi kapsamında zincirleme biçimde kaçakçılık suçunu oluşturduğu nazara alınarak dosyaların birleştirilmesi ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi...” Yargıtay, 7. CD, T. 17.12.2018, E. 2018/10453, K. 2018/14178.

⁷⁰ OLGAC, s. 1467.

⁷¹ Bkz. dpn. 69. (Yargıtay, 7. CD, T. 17.12.2018, E. 2018/10453, K. 2018/14178).

⁷² Örneğin Yargıtay, 7. CD, T. 24.09.2019, E. 2019/2973, K. 2019/35156.

⁷³ Örneğin Yargıtay, CGK, T. 03.10.2019, E. 2017/570, K. 2019/576; Yargıtay, 5. CD, T. 01.10.2015, E. 2013/10949, K. 2015/14692; Yargıtay, 11. CD, T. 30.01.2018, E. 2015/4838, K. 2018/617; Yargıtay, 20. CD, T. 15.11.2015, E. 2015/1587, K. 2015/4668.

ların ne şekilde infaz edileceği önceki kesin hükme göre belirleneceğinden, fark cezayı sonuç ceza şeklinde belirleme yoluna gidilmemelidir.

IV. ÖNCEKİ YARGILAMADA VERİLEN KESİNLEŞMİŞ MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN SONRAKİ YARGILAMADA VERİLECEK HÜKME ETKİSİ

Zincirleme suç kapsamında gerçekleşen fiillerden biri veya birkaçı ile ilgili olarak var olan bir kesin hükmün, teselsüle dahil fiil ya da fiillerle ilgili sonradan gerçekleşen yargılama neticesinde verilecek hükme etkisi, farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre ilk yargılamadaki hükmün göz önünde bulundurduğu fiil, teselsüle dahil tek bir fiil olabileceği gibi ilk yargılamadaki hüküm, birden fazla fiili yani zincirleme suçu göz önünde bulundurmış olabilir. Sonradan ortaya çıkan fiiller ile ilgili yargılamayı, bu iki ihtimal çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

A. Önceki Yargılamada Verilen Hükümde Tek Fiilin Göz Önünde Bulundurulması

Zincirleme suç kapsamında gerçekleştirilmiş fiillerden biri ile ilgili olarak daha önceden bir yargılama yapılmış, mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hüküm kesinleşmiş olabilir. Bir başka fiil ile ilgili olarak yargılama yapan mahkeme, eğer bu fiil ile yargılamakta olduğu fiil arasında bir teselsül ilişkisi olduğunu fark ederse yukarıda da ifade edildiği gibi, öncelikle kesin hüküm ile sonuçlanmış ilgili dava dosyasını getirtip incelemelidir. Her iki dosyadaki fiiller arasında bir teselsül ilişkisi olduğu kanaatine varır ise ve önceki yargılama tek bir fiile ilişkin ise öncelikle zincirleme suçun varlığına dair tespitini yapmalı⁷⁴, ardından artırılmış cezaya mahkûmiyet kararı vermeli ve bu cezadan önceki mahkûmiyet hükmünü mahsup etmelidir.

Zincirleme suç kapsamındaki tek bir fiil ile ilgili olarak önceki yargılamada zincirleme suça dair hiçbir tespit yer almasa da ilk kesin hüküm, bütün neticele-ri ile varlığını muhafaza etmektedir⁷⁵. Zincirleme suça dair tespiti yapan ve ceza artırımını uygulayan mahkemenin hükmü artık ilk hükmün tamamlayıcısı hüviyetinde olduğu gibi ilk hüküm de tamamlayıcı hükmün temelini oluşturmaktadır⁷⁶. Zaten bu sebeple doktrinde ve içtihatla, teselsüle dahil fiile ilişkin gerçek-

⁷⁴ TOSUN, s. 140; ERDOĞAN, s. 514.

⁷⁵ ÖZEN, Suçların İctimai, s. 294.

⁷⁶ ERDOĞAN, s. 514-515; OLGAC, s. 1472.

leştirilen sonraki yargılama, tamamlama yargılaması (muhakemesi) olarak adlandırılmaktadır⁷⁷. Bir görüşe göre ilk hüküm ikinci hükmün bir parçasıdır⁷⁸.

İlk yargılamada verilen hükmün, ikinci yargılamaya temel teşkil etmesi yönündeki doktrindeki kabul, kendisini temel cezanın belirlenmesi noktasında göstermektedir. Buna göre ikinci yargılamayı yapan ve ilk yargılama sonundaki kesin hükmün göz önünde bulundurduğu fiil ile arada teselsül ilişkisini tespit eden mahkeme, temel cezayı serbestçe mi tayin edecektir, yoksa ilk yargılamadaki cezayı temel ceza olarak kabul edip yalnızca zincirleme suça ilişkin artırımı yapmakla mı yetinecektir sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş *ne bis in idem* ilkesi gereği, ikinci yargılama sonunda verilecek hükümde yalnızca zincirleme suçtan kaynaklı artırım yapılması gerektiğini, bunun için ilk mahkûmiyet hükmünde verilen temel cezanın esas alınması gerektiğini, temel cezanın değiştirilemeyeceğini ifade etmektedir⁷⁹.

Kanaatimizce sonraki yargılamayı yapan mahkeme, temel cezanın belirlenmesinde serbestçe hareket etmelidir. Keza her ne kadar arada bir teselsül ilişkisi olsa ve ikinci hüküm ilk hükmün tamamlayıcısı olsa dahi mahkemenin yargıladığı fiil, yine de bağımsızlığını muhafaza etmekte ve önceki yargılamadan bağımsız ayrı bir fiil yargılanmaktadır. Bu fiil, kesin hükme konu fiile göre nitelikli bir fiil olabilir (TCK 43/1-ikinci cümle), işleniş şekli itibarıyla daha ağır bir fiil olabilir, bu fiilin konusunun önem ve değeri ilk fiile göre çok daha fazla göz önünde bulundurulmasını gerektiriyor olabilir, failin kusurunun ağırlığı ilk fiile göre çok daha fazla olabilir (TCK m. 61). Bu gibi hallerde mahkeme, yargılanmakta olan fiile dair temel cezayı serbestçe tayin edecektir⁸⁰. Belirlediği temel ceza, ilk yargılama sonunda kesin hükümde yer alan cezadan fazla ise belirlediği bu ceza üzerinden zincirleme suça ilişkin artırımı uygulayacak ve nihayetinde sonuç ceza üzerinden, ilk yargılama neticesinde varılan kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemini gerçekleştirecektir. Tam tersi olması ihtimalinde, yani ikinci yargılama neticesinde tespit edilen temel cezanın, ilk yargılama sonundaki kesin hükümde var olan cezadan daha az olduğu görüldüğünde, ilk yargılamadaki temel ceza esas alınarak bu ceza üzerinden zincirleme suça ilişkin artırım yapılacak ve ilk hükümdeki cezanın mahsubu gerçekleştirilecektir⁸¹.

⁷⁷ YERDELEN / BOZ, s. 158 vd.

⁷⁸ YALÇIN SANCAR, s. 150.

⁷⁹ EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 342; YALÇIN SANCAR, s. 150-151.

⁸⁰ Aynı yönde OLGAC, s. 1472.

⁸¹ ERDOĞAN, s. 516; OLGAC, s. 1472; ÖZEN, Suçların İltiması, s. 294.

Yukarıda da değinildiği gibi bir zincirleme suç ilişkisinin var olabileceği, ilk kez ikinci yargılamada ortaya çıkabilir. Bu halde ilk yargılamada tek bir fiil yargılanmış olduğu için zincirleme suça dair bir tespit zaten yapılmamış olduğundan, ikinci yargılamayı yapan mahkeme, zincirleme suçun tespiti noktasında serbesttir. Kendisi de teselsüle dahil birden fazla fiili yargılıyorsa artırım oranını belirlemekte de serbesttir. Buna göre TCK m. 43/1 çerçevesinde önceki yargılamada verilen ceza üzerine, dörtte birden dörtte üçe kadar artırımı serbestçe tayin edecektir.

B. Önceki Yargılamada Verilen Hükümde Zincirleme Suç Kapsamında Birden Fazla Fiilin Göz Önünde Bulundurulmuş Olması

Zincirleme suç kapsamında işlenmiş fiillerden birkaçı ile ilgili olarak bir yargılama gerçekleşmiş, zincirleme suçun varlığına dair tespit yapıp zincirleme suçtan kaynaklı artırım gerçekleştirilmiş ve bu hüküm kesinleşmiş olabilir. Ardından aynı zincirleme suç kapsamında işlenen başkaca fiiller ile ilgili olarak yargılama yapılması halinde mahkeme, öncelikle yukarıda da ifade edildiği gibi kesin hüküm ile neticelenen dava dosyasını getirtip inceleyecektir. Ardından önceki yargılamadaki zincirleme suç kapsamındaki fiiller ile yargılanmakta olan fiil ya da fiiller arasında teselsül ilişkisi bulunup bulunmadığını tespit edecektir.

Mahkemenin gereken tahkikatı yapması sonrası teselsülün varlığını tespit etmesi halinde, birkaç farklı ihtimal kendini göstermektedir. İlk olarak önceki mahkemenin yaptığı zincirleme suçtan kaynaklı artırımın, alt sınır ile üst sınır arasında bir artırım olması söz konusu olabilir. Bu halde doktrinde yargılamayı yapan mahkemenin, cezayı üst sınıra yaklaşacak surette bir miktar daha artırabileceği söylenmektedir⁸². Yahut ilk mahkemenin yaptığı artırımı yeterli görerek herhangi bir artırım yapmadan, ilk yargılama neticesinde verilen cezayı sonuç ceza olarak belirleyecektir⁸³. Ardından hükmettiği sonuç cezadan, ilk yargılama sonunda verilen kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemini gerçekleştirir. İkinci bir ihtimal olarak ilk yargılamayı yapan mahkeme, zincirleme suçtan kaynaklı artırımı azami haddenden yapmış olabilir. Bu halde de doktrinde yargılamayı yapan mahkemenin artık zincirleme suçtan kaynaklı daha fazla artırım gerçek-

⁸² YERDELEN / BOZ, s. 165; İÇEL, Kayıhan, “Takibatın Başlamasından Sonra Gerçekleşen Fiiller Teselsüle Sokulabilir mi?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1967, C. 33, S. 3-4, ss. 315-326, s. 322; “... Fakat suç işleme kararında birlikten dolayı ayrıca evvelce teselsül kabul edilmiş ise, yeniden ceza tayin etmeyip yukarı hadde doğru eski cezanın artırılmas ile iktifa olunabilir...” TOSUN, s. 140; YALÇIN SANCAR, s. 151; ÖZEN, Suçların İhtimalı s. 295.

⁸³ ERDOĞAN, s. 516.

leştiremeyeceği ifade edilmektedir⁸⁴. Bu minvalde mahkemenin, ilk yargılama neticesinde ulaşılan kesin hükümdeki cezanın aynısını sonuç ceza olarak hükmederek ilk cezanın mahsubu işlemini gerçekleştirmesi gerekecektir.

Üçüncü bir ihtimal, ilk yargılamada göz önünde bulundurulmuş fiiller ile sonraki yargılamada göz önünde bulundurulmuş fiillerin farklı ağırlıklarda olması halidir. Örneğin ilk yargılamada zincirleme suç kapsamında ele alınan fiillerin tamamı, teşebbüs aşamasında kalmış fiiller olmakla beraber sonraki yargılamadaki fiil ya da fiiller, tamamlanmış fiiller olabilir. Yahut ilk yargılama sonundaki kesin hükümde göz önünde bulundurulmuş fiiller, suçun basit ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri olup sonraki yargılamada göz önünde bulundurulmuş fiiller, suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halleri olabilirler. İkinci yargılamadaki fiiller, tam tersi ilk yargılamadaki fiillere göre daha hafif fiiller de olabilirler. Kanaatimizce burada ikinci yargılamayı yapan mahkemenin, bağımsız bir fiili yargılıyor olmasından ötürü temel cezayı serbestçe belirlemesi gerekmektedir. Buna göre yargılanmakta olan fiiller, ilk yargılamadaki fiillere göre temel ceza bağlamında daha fazla cezaya hükmedilmesini gerektiren fiiller ise temel ceza daha yüksek miktarda belirlenecek ve zincirleme suça ilişkin oransal artırım, bu temel ceza üzerinden gerçekleştirilerek sonuç ceza belirlenecektir⁸⁵. Ardından ilk yargılama sonunda varılan kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemi gerçekleştirilecektir. Huzurda yargılanmakta olan fiiller, ilk yargılamadaki fiillere göre temel ceza bağlamında daha az ceza verilmesini gerektiren fiiller olduğu kanaatine ulaşırsa ilk yargılamadaki temel ceza esas alınacaktır⁸⁶. İlk yargılamada oransal artırım, alt sınır ile üst sınır arasında yapılmış ise bir miktar daha artırım yapılarak netice ceza belirleneceği gibi herhangi bir artırım yapmamayı serbestçe takdir ederek, ilk yargılamadaki cezayı sonuç ceza olarak belirleyebilir. Ardından ilk yargılamada varılan kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemi gerçekleştirilir.

Bir önceki başlık altındaki ihtimal ile bu başlık altındaki ihtimal bakımından ortak şekilde, ilk yargılama neticesinde varılan kesin hükümdeki cezanın ertelenmiş olması ya da seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması ihtimalinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Keza ikinci yargılamanın, temel cezayı daha ağır belirledikten sonra zincirleme suça ilişkin artırım yapması yahut ilk

⁸⁴ YALÇIN SANCAR, s. 151; ÖZEN, Suçların İhtimali s. 295; "... zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında da aynı Kanun'un 43. maddesi uyarınca en üst sınırdan artırım yapılması nedeniyle ilave cezaya hükmedilemeyeceğinden ve bu hususta CMK'nin 309. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendi uyarınca karar verilmesi mümkün görüldüğünden, sanık ... hakkında EK CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA..." Yargıtay, 11. CD, T. 29.03.2021, E. 2021/2153, K. 2021/3152.

⁸⁵ Aynı yönde bkz. ÖZEN, Suçların İhtimali, s. 295.

⁸⁶ Aynı yönde bkz. OLGAC, s. 1472; ERDOĞAN, s. 517.

yargılamadaki temel cezayı esas alarak zincirleme suçla ilişkin artırım yapması ya da azami hadde yaklaşarak bir miktar daha artırım yapması halinde, sonuç ceza TCK m. 51 hükmünce erteleme sınırını aşabilir veya TCK m. 49/2 hükmünce kısa süreli hapis cezası niteliğini kaybedebilir. Bu durumda kanaatimizce sonraki yargılama neticesinde ortaya çıkan sonuç ceza, yine erteleme kapsamında kalıyorsa tekrar erteleme kararı verilmelidir. Yine aynı şekilde sonuç ceza, kısa süreli hapis cezası niteliğini kaybetmiyorsa ilk yargılama sonunda çevrilen seçenek yaptırıma çevrilmelidir. Fakat sonraki yargılama neticesinde ortaya çıkan sonuç ceza, ertelenemez bir ceza ise erteleme kararı verilmeden hüküm kurularak önceki hükümdeki kesinleşmiş mahkûmiyet kararının mahsubuna karar verilmesi ile yetinilmelidir⁸⁷. Yine aynı şekilde ortaya çıkan sonuç ceza, kısa süreli bir hapis cezası değil ise seçenek yaptırıma dönüştürülmeden sonuç cezaya hükmedilmeli ve önceki kesin hükümdeki seçenek yaptırıma çevrilmeden önceki cezanın mahsubuna karar verilmesi ile yetinilmelidir⁸⁸. Bu halde, önceki kesin hükümde verilen cezanın mahsubu suretiyle infazı, kesin hükümde hükmedildiği şekliyle gerçekleştirilmiş olacaktır.

SONUÇ

Zincirleme suç kapsamındaki fiillerin kural olarak tek bir yargılamaya konu olmaları ve bu fiiller hakkında tek bir cezanın hükmedilmesi gerekmektedir. Hal böyle olsa da bir sebepten zincirleme suç kapsamındaki fiillerin birden fazla yargılamaya konu olması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu konu çalışmamızda öncelikle *ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde ele alınmıştır. *Ne bis in idem* ilkesi çerçevesinde aynı kişinin, aynı fiilden ötürü, birden fazla kez yargılanmaması ve birden fazla cezaya mahkûm olmaması gerekmektedir. Bu minvalde bu çalışmanın başlığındaki ihtimalin *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturması, zincirleme suç kapsamında değişik zamanlarda gerçekleştirilen eylemlerin, aynı fiil olarak değerlendirilmesi halinde mümkündür.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca zincirleme suç kapsamındaki fiiller, maddi ceza hukuku bakımından aynı fiil olarak nitelendirilemezler. Bu minvalde

⁸⁷ YERDELEN / BOZ, s. 169; "... Sanık hakkında 5607 sayılı Kanun uyarınca temel ceza belirlendikten ve TCK'nun 43. maddesi uyarınca gerekli artırım ve takdiri indirim nedenleri uygulandıktan sonra temyiz edilmeksizin kesinleşen Gaziantep 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/467 Esas - 2014/384 Karar sayılı ilamıyla erteli 1 yıl 3 ay hapis ve 2.000,00 TL adli para cezasının mahsubuna karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken söz konusu cezasının netice cezadan düşülmesi suretiyle sonuç olarak 1 yıl 3 ay hapis ve 500,00 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi, Yasaya aykırı..." Yargıtay, 7. CD, T. 24.09.2019, E. 2019/2973, K. 2019/35156.

⁸⁸ YERDELEN / BOZ, s. 169-170.

zincirleme suç kapsamındaki fiiller, kanunun özel olarak öngördüğü haller dışında bağımsız birer fiil niteliğini muhafaza ederler. Yine ceza muhakemesi bakımından da iddianamede sınırları çizilmiş ve ferdileştirilmiş olaya konu fiiller dışındaki fiillerin, zincirleme suç kapsamında olsalar dahi aynı fiil olduğu değerlendirmesi yapılamaz. Bu çerçevede zincirleme suç kapsamındaki fiillerin ayrı yargılamalara konu olması, bizce de *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Teselsül ilişkisi içerisindeki fiillerin ayrı yargılamalara konu olması farklı ihtimallerde ortaya çıkabilmektedir. İlk halde zincirleme suç kapsamındaki fiilleri konu alan farklı yargılamaların her ikisinin de derdest olması ihtimalinde davaların birleştirilerek görülmesi kanaatimizce zorunludur. Davalardan biri, ilk derece aşaması sonunda birleştirme işlemi gerçekleştirilmeden hükme bağlanmış ve istinaf kanun yolu safhasında ise istinaf mahkemesi, hükmü CMK m. 280/1-f gereği bozarak ilk derece mahkemesine geri göndermelidir. İkinci halde yargılamalardan birisi sonunda HAGB kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş olabilir. Bu durumda ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadığından, HAGB kararına konu mahkûmiyet hükmünün, diğer mahkeme tarafından dikkate alınarak teselsül ilişkisi içerisinde değerlendirilip hükme bağlanması mümkün değildir. Bu durumda mahkeme, HAGB kararını dikkate almadan önündeki davaya konu fiile ilişkin serbestçe yargılama yaparak hükme varacaktır. Üçüncü halde zincirleme suç kapsamındaki fiillerden biri veya birkaçı ile ilgili olarak bir yargılama, kesin hüküm ile sonuçlanmış olabilir. Bu durumda bu fiiller ile teselsül ilişkisi içerisindeki bir başka fiile ilgili sonraki yargılamayı yapan mahkeme, ilk olarak teselsül ilişkisinin varlığını tespit edecek, ardından çeşitli ihtimaller dahilinde bir hüküm kuracaktır.

Bu ihtimaller de iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak kesin hükümle sonuçlanmış yargılamayı yapan mahkeme, teselsüle dahil tek bir fiil ile ilgili olarak yargılama yapmış olabilir. Bu durumda sonraki yargılamada temel cezanın ne şekilde belirleneceği bir mesele arz etmektedir. Kanaatimizce sonraki yargılamayı yapan mahkemenin, bağımsız bir fiili yargılıyor olmasından kaynaklı olarak temel cezayı serbestçe belirlemesi gerekmektedir. Zira kesin hükümdeki ceza ile bağlı değildir. Huzurundaki fiilin, kesin hükme konu fiile göre daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olması, kesin hükümdeki fiil teşebbüs aşamasında kalmış iken huzurundaki fiilin tamamlanmış olması ya da fiilin işleniş şekli, işlendiği zaman ve yer, kullanılan araçlar, suçun konusunun önem ve değeri gibi kriterler ele alındığında daha fazla vahamet arz ediyor olması mümkündür. Bu sebeple temel cezayı serbestçe tayin ettikten sonra zincirleme suça ilişkin artırımını da gerçekleştirmesi ve sonuç cezayı belirlemesi gerekmektedir. Ardından kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemi gerçekleştirilmelidir.

İkinci bir ihtimal kesin hüküm ile neticelenmiş yargılama, zincirleme suç kapsamındaki birden fazla fiile ilişkin olabilir. Bu halde sonraki yargılamayı yapan mahkeme yargılamakta olduğu zincirleme suç kapsamındaki fiile ilişkin temel cezayı serbestçe belirleyecektir. Temel ceza, önceki kesin hükümdeki temel cezadan daha ağır ise zincirleme suçtan kaynaklı artırımı kendi belirlediği cezayı esas alarak yapacak ve sonuç cezayı belirleyecektir. Ardından kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemini yapacaktır. Kendi belirlediği temel ceza, önceki kesin hükümdeki temel cezadan daha az ise kesin hükümdeki temel ceza esas alınmalıdır. Ardından kesin hükümdeki temel ceza üzerine artırım miktarına bakılmalıdır. Bu artırım alt ve üst sınırlar arasında ise üst sınıra yaklaşarak bir miktar daha artırım yapılabileceği gibi artırım yeterli de görülebilir. Artırım azami haddenden yapılmış ise artık ilave bir artırım yapılmasına imkân olmayıp kesin hükümdeki cezayı, sonuç ceza olarak belirleyip ardından mahsup işlemi gerçekleştirilmelidir.

Her iki ihtimal bakımından, kesin hüküm ile cezanın ertelenmiş ya da seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması durumunda, sonraki yargılamayı yapan mahkemenin belirlediği sonuç ceza, erteleme sınırını aşıyorsa ya da ceza, kısa süreli hapis cezası niteliğinde değil ise artık cezanın ertelenmesine ya da seçenek yaptırımlara çevrilmesine imkân yoktur. Mahkeme sonuç cezaya hükmederek kesin hükümdeki cezanın mahsubu işlemini, herhangi bir fark ceza belirlemeden yapmalıdır. Belirlenen sonuç ceza hala erteleme sınırında kalıyorsa ya da kısa süreli hapis cezası niteliğindeyse kesin hükümdeki şekliyle yeniden erteleme kararı verilmeli ya da kesin hükümdeki seçenek yaptırıma çevrilmelidir.

Doktrinde ve içtihatla tamamlama yargılaması olarak adlandırılan, teselsüle dahil fiile ilgili sonraki yargılamaya ilişkin usul kurallarının, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılacak değişiklikle düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. İttimanın farklı türleri bakımından da geçerli olabilecek bu yargılamalar, çalışmamızda görülebildiği gibi *ne bis in idem* etkisi, yargılamaların bağımsızlığı, hükmün bölünmesi, adli sicile birden fazla hükmün kaydedilmesi, tekrerrür, ertelenmiş veya seçenek yaptırıma çevrilmiş önceki cezanın infazı ve artırılabilirlik pek çok konuda tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bunun yanında çalışmamız göstermiştir ki mahsup işleminin ne şekilde gerçekleştirileceğine dair uygulamada bir birlik sağlanabilmiş değildir. İhdas edilecek düzenleme, tamamlama yargılaması uygulamasını kaldıracak nitelikte olabileceği gibi bu yargılamanın şartlarını, ne şekilde gerçekleştirileceğini ve sonucunda verilecek hükmün niteliğini ve buna bağlı sonuçları belirli hale getiren nitelikte de olabilir. Yahut sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenle-

rini düzenleyen CMK m. 314 hükmüne bu neden de dahil edilerek ilk yargılamının yenilenmesi ve bu surette teselsüle dahil fiillerin, tek yargılamaya konu edilmesi yolu da tercih edilebilir. Sonuç olarak içtihat ile türetilmiş ve farklı şekillerde ortaya çıkan uygulamaları beraberinde getiren bu yargılamaların belirli hale getirilmesi, bu yargılamalara bağlanan sonuçların çeşitli mağduriyetlere yol açmaması ve çelişkili uygulamaların ortaya çıkmaması için zorunludur.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, “Zincirleme Suça İlişkin Özel Belirlemeler Hakkında Bazı Tespitler”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2010, S. 69-70, ss. 133-154.
- AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- BEKAR, Elif, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2017, C. LXXV, S. 1, ss. 15-60.
- BULUT, İlhan, “Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı” Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFD), Y. 2025, C. 10, S. 1, ss. 33-68.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun, “Non Bis İn İdem İlkesi”, in: Prof. Dr. Çetin Özek’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, ss. 219-224.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 605.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15. Tıpkı Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- ERDOĞAN, Yağmur Müge, Zincirleme Suç, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.
- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- İÇEL, Kayıhan, “Takibatın Başlamasından Sonra Gerçekleşen Fiiller Teselsüle Sokulabilir mi?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1967, C. 33, S. 3-4, ss. 315-326.
- İÇEL, Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

- KAYMAZ, Seydi, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Y. 2019, C. 21, Özel S., ss. 295-326.
- KELEP PEKMEZ, Tuba, Ceza Muhakemesinde Fiil, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- KUNTER, Nurullah, “Müselssel Suç ve Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1951, C. 17, S. 3-4, s. 884-910.
- OLGAÇ, Samet Can, “Zincirleme Suç Kapsamındaki Suçlardan Birisi Hakkında Verilen Hükümün Diğer Suça İlişkin Yargılamaya ve Hükme Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2020, C. 15, S. 167, ss. 1461-1474.
- ÖZEN, Mustafa, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 14, S. 1, ss. 389-417.
- ÖZEN, Mustafa, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 24. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, Ceza Hukukunda Zincirleme Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- TAŞ, Burak, “Ceza Mahkemeleri Arasında Bekletici Sorun Kararı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2021, S. 18, ss. 309-330.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 27. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.
- TOSUN, Öztekin, “Müselssel Suçlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1957, C. 22, S 1-4, ss. 124 -149.
- YALÇIN SANCAR, Türkân, Müteselsil Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

- YERDELEN, Erdal / BOZ, Burak, “Suçların İçtimasında Tamamlama Muhakemesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2023, S. 56, ss. 155-176.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Türkiye’de Anayasa Yapımında Halk Katılımının Rolü^(*)

The Role of Public Participation in Constitution-Making in Türkiye

Nurullah GÖRGEN^(**)

Öz:

Günümüzde anayasa yapım süreci veya kapsamlı anayasa değişikliklerinde halkın katılımı; meşruiyetin artırılması, toplumsal barışın sağlanması ve demokratikleşmenin güçlendirilmesi açısından gerekli unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir. Halkın anayasa yapım sürecine dahil edilmesi genel olarak benimsenmiş bir ilke olmakla birlikte, burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır: Anayasa yapım sürecinde halkın katılımını sağlamaya yönelik tek bir model veya yöntem bulunmamaktadır. Bu sürece halkı dahil etmek isteyen her ülke, süreci sağlıklı bir şekilde yürütebilmek için ülkenin yapısını, kapasitesini, önceki deneyimlerini, anayasanın içeriğini ve mevcut kaynakları gibi çeşitli faktörleri göz önünde bulundurmalıdır. Aksi takdirde halkın katılımı, toplumsal fayda sağlamaktan ziyade, toplumun bölünmesine, kutuplaşmasına ve zaman ile ekonomik kaynakların israfına yol açabilir. Bu nedenle bu çalışma, Türkiye’de yapılması muhtemel yeni bir anayasa ya da kapsamlı bir anayasa değişikliği bağlamında, ülkenin olanakları ve koşulları çerçevesinde halk katılımının rolünü tartışmayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda; anayasa kavramına ilişkin bazı temel konular (anayasa türleri, anayasa yapım yöntemleri ve aşamaları, halk katılımının sağlama yolları) ele alındıktan sonra, halk katılımının anayasa yapım sürecine katkıları ve olası riskleri değerlendirilecektir. Son olarak, Türkiye’nin anayasa yapım tarihinde halk katılımının rolü incelenecek ve etkili ve faydalı bir halk katılımı için (halk katılımının neden gerekli olduğu, hangi aşamada gerçekleştirilmesi gerektiği ve kullanılacak yöntem ve teknikleri belirleme gibi) bazı öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Halk Katılımı, Anayasa Yapımı, Türkiye, Anayasa, Anayasa Yapım Süreçleri.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.05.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 17.07.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1710233

Bu makaleye atıf için: GÖRGEN, Nurullah, “Türkiye’de Anayasa Yapımında Halk Katılımının Rolü”, **İMİHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 813-858

^(**) *Dr. Öğr. Üyesi*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: nurullah.gorgen@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0002-7713-8273

Abstract:

In today's world, public participation in the constitution-making process or comprehensive constitutional amendments is considered one of the essential elements for increasing legitimacy, ensuring social peace, and strengthening democratization. While public involvement in the constitution-making process is widely accepted, it is crucial to note that there is no single model or method for achieving this participation. Each country that seeks to involve its citizens in the constitutional process must take into account factors such as its structure, capacity, content, experience, and resources to ensure a smooth process. Otherwise, public participation may not only fail to benefit the country but could also lead to societal divisions, polarization, and losses in time and economic resources. Therefore, this study aims to discuss the role of public participation in a possible new constitution or comprehensive constitutional amendment in Türkiye, considering the country's capabilities and conditions. In doing so, it first examines fundamental issues related to the concept of the constitution (types of constitutions, methods, and stages of constitution-making, and ways to ensure public participation). Then, the contributions and risks of public participation in the constitutional process will be discussed. Finally, by analysing the role of public participation in Türkiye's constitutional history, the study will present recommendations (such as why public participation is necessary, at what stage it should take place, and which methods and techniques should be employed) for achieving effective and beneficial public participation in Türkiye.

Keywords:

Public Participation, Constitution-Making, Türkiye, Constitution, Constitution-Making Processes.

Extended Summary:

In the past, the public was not directly involved in the constitution-making process. Decision-making authorities were generally political elites. However, today, public participation in constitution-making has become quite common in many parts of the world. It is now considered one of the fundamental elements of a legitimate and successful constitution. Moreover, even if a constitution is made by a parliament elected by the people, its preparation solely by certain elite groups is highly controversial. Especially in order to ensure the legitimacy of constitutions, it is necessary to provide participatory mechanisms that actively include the public in the constitution-making process for various purposes.

This study aims to discuss the role of public participation in the context of a potential new constitution or a comprehensive constitutional amendment in Türkiye, within the framework of the country's capabilities and conditions.

To this end, basic information regarding constitution-making and public participation will first be presented. In particular, the concepts of constitution, constitution-making, and public participation will be explained. By examining constitution-making methods and stages in detail, the roles of public participation will be identified. Subsequently, the ways to ensure public participation in the constitution-making process will be addressed. Additionally, the contributions and risks of public participation will be evaluated, because before debating whether a constitution created with public input would be beneficial for Türkiye, the potential benefits and risks of such participation must be thoroughly assessed.

Following this, the issue of public participation in Türkiye's new constitution debates will be examined in detail. In this context, the question of how and to what extent the public will be involved in discussions on a new constitution or a comprehensive amendment is of critical importance. After presenting fundamental information on constitution-making and public participation, this study will address how participation can be ensured in a more effective, meaningful, and beneficial way in a potential constitution-making or amendment process in Türkiye, considering the country's current opportunities and conditions. It will also offer various recommendations.

First, the goal of involving the public in the constitution-making process is not one that can be achieved in the short term. In other words, sufficient time must be allocated for the planning and implementation of these processes and proposals. Then, the recommendations are as follows: 1. Explain why public participation beyond a simple “Yes” or “No” vote is necessary in the constitution-making process, and identify the expected benefits of such participation. It would be beneficial if the necessity of a broad constitutional amendment or a new constitution were determined directly by the people themselves. 2. Determine which body or bodies should manage public participation. If the process is conducted by an inadequate or incompetent institution, the data obtained may not make a meaningful contribution to constitution-making, leading to a loss of time, financial resources, and institutional trust. Therefore, achieving the intended goals depends on the managing institutions’ ability to ensure healthy and effective coordination. 3. Identify the topics on which and the segments of society from whom input should be sought. To ensure appropriate, effective, and informed public participation, the questions posed to the public must be carefully determined. Consulting the public on certain topics may cause harm rather than benefit, or result in serious time loss. 4. Determine the timing of public participation and design the process accordingly. In Türkiye, deciding at what stage and when public involvement should occur is of vital importance for the success of the constitution-making process. 5. Identify the methods and techniques to be used for public participation. These methods vary within the framework of direct and indirect participation. Choosing the appropriate methods for Türkiye is critical to ensuring effective involvement. 6. Clarify how the decision-making body will use the data resulting from public participation. It is essential to define which institution will draft the constitution (usually the legislature or a constituent assembly) and how it will incorporate public input into the constitutional draft. 7. Study the legal systems in comparative law that ensure public participation in the constitution-making process. 8. Provide the public with essential information and educational opportunities. Since individuals and communities vary in socioeconomic background and educational level, access to relevant information and education will create equal opportunities for participation, allowing individuals from all segments of society to engage effectively and consciously.

In conclusion, a comprehensive and well-planned public participation process, designed in accordance with the country’s needs, can make significant contributions to constitution-making. In contrast, a process carried out without the necessary regulations and a clear roadmap may not only be ineffective but may also lead to wasted time, economic costs, and social unrest. Therefore, this study will examine what needs to be done in Türkiye to ensure active and successful public participation.

GİRİŞ

Uzun bir dönem boyunca halk, anayasa yapım sürecine doğrudan dahil edilmemiştir. Anayasa yapım süreci ve buna bağlı olarak devletin kurum ve organlarının nasıl yapılandırılacağı ile insan hakları gibi anayasal konularda asıl karar verici merciler genellikle siyasi elitler (siyasi partiler, akademisyenler, bürokratlar, avukatlar vb.) olmuştur¹. Oysa, yirminci yüzyılın ortalarından itibaren anayasa hazırlama yetkisinin bir parlamentoya veya kurucu meclise verilmesiyle birlikte demokratik mekanizmaların sürece dahil edilmesi giderek bir norm hâline gelmeye başlamıştır². Ancak bu dönemde de halk, genellikle anayasa metnini hazırlayan meclisin üyelerini seçmek gibi sınırlı bir rol üstlenmiştir.

Son dönemlerde ise halkın seçtiği bir meclis tarafından yapılmış olsa dahi yalnızca belli elit gruplar tarafından hazırlanan anayasalardan kaçınma yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır. Başta anayasaların meşruiyetini sağlamak olmak üzere, çeşitli amaçlarla halkı anayasa yapım sürecine aktif şekilde dahil edecek katılımcı mekanizmaların oluşturulmasına yönelik bir yönelim gözlemlenmektedir. Özellikle 1970’lerden itibaren halkın, bireysel olarak ya da sivil toplum kuruluşları (STK’lar), sosyal örgütler veya çeşitli gruplar aracılığıyla anayasa yapım sürecine aktif bir şekilde katıldığı söylenebilir. Güney Afrika, Bolivya, Kenya, İzlanda, Papua Yeni Gine, Tayland, Şili ve Uganda gibi birçok ülke bu sürece örnek olarak gösterilebilir³.

Özellikle 1980 ve 1990’lı yıllarda bazı ülkelerde yaşanan çatışma veya savaşların ardından, sıradan insanların anayasa yapım sürecine dahil edilmesi yaygınlaşmıştır⁴. Bu doğrultuda şu hususun altı çizilmelidir: Halk katılımı, anayasa yapım sürecine yalnızca temsilcilerini seçmek ya da halkın doğrudan dahil olmadığı organlarca hazırlanan anayasa metnini referandumda onaylamakla sınırlı değildir; bu anlayışın ötesine geçilmiştir. Bunun yerine, halkın anayasa

¹ Michele Brandt ve diğerleri, *Constitution-Making and Reform: Options for the Process* (Interpeace 2011) 9-10; Levent Gönenç, ‘Anayasa Çalışma Metinleri, Anayasa Yapımı’ (TEPAV 2011) 5 <https://www.tepav.org.tr/upload/files/1317886508-3.Anayasa_Yapimi.pdf>; Ekin Keleş, ‘Katılımcı Anayasa Yapımı ve Sivil Toplumun Rolü: Bir Etki Analizi’ (Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı 2023) 1 <<https://tepav.org.tr/tr/haberler/s/10570>> Erişim 17.2.2025; İsmail Cem Karadut, ‘Yine-Yeni-Yeniden Anayasa Yapımı: Yaklaşımlar, Modeller ve Yöntem Üzerine Bir Değerlendirme’ [2022] *Yasama Dergisi* 11, 29.

² Vivien Hart, ‘Democratic Constitution Making’ (2003); Erin C Houlihan ve Sumit Bisarya, *Practical Considerations for Public Participation in Constitution-Building: What, When, How and Why?* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2021) 13.

³ Brandt ve diğerleri (n 1) 17.

⁴ Abrak Saati, ‘Constitution-Building Bodies and the Sequencing of Public Participation A Comparison of Seven Empirical Cases’ (2017) 10 *Journal of Politics and Law* 13, 15.

yapım sürecinin çeşitli aşamalarına entegre edilmesiyle hem sürecin içinde etkin rol oynayan hem de süreç sonunda ortaya çıkan anayasa metnini doğrudan şekillendiren kapsamlı katılım mekanizmalarının oluşturulması amaçlanmaktadır.

Kavram kargaşasını gidermek adına, anayasa yapım sürecinde “halk katılımı” ifadesiyle neyin kastedildiğini ve bu katılımın sınırlarının neler olduğunu açık biçimde ortaya koymak gerekmektedir. Öncelikle, ülkede yaşayan tüm bireylerin (ki bu sayı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte milyonlarla ifade edilebilir) anayasa yapım sürecine doğrudan katılması, gerçekçi bir yaklaşım olmaktan çok, ulaşılması arzu edilen bir ideal olarak değerlendirilmelidir.

Halkın anayasa yapım sürecine dahil olması şu şekilde tanımlanabilir: *“Halkı düzenli ve örgütlü biçimde temsil eden sosyal ve siyasal aktörlerin (yani sivil toplum kuruluşları ve siyasal partilerin) olabildiğince geniş ve etkin katılımıyla anayasa yapım sürecinin tasarlanması ve halkın doğrudan ve bir bütün olarak bu sürece ancak belli aşamalarda, özellikle anayasanın kabulü aşamasında dahil edilmesidir”*⁵. Benzer bir tanım ise halk katılımını, sürece katılmak isteyen bireylerin, koşulların elverdiği ölçüde daha doğrudan ve aktif bir biçimde sürece dahil olmalarının sağlanması ya da teşvik edilmesi olarak ifade etmektedir⁶.

Bu bağlamda, çalışmada “anayasa” kavramı şekli anlamıyla ele alınmaktadır. Başka bir deyişle, anayasa; yazılı (kodifiye edilmiş), yapılaş ve değiştirilış usulü açısından diğer hukuk normlarından farklı ve üstün bir norm olarak kabul edilmektedir⁷. Zira Türkiye’de anayasa yapım süreci ve bu süreçte halk katılımının rolü incelendiğinden, bu tür bir anayasa tanımı daha uygun ve işlevsel olacaktır.

Benzer şekilde, “anayasa yapım sürecinde halk katılımı” ifadesiyle yalnızca anayasa metninin yazılması değil, anayasa yapım sürecinin tüm aşamalarını kapsayan bir yaklaşımın kastedildiği vurgulanmalıdır. Bu nedenle literatürde “*constitution-building*” terimi kullanılmaktadır. Bu terim, yalnızca anayasa metninin hazırlanmasını ifade eden “*constitution-making*” kavramından farklı-

⁵ Levent Gönenç, ‘Türkiye’de Katımlı Anayasa Yapımına Doğru’ (TEPAV Politika Notu 2011) 5.

⁶ Saati (n 4) 15.

⁷ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (23rd edn, Yetkin Yayınları 2023) 377; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (16th edn, Ekin Basım Yayın 2024) 440; Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)* (Yetkin Yayınları 1997) 19-25.

Şunu da belirtmek gerekir ki, şekli anayasacılığın özelliklerini taşıyan bu tür bir tanımın, tüm anayasaları tanımlamakta yetersiz olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, bu çalışmanın odağında yer alan Türkiye için böyle bir tanım gereklidir. Maddi anayasacılığın, Yeni Zelanda ve İngiltere gibi ülkelerin anayasalarını ifade etmede faydalı olduğunu belirtmekle birlikte, bu tür bir tartışma bu makalenin konusu değildir.

dır⁸. Bu çalışmada, anayasa yapım sürecinin tüm aşamalarında halk katılımının mümkün olduğunca sağlanması ele alınacaktır.

Günümüzde anayasa yapım sürecinde halk katılımı; Ortadoğu, Afrika, Avrupa ve Latin Amerika dâhil olmak üzere birçok bölgede oldukça yaygın hâle gelmiş ve meşru, kalıcı ve başarılı bir anayasa için temel unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir⁹. Başka bir deyişle, halk katılımı günümüzde anayasal yaşamın vazgeçilmez bir gerçeği hâline gelmiştir¹⁰. Bu çerçevede, Türkiye’de yeni bir anayasa yapımı ya da kapsamlı bir anayasa değişikliği tartışmalarında halkın sürece nasıl ve ne ölçüde dahil edileceği sorusu önem arz etmektedir. Bu makale, anayasa yapımı ve halk katılımına ilişkin temel bilgileri sunduktan sonra, Türkiye’de yapılması muhtemel bir anayasa değişikliği veya yeni bir anayasa sürecinde, ülkenin mevcut imkân ve koşulları göz önünde bulundurularak, halk katılımının nasıl daha etkin, anlamlı ve faydalı bir şekilde sağlanabileceğine ilişkin tartışmaları ele almakta ve çeşitli öneriler sunmaktadır.

I. ANAYASA, ANAYASA YAPIMI VE HALK KATILIMI

Her ne kadar anayasa yapımı ve anayasal düzenlemelerin tarihî kökenleri oldukça eskiye dayansa da, modern anlamda yazılı ve sistematik bir anayasa niteliğini haiz ilk belge, 1787 yılında kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri Anayasasıdır¹¹. Elster, on sekizinci yüzyılın sonlarından günümüze değin en az yedi farklı anayasa yapım dalgasının ortaya çıktığını tespit etmiştir¹². Literatürde, tarihsel süreç içerisinde anayasaların genellikle hükümdar ya da yöneticiler ile elit kesimler arasında akdedilen bir tür siyasal sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹³. Bu sözleşmelerin büyük ölçüde seçilmemiş elit aktörler tarafından gerçekleştirildiği vurgulanmaktadır.

Anayasa yapım süreçleri, özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren önemli bir dönüşüm geçirmiş; 21. yüzyılın başları itibarıyla ise bazı ayırt edici nitelikler

⁸ Yash Ghai ve Guido Galli, *Constitution-Building Processes and Democratization* (International IDEA 2006) 9-10 <<https://www.idea.int/publications/catalogue/constitution-building-processes-and-democratization>> Erişim17.2.2025.

⁹ Shamshad Pasarlay, ‘Public Participation in the Constitution-Making Process: The Afghan Experiment’ (2023) 49 Brooklyn Journal of International Law 50, 51.

¹⁰ Hart (n 2) 12; Pasarlay (n 9) 51.

¹¹ Mustafa Koçak, ‘Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaları Ortak Dili Sorunu’ (2007) 23 Anayasa Yargısı 489, 491.

¹² Jon Elster, ‘Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process’ (1995) 45 Duke Law Journal 364, 368-369.

¹³ Joanne Wallis, *Constitution Making during State Building* (Cambridge University Press 2014) 40.

kazanmıştır. Saunders’a göre, günümüz anayasalarının dört temel özelliği bulunmaktadır¹⁴. Birincisi, çağdaş anayasal düzenlemeler, ilgili ülkenin halkından meşruiyetini almalı ve bu temsiliyeti açık biçimde yansıtmalıdır. Halkın doğrudan katılım göstermediği anayasa yapım süreçlerinin, geçmişte olduğunun aksine, günümüzde meşruiyet açısından ciddi biçimde sorgulandığı görülmektedir. İkincisi, günümüzde kaleme alınan anayasalar, genellikle çok kültürlü toplumsal yapılara hitap etmek durumundadır. Oysa önceki dönem anayasaları, çoğunlukla ortak bir din, dil ve tarih gibi homojenleştirici unsurlara dayandırılmıştır. Buna karşılık, günümüzdeki anayasal belgeler; toplumsal farklılıkların uzlaştırılması, iç barışın tesisi ve ulus-devletin yeniden inşası gibi daha karmaşık hedefleri içermektedir. Üçüncü özellik olarak, anayasa yapımında rol üstlenen aktörler yalnızca ulusal düzeyde sınırlı kalmamaktadır. Geçmişte anayasa yapım süreçleri, büyük ölçüde bir devletin iç meselesi olarak değerlendirilirken; günümüzde uluslararası toplumun ve özellikle bazı uluslararası kuruluşların sürece müdahil olması olağan hale gelmiştir. Bu durum, özellikle çatışma sonrası yeniden yapılanma süreçlerinde hazırlanan anayasalarda daha da belirgin bir şekilde gözlemlenmektedir. Dördüncü ve son olarak, çağdaş dönemde anayasa yapımına ilişkin tartışmalar, anayasanın içeriksel boyutundan ziyade yapım sürecinin niteliği üzerine yoğunlaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, anayasanın hangi içerikle donatıldığından çok, söz konusu içeriğin nasıl ve hangi aşamalarla oluşturulduğu ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda, anayasa yapım süreci halkın katılımı, süreçsel meşruiyet ve demokratik güvenilirlik gibi kavramlarla doğrudan ilişkilendirilmekte ve değerlendirilmektedir.

Bugün anayasa yapım süreci, çok yönlü ve disiplinlerarası yaklaşımları gerekli kılan karmaşık bir alan hâline gelmiştir. Bu çerçevede, Türkiye’de anayasa yapımında halkın katılımını ele almadan önce, anayasa teorisine ilişkin bazı temel kavramsal çerçevelerin ve literatürdeki yaklaşımların değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Özellikle anayasa türleri, anayasa yapım yöntemleri, anayasa yapım süreçlerinin aşamaları ve bu süreçlerde halkın konumunun ne şekilde belirlendiği gibi meselelerin teorik düzlemde incelenmesi, konunun daha sağlıklı bir şekilde analiz edilmesini mümkün kılacaktır.

A. Anayasa Türleri

Anayasalar, çeşitli açılardan ele alınarak farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuşlardır. Bu sınıflandırmalardan ilki, anayasa yapımına zemin hazırlayan nedenlere dayalı tasniftir. Bu bağlamda birçok akademik çalışma bulunmakla bir-

¹⁴ Cheryl Saunders, ‘Constitution Making in the 21st Century’ (2012) 4 International Review of Law 3-5 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2252294>> Erişim 17.2.2025.

likte, anayasa yapım gerekçelerini ayrıntılı biçimde irdeleyen Elster'in yaklaşımı özellikle dikkate değerdir. Elster, anayasa yapımını tetikleyen sekiz temel nedeni şu şekilde sıralamaktadır¹⁵: 1. Sosyal ve ekonomik kriz (örneğin, 1787 Amerikan Anayasası veya 1791 Fransız Anayasası); 2. İhtilal veya devrim (örneğin, 1848 tarihli Fransız ve Alman Anayasaları); 3. Rejim değişikliği (örneğin, 1970'lerin ortalarında Güney Avrupa'da ve 1990'ların başlarında Doğu Avrupa'da yapılan anayasal düzenlemeler); 4. Askerî bir rejimin varlığı (örneğin, 1958 Fransız Anayasası veya 1791 Polonya Anayasası); 5. Savaşta yenilgiye uğrama (örneğin, I. ve II. Dünya Savaşları sonrasında Almanya; II. Dünya Savaşı sonrasında ise İtalya ve Japonya Anayasaları); 6. Savaş sonrası yeniden yapılanma (örneğin, 1946 tarihli Fransa Anayasası); 7. Yeni bir devletin kurulması (örneğin, I. Dünya Savaşı'nın ardından Polonya ve Çekoslovakya Anayasaları); 8. Sömürge yönetiminden kurtulma (örneğin, 1776 sonrasında ABD'de ve 1945 sonrası dönemde pek çok üçüncü dünya ülkesinde yapılan anayasalar)¹⁶.

Elster, anayasaları öncelikle demokratik ve demokratik olmayan biçimlerde sınıflandırdıktan sonra, yapım biçimlerine dayalı olarak sekiz başlık altında sistematik bir sınıflandırma sunmaktadır¹⁷: 1. İçsel olarak dayatılan anayasalar (*Internally imposed constitutions*): Bu tür anayasalar, ülkenin kendi iç siyasi dinamikleri doğrultusunda, tek taraflı biçimde veya egemen yasa koyucu tarafından kabul edilmektedir. 1848 tarihli Prusya Anayasası ve 1852 tarihli Fransız Anayasası bu kategoriye örnek teşkil etmektedir. 2. Dışsal olarak dayatılan anayasalar (*Externally imposed constitutions*): Bu kategorideki anayasalar, ülkenin iç dinamiklerinden ziyade dış bir güç ya da yabancı bir devlet tarafından dayatılmaktadır. En tipik örnek, 1946'da II. Dünya Savaşı'nın ardından Japonya'ya ABD tarafından empoze edilen Japonya Anayasasıdır. 3. Dayatılan kısıtlamalar altında yapılan anayasalar (*Constitution-making under imposed constraints*): Bu tür anayasalarda, anayasa yapıcı aktörlerin teorik olarak alternatif seçenekleri

¹⁵ Elster, 'Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process' (n 12) 370-371.

¹⁶ Anayasa yapma nedenlerine ilişkin diğer bir önemli sınıflandırma ise 1. Ex Nihilo (Yoktan ortaya çıkan) Anayasa Modelleri ve 2. Kurallara Göre yapılan Anayasalar. 1. İlk türdeki anayasalar hiçbir norma tabi olmadan yapılan anayasalar olup kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. 1.a. İhtilal nedeniyle ortaya çıkan anayasalar 1.b. Ulus-Devlet-Kurma Anayasaları. Yine burada iki tip anayasadan söz edilebilir: İlki devlet kurmanın ulusal bağımsızlık şeklinde olduğu anayasalardır. İkincisi, uluslararası bir çaba olarak yapılan anayasalardır. 2. Kurallara göre yapılan anayasalar ise genellikle mevcut anayasa yapma veya değiştirme prosedürlerine dayanarak yapılan anayasalardır. Daha fazla bilgi için bkz. Claude Klein ve András Sajó, 'Constitution-Making: Process and Substance' in Michel Rosenfeld ve András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 425-435 2.

¹⁷ Jon Elster, 'Ways of Constitution-Making' in Axel Hadenius (ed), *Democracy's Victory and Crisis* (1st edn, Cambridge University Press 1997) 125-131.

bulunsa da, dışsal aktörlerce getirilen çeşitli kısıtlamalar süreci şekillendirmektedir. Bu kısıtlamalar hem yapım prosedürünü hem de anayasa metninin içeriğini etkileyebilir. Örneğin, 1949 tarihli Almanya Anayasası (müttefik devletler etkisiyle), 1949 tarihli Hindistan Anayasası (İngiliz otoritesinin gölgesinde) ve 1989 sonrası Bulgaristan ve Romanya Anayasaları (Avrupa Konseyi ve Batılı aktörlerin etkisiyle) bu kategoriye dahildir. 4. Sözleşme niteliğindeki anayasalar (*Constitution-making as a contract*): Bu tür anayasalar, genellikle yöneticiler ile toplumsal elitler arasında akdedilen siyasal sözleşmeler biçiminde ortaya çıkmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta ve bazı Polonya Anayasaları bu türün örnekleri arasında yer almaktadır. 5. Azınlık tarafından yapılan anayasalar (*Minority constitution-making*): Bu sınıflandırma, anayasa yapım sürecine toplumun geniş kesimlerinin (örneğin kadınlar, mülk sahibi olmayanlar veya oy hakkı bulunmayanlar) dâhil edilmediği durumları ifade eder. Evrensel oy hakkının tanınmasından önce, kurucu meclislerin sınırlı ve ayrıcalıklı gruplar tarafından seçilmesi bu tür uygulamalara örnek teşkil etmektedir. 6. Elitler arası uzlaşısı ile yapılan anayasalar (*Constitution-making by elite accommodation*): Bu modelde anayasa, halkın doğrudan katılımı olmaksızın, siyasal elitlerin kendi aralarında ki müzakereler sonucunda oluşturulmaktadır. 1867 tarihli Kanada Anayasası bu tür bir uzlaşısı dayalı yapıyı örneklemektedir. 7. Dolaylı yolla seçilen meclislerce yapılan anayasalar (*Constitution-making by indirectly elected assemblies*): Anayasayı hazırlayan kurucu meclisin halk tarafından doğrudan değil, dolaylı yollarla seçildiği durumlarda söz konusudur. Bu yöntem, demokratik meşruiyet açısından eleştiriye açıktır. 8. Doğrudan halk tarafından seçilen meclislerce yapılan anayasalar (*Constitution-making by directly elected assemblies*): Kurucu meclisin doğrudan halk oyu ile belirlendiği bu yöntem, özellikle 20. yüzyılda yaygınlaşmıştır ve demokratiklik açısından en meşru yöntemlerden biri olarak değerlendirilmektedir¹⁸.

Anayasa yapım yöntemine ilişkin olarak halk katılımını esas alan önemli sınıflandırmalar bulunmaktadır. Bu bağlamda, anayasa yapım sürecindeki dönüşümleri vurgulayan yaklaşımlar çerçevesinde anayasalar “geleneksel (eski)” ve “yeni” olarak ikiye ayrılmaktadır. Geleneksel anayasa anlayışı, halk katılımını öngörmeyen; anayasa yapımını belirli siyasal elitlerin kendi aralarındaki güç paylaşımı ve uzlaşması temelinde şekillendiren bir modeldir. Bu modelde halk, anayasal sürece ya hiç dahil edilmemiş ya da sembolik düzeyde temsil edilmiş-

¹⁸ Şunu da belirtmeliyiz ki buna benzer birçok sınıflandırma yapılmıştır. Örneğin, Arato, anayasaları, anayasayı hazırlayanlara göre beş gruba ayırmaktadır: 1. Anayasa Konvansiyonu, 2. Egemen Kurucu Meclis 3. Olağan Yasama 4. Yürütme 5. Evrimsel Süreç. Andrew Arato, ‘Forms of Constitution Making and Theories of Democracy’ (1995) 17 Cardozo Law Review 191, 197-198; Karadut (n 1) 22-23.

tir. Buna karşılık, günümüzde “yeni anayasacılık” olarak adlandırılan yaklaşım, halkın sürece aktif, doğrudan ve etkili biçimde katılımını esas almaktadır. Katılımcı anayasacılık anlayışı, anayasanın meşruiyetini sadece içeriğinden değil, halkın doğrudan katkı sağladığı yapım sürecinden almaktadır¹⁹. Diğer bir ifadeyle, anayasa artık yalnızca elitlerin tercih ve iradeleriyle şekillenen bir belge olmaktan çıkmış²⁰; halkın çeşitli mekanizmalar yoluyla sürece dahil olduğu demokratik bir zeminde üretilen bir belgeye dönüşmüştür.

Benzer şekilde, anayasa yapım süreçlerine ilişkin bir diğer ayrım “klasik” ve “modern” anayasa modelleri şeklinde yapılmaktadır²¹. “Klasik anayasalar” terimi, anayasal devletin ortaya çıkmaya başladığı ilk dönemlerde kabul edilen anayasaları ifade eder. Amerikan ve Fransız anayasaları bu kategoriye örnek olarak verilebilir. Bu dönemde halk, anayasa yapım sürecine doğrudan değil, anayasa yapıcı organların üyelerini seçmek suretiyle dolaylı olarak katılmıştır. Karar alma süreçlerinde asıl belirleyici aktörler yine elitler olmuştur. Buna karşılık, “modern anayasalar” ise halkın yalnızca temsilciler aracılığıyla değil, doğrudan katılım yollarıyla-örneğin referandumlar, kamu müzakereleri, anketler ve yerel toplantılar aracılığıyla-anayasa yapım sürecine dahil olduğu modelleri ifade etmektedir.

B. Anayasa Yapım Yöntemleri

Anayasa yapım sürecinde kullanılan yöntemler, halkın sürece ne ölçüde katıldığı açısından belirleyici bir öneme sahiptir. Bu çerçevede, öğretide yaygın olarak benimsenen bir sınıflandırmaya göre anayasa yapım yöntemleri üç başlık altında incelenmektedir: hiyerarşik yöntem, organik yöntem ve sözleşme yöntemi²².

Hiyerarşik yöntem, demokratik temsilden yoksun kişi, kurul veya meclisler tarafından, halkın katılımı olmaksızın ve yukarıdan aşağıya dayatılan biçimde yapılan anayasalardır. Bu yöntemde anayasa, genellikle otoriter rejimlerde görüldüğü üzere, halkın iradesi gözetilmeden tek taraflı biçimde hazırlanır. Fer-

¹⁹ Hart (n 2) 2-6.

²⁰ Gönenç (n 1) 5.

²¹ Robert P Kraynak, ‘Tocqueville’s Constitutionalism’ (1987) 81 American Political Science Review 1175, 1177; Keleş (n 1) 1-2.

²² Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişimin Dinamikleri* (Mimoza Yayınları 2000); Adnan Küçük, ‘Yeni Anayasanın Yapılma Usûlü’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022) 68.

man tipi anayasalar ve otoriter sistemlerde benimsenen dayatmacı anayasa modelleri bu gruba dâhildir. Organik yöntem, anayasanın mevcut anayasal düzene uygun olarak oluşturulan yasama organı (tali kurucu iktidar) tarafından hazırlanmasını ifade eder²³. Bu yöntemde anayasa yapım süreci, mevcut anayasal çerçeve içerisinde, belirli prosedür ve kurallar çerçevesinde işletilir. Organik yöntem, kimi zaman diğer yöntemlerle birlikte de kullanılabilir. Sözleşme yöntemi ise anayasanın, halkı temsil eden kurucu meclisler, kurullar veya siyasi ve sivil aktörler arasında yürütülen müzakere süreçleri sonucunda uzlaşıyla oluşturulmasını ifade eder. Bu yöntemde anayasa, siyasi partiler, sivil toplum kuruluşları ve halkın temsilcileri gibi çok aktörlü yapılar arasında varılan mutabakatla şekillenir. Bu model, katılım, kapsayıcılık ve uzlaşma ilkelerine dayanması nedeniyle demokratik ve meşru anayasa yapımının en güçlü örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Misak tipi anayasalar bu yöntemin tipik örneklerindendir²⁴.

Bu üç yöntemden hangisi benimsenirse benimsensin, anayasa metninin nihayetinde referandum yoluyla halkın onayına sunulması mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, halkın yalnızca referandum aşamasında “evet” ya da “hayır” demekle sınırlı kalması değil, sürece gerçek ve etkin biçimde katılmış olmasıdır. Zira halkın yalnızca onay makamı olarak konumlandırılması, demokratik katılım ilkesiyle bağdaşmaz.

Benzer bir sınıflandırma Ergun Özbudun tarafından da yapılmaktadır. Özbudun anayasa yapım yollarını “*reform yolu*”, “*kopma yolu*” ve “*sözleşme yolu*” şeklinde üç başlık altında incelemiştir²⁵. Literatürde bu tür sınıflandırmalara sıkça rastlanmakla birlikte, bu çalışmada altı çizilmesi gereken nokta şudur: Günümüzde, halkı sürece aktif biçimde dahil etmeyen anayasa yapım yöntemleri, hem demokratiklik hem de meşruiyet bakımından ciddi şekilde tartışmalıdır.

Bu bağlamda, halkın sürece dahil edildiği demokratik ve meşru anayasa yapım yöntemlerinden biri, literatürde “kum saati modeli” olarak adlandırılan

²³ Kurucu iktidar, kısaca anayasayı yapan iktidar olarak tanımlanmakta ve ikiye ayrılmaktadır. Asli kurucu iktidar genellikle anayasayı yapma olarak tanımlanmakla iken, tali kurucu iktidar anayasayı değiştirme yetkisine sahip olan iktidar olarak tanımlanmıştır. Kurulmuş iktidar ise kurucu iktidar tarafından yapılan anayasa çerçevesinde devletin yasama, yürütme ve yargı gibi yetkilerini kullanan iktidardır. Benzer bir sınıflandırma Kurucu iktidar (anayasayı yapma iktidarı) ve Kurulu iktidar (anayasayı değiştirme yetkisi) olarak yapılmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. Gözler (n 7) 102-130; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (n 7) 167-190; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (6th edn, Seçkin 2023) 161-244.

²⁴ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku* (Orion Kitabevi 2007) 95; Küçük (n 22) 68-69.

²⁵ Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı* (Bilgi Yayınevi 1993) 50-51.

yaklaşımıdır²⁶. Bu model, halkın anayasa yapımının tüm aşamalarında mümkün olduğunca yer almasını esas alır ve sürecin yapısını kum saatine benzetir. Süreç, niceliksel olarak en geniş katılımın sağlandığı halk aşamasıyla başlar. Bu ilk aşamada, anayasal taleplerin ve toplumsal ihtiyaçların genel hatlarıyla belirlenmesi hedeflenir. Ardından, kum saatinin dar kesitine denk gelen aşamada, katılımcı sayısı azalırken, tartışmalar daha somut ve teknik hale gelir. Bu aşamada anayasa taslağı hazırlanır ve yasama organında kabul edilir. Sürecin son aşamasında ise kum saatinin geniş kesimine geri dönülür; anayasa metni halkın onayına sunulur ve meşruiyetin doğrudan halk iradesiyle pekiştirilmesi sağlanır²⁷.

C. Anayasa Yapım Aşamaları

Anayasa yapım sürecinin bir diğer temel boyutu, bu sürecin hangi aşamalardan oluştuğunun belirlenmesidir. Zira halk katılımının etkin ve anlamlı olabilmesi için, bu katılımın yalnızca sembolik düzeyde değil, anayasa yapımının her bir aşamasında sağlanması gerekmektedir. Katılımın kapsamı, anayasa yapımının meşruiyetini ve demokratik niteliğini doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle, anayasa yapım sürecinin evrelere ayrılması ve bu evrelerde hangi aktörlerin, hangi araçlarla sürece dahil olacağının açıkça tanımlanması büyük önem taşımaktadır.

Literatürde anayasa yapım süreci farklı araştırmacılar tarafından çeşitli aşamalar temelinde tasnif edilmiştir. Bunlardan biri olan Widner, süreci beş temel evreye ayırmaktadır: “1. *Temel kuralların müzakere edilmesi*, 2. *Geçici belgelerin veya değiştirilemez ilkelerin oluşturulması*, 3. *Başlangıç metninin hazırlanması*, 4. *Nihai taslağın müzakere edilerek kabul edilmesi*, 5. *Anayasanın onaylanması ve yayınlanması*”²⁸. Benzer şekilde, Gönenç’e göre “kum saati modeli” bağlamında değerlendirilen sınıflandırmada da beş aşama öne çıkmak-

²⁶ Jon Elster, ‘The Optimal Design of a Constituent Assembly’ in Hélène Landemore ve Jon Elster (eds), *Collective Wisdom* (1st edn, Cambridge University Press 2012) 169 <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9780511846427%23c01033-1132/type/book_part> Erişim18.2.2025; Houlihan ve Bisarya (n 2) 13; Gönenç (n 5) 5-6; Gönenç (n 1) 11.

²⁷ Benzer şekilde Arato’ya göre, demokratik bir anayasa yapım sürecinin temel özellikleri şunları içermelidir: “1. *kuralları nihai anayasanın kabulünü kısıtlayan geçici bir anayasanın ilk kabulüyle iki aşamalı bir süreç*; 2. *geçici anayasanın seçilmemiş bir yuvarlak masa tarafından hazırlanması ve nihai anayasanın serbestçe seçilen bir kurucu yasama organı tarafından hazırlanması*; 3. *sürece yasal süreklilik sağlamak için mevcut değişiklik kurallarının kullanılması*; ve 4. *geçici anayasanın bir anayasa mahkemesi tarafından uygulanması*. “Daha fazla bilgi için: Andrew Arato, ‘Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making’ (2009) 22 International Journal of Politics, Culture, and Society IJPS 427, 430-434; Gabriel Negretto, ‘Constitution-Making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites’ (2020) 18 International Journal of Constitutional Law 206, 210; Karadut (n 1) 25.

²⁸ Jennifer Widner, ‘Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview’ [2008] William & Mary Law Review 1513, 1522.

tadır: “1. Anayasal talep ve beklentilerin tespiti, 2. Akademik uzmanlık ve kurumsal tecrübe, 3. Alternatif taslaklar, 4. Siyasal partiler ve parlamento, 5. Anayasanın halk tarafından onaylanması²⁹”. Banting ve Simeon ise anayasa yapım sürecini dört aşamalı olarak ele almaktadır: “1. Çıkarların harekete geçirilmesi, 2. Karar alma aşaması, 3. Onay, 4. Üzerinde anlaşmaya varılan herhangi bir değişikliğin meşrulaştırılması³⁰”. Daha sade ve işlevsel bazı modellerde ise üç temel aşama önerilmektedir. Bunlar genellikle şu şekilde sıralanmaktadır: “1. Taslak hazırlama, 2. Anayasaların tasdiki, 3. Onay³¹” veya “1. Gündem, belirleme, 2. Tasarım ve onay, 3. Uygulama³²”.

Her ne kadar bu modellerin içerdiği aşamalar arasında isimlendirme ve vurgu farklılıkları bulunsada, bu çalışmanın temel amacı açısından önemli olan husus; her aşamada halk katılımını mümkün kılacak demokratik mekanizmaların geliştirilmesi ve işletilmesidir. Anayasa yapım süreci ne kadar çok sayıda ve çeşitli katılımcıyı içerecek biçimde yapılandırılırsa, ortaya çıkan anayasanın meşruiyeti, kapsayıcılığı ve kalıcılığı da o ölçüde güçlenecektir.

D. Anayasa Yapım Sürecinde Halk Katılımını Sağlama Yolları

İkinci Dünya Savaşı’ndan itibaren, demokratik katılım hakkı giderek daha fazla önem kazanmaya başlamış ve bu gelişme, anayasa yapım süreçlerinin daha katılımcı ve meşru bir zemine oturmasına katkı sağlamıştır³³. Zaman içerisinde halkın anayasa yapımına katılımı, yalnızca anayasanın kabulüne veya anayasa yapıcı organların seçimlerine indirgenmeyen, daha bütüncül bir anlayışla ele alınmaya başlanmıştır.

Bu bağlamda, halkın anayasa yapım sürecine hangi yollarla katılabileceği konusu hem teorik hem de pratik düzlemde kapsamlı tartışmalara konu olmuş, çeşitli sınıflandırmalar geliştirilmiştir. Zira halkı sürece yalnızca şekli olarak dahil

²⁹ Gönenç (n 5) 5-8.

³⁰ Keith G Banting ve Richard Simeon (eds), *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations* (Palgrave Macmillan UK 1985) 18 <<http://link.springer.com/10.1007/978-1-349-06991-0>> Erişim 17.2.2025; Alexander Hudson, *The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes* (1st edn, Cambridge University Press 2021) 16 <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108878685/type/book>> Erişim 27.8.2024.

³¹ Klein ve Sajó (n 16) 434-437.

³² Saunders (n 14) 5.

Benzer şekilde “1. Fikir üretme, 2. Anlaşmaya varma, 3. Meşrulaştırma”, “1. Toplanma, 2. Taslak hazırlama ve 3. Onaylama” veya “1. Gündem belirleme, 2. Müzakere, 3. Onaylama” gibi üçlü sınıflandırmalar var olmakla beraber aşamalar benzer özellikler taşımaktadır.

³³ Wallis (n 13) 41.

etmek yeterli değildir; katılımın etkin, anlamlı ve sonuç alıcı olabilmesi için uygun araç ve yöntemlerin seçilmesi gerekmektedir. Anayasa yapım sürecinde halkın katılımını sağlamaya yönelik yöntemler çeşitli biçimlerde sınıflandırılabilir. Bu yöntemlerden biri, katılım araçlarını referandum, seçimler ve danışma (müzakere/istişare) olmak üzere üç ana kategori altında toplamaktadır³⁴.

Anayasa yapım sürecinde halk katılımı genellikle iki ana başlık altında sınıflandırılmaktadır: doğrudan katılım ve dolaylı katılım³⁵. Doğrudan katılım, halkın anayasa yapım sürecine bir temsilci ya da aracı olmaksızın, doğrudan dahil olması anlamına gelir. Bu katılım anayasa yapımının çeşitli aşamalarında farklı araçlarla gerçekleştirilebilir³⁶. Doğrudan katılım biçimleri şu şekilde kategorize edilebilir: 1. Halkoylaması (Referandum): Halkın anayasa yapım sürecine doğrudan katılımını sağlayan en yaygın yöntemdir. Referandum sürecin başlangıcında, ortasında ya da en yaygın şekliyle sonunda uygulanabilir. Referandumlar, genellikle anayasa yapım sürecinin sonunda, hazırlanan taslak metnin halk tarafından onaylanması ya da reddedilmesi amacıyla başvurulmuş bir meşrulaştırma aracı olarak kullanılmaktadır. 2. Görüş Toplama: Elektronik başvurular, çevrimiçi anketler, kamuoyu yoklamaları, yazılı öneriler gibi araçlarla bireylerin anayasa hakkındaki görüşlerinin doğrudan alınmasıdır. Teknolojinin gelişmesiyle giderek daha yaygın hale gelmiştir³⁷. 3. Vatandaş Meclisleri / Kamu Müzakereleri: Yüz yüze toplantılar, çalıştaylar veya forumlar yoluyla gerçekleştirilen bu yöntem, halkın daha derinlikli ve nitelikli şekilde sürece katılımını hedefler³⁸. Katılımcı demokrasiyi teşvik eden bu yöntemler, özellikle yerel düzeyde etkili olmaktadır.

Doğrudan katılım, anayasa yapım sürecinin farklı aşamalarında çeşitli yöntemlerin uygulanmasıyla birlikte giderek daha yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. Bu bağlamda, bağlayıcı olmayan referandumlar, yazılı sunum talepleri, anketler yoluyla görüş alma ve yüz yüze gerçekleştirilen kamu toplantıları gibi yöntemler, en sık başvurulmuş doğrudan katılım araçları arasında yer almaktadır³⁹. Ancak doğrudan katılım süreci, çoğu zaman kapsamlı hazırlıklar gerektirir.

³⁴ Houlihan ve Bisarya (n 2) 23.

³⁵ Gönenç (n 1) 9-10; Zachary Elkins, Tom Ginsburg ve Justin Blout, 'The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval' 363-367 <<https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/75140>> Erişim 24.8.2024; Ersoy Kontacı, 'Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri' (2023) 13 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 23.

³⁶ Elkins, Ginsburg ve Blout (n 35) 363-367; Gönenç (n 1) 9-10; Kontacı (n 35) 23-24.

³⁷ Alexander Hudson, 'Political Parties and Public Participation in Constitution Making: Legitimation, Distraction, or Real Influence?' (2021) 53 Comparative Politics 501, 502.

³⁸ Kontacı (n 35) 24.

³⁹ Brandt ve diğerleri (n 1) 125-126.

mesi ve geniş halk kesimlerinin sürece dahil edilmesi zorunluluğu nedeniyle zahmetli olmakta ve uzun bir zaman dilimine yayılmaktadır.

Dolaylı katılım, halkın anayasa yapım yetkisini belirli kişi veya kurumlara temsil yoluyla devretmesi anlamına gelir. Genellikle halk, temsil yetkisini çoğunlukla meclisler aracılığıyla kullanmaktadır.. Bu kapsamda iki temel model öne çıkar: 1. Kurucu Meclis Modeli: Halk yalnızca anayasa hazırlamak amacıyla kurulan kurucu meclisin üyelerini seçer. Meclisin tek işlevi anayasa yapmaktır. 2. Kurucu Yasama Modeli: Seçimle oluşan olağan yasama meclisi, anayasa yapım sürecini yürütmekle birlikte yasama faaliyetlerine de devam eder⁴⁰.

Bilir’e göre dolaylı katılım üç farklı onay sürecine sahiptir: a. Kurucu meclis ya da yasama organı hem anayasa metnini hazırlar hem de onaylar. b. İktidarı elinde tutanlar tarafından hazırlanan metin halkoyuna sunulur. c. Kurucu meclis veya kurucu yasama tarafından hazırlanan metin, son aşamada halk oyuna sunulur⁴¹.

Her ne kadar bu yollar meşruiyet açısından bir çerçeve sunsa da, halkın doğrudan karar sürecine dahil olmadığı durumlarda katılım biçimlerinin sınırlı ve şekli düzeyde kaldığı eleştirileri gündeme gelmektedir. Türkiye anayasa tarihinde bu dolaylı yöntemlerin sıklıkla kullanıldığı, ancak beklenen demokratik etkiyi yaratamadığı da dikkat çekmektedir.

Uygulamada en yaygın halk katılımı yöntemi oylamadır. Bu durum, anayasa taslağını hazırlayan meclisin belirlenmesinde ve özellikle de anayasa metninin kabulünde yapılan referandumlarda kendini göstermektedir. Tarihsel veriler bu yöntemin yaygınlığını ortaya koymaktadır: 1789-2016 yılları arasında toplam 168 anayasa, referandum yoluyla onaylanmıştır. Ayrıca, 2018 yılı itibarıyla yürürlükteki anayasaların üçte birinden fazlası referandumla kabul edilmiştir ve 2000 yılı sonrası kabul edilen anayasaların yarısından fazlası referandum sonucu yürürlüğe girmiştir⁴².

Bu veriler, referandumun halk katılımının yaygın bir aracı haline geldiğini gösterse de, süreç boyunca halkın görüş bildirebildiği, tartışmalara katılabildiği ve süreci şekillendirebildiği katılımcı mekanizmaların da hayati önemde olduğu unutulmamalıdır.

⁴⁰ Kontacı (n 35) 24.

⁴¹ Faruk Bilir, ‘Anayasa Yapımına Yönelik Değerlendirmeler’ (2008) 12 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 551, 557-558.

⁴² Hudson (n 37) 502.

II. HALK KATILIMININ ANAYASA YAPIM SÜRECİNE KATKILARI VE RİSKLERİ

Öğretide, halk katılımının anayasa yapım sürecine olan katkıları genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, halk katılımının çeşitli riskler taşıyabileceği de ifade edilmektedir. Türkiye açısından halk katılımıyla oluşturulacak bir anayasanın faydalı olup olmayacağı tartışılmadan önce, bu katılımın anayasa yapım sürecine sağlayabileceği katkıların ve doğurabileceği risklerin kapsamlı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, halk katılımının anayasa yapım sürecine sekiz temel katkı sunduğu söylenebilir:

Birinci olarak, halk katılımı, anayasa yapım sürecini yürüten organ ve kurumları toplumun farklı kesimlerinin talepleri ve kaygıları hakkında bilgilendirir⁴³. Yüz yüze istişareler, anketler ve vatandaş toplantıları gibi yöntemlerle, karar vericiler, aksi takdirde farkına varamayacakları sorunları ve ihtiyaçları doğrudan halktan öğrenme imkânına kavuşur. Bu durum, halkın anayasa sürecine olan güvenini artırmakta ve anayasa metnini sahiplenmesini kolaylaştırmaktadır. Buna karşılık, halkın dışlandığı süreçlerde anayasa içeriği ve gündemi genellikle dar bir siyasi elit tarafından şekillendirilmekte, bu da demokratik meşruiyeti zedelemektedir.

İkinci olarak, halk katılımı, kapsayıcı ve katılımcı bir yaklaşım aracılığıyla toplumsal farklılıkları uzlaştırarak ulusal birliği güçlendirme potansiyeline sahiptir. Günümüzde anayasalar, belirli bir sınıfın veya zümrenin çıkarlarını koruyan belgeler olmaktan çıkarak, toplumun tüm kesimlerini kapsayan uzlaşi metinleri hâline gelmiştir. Bu bağlamda, anayasanın müzakere edilerek ve toplumsal mutabakatla hazırlanması, hem barışı hem de toplumsal bütünlüğü pekiştirir⁴⁴. Özellikle otoriter rejimlerden demokrasiye geçiş yapan, çatışmalardan etkilenen veya toplumsal olarak bölünmüş ülkelerde halk katılımı, ortak değerlerin ve amaçların oluşturulmasına katkı sağlayarak anayasa yapım sürecini birleştireci bir fırsata dönüştürebilir⁴⁵. Ayrıca, halk katılımı bu tür toplumsal ortamlarda, taleplerin ve şikâyetlerin şiddete başvurmaksızın ifade edilebileceği bir forum işlevi görür. Bu sayede, toplumsal farklılıkların giderilmesi, ortak değerlerin oluşturulması, taleplerin tespiti ve uzlaşının sağlanmasına katkı sunar⁴⁶.

⁴³ Brandt ve diğerleri (n 1) 86-87.

⁴⁴ Ghai ve Galli (n 8) 13.

⁴⁵ Brandt ve diğerleri (n 1) 86-87.

⁴⁶ Wallis (n 13) 59; Hart (n 2); Houlihan ve Bisarya (n 2) 32; Joanne Wallis, 'How Important Is Participatory Constitution-Making? Lessons from Timor-Leste and Bougainville' (2016) 54 Commonwealth & Comparative Politics 362, 366.

Üçüncü olarak, çağdaş anayasa teorisi çerçevesinde egemenliğin halka ait olduğu genel kabul görmektedir⁴⁷. Bu nedenle, egemenliğin kullanımını belirleyen anayasa metninin hazırlanmasında halkın sürece doğrudan katılması, demokratik ilkeler açısından doğal ve gereklidir. Halk egemenliği ilkesine yapılan vurgu, tarihsel olarak egemenliğin kötüye kullanımına karşı bir tepki niteliğindedir⁴⁸. Bu çerçevede, halk katılımı anayasanın meşruiyeti açısından temel bir unsur olarak öne çıkmaktadır. Halkın sürece dahil edilmediği durumlarda, anayasanın meşruiyeti sorgulanmakta ve uygulanabilirliği azalabilmektedir⁴⁹. Oysa katılımcı süreçler, bireylerin anayasa üzerindeki sahiplenme duygusunu pekiştirerek metnin toplumsal kabulünü kolaylaştırmaktadır⁵⁰.

Dördüncü olarak, halk katılımı bireylerin anayasal konularda eğitimi ve bilinçlenmesi açısından önemli fırsatlar sunar. Sürece aktif olarak katılan bireyler, anayasa metnini anlama, temel hak ve özgürlükler ile yükümlülükleri öğrenme, anayasal meseleler hakkında bilgi edinme ve görüşlerini ifade etme imkânına sahip olur⁵¹. Bu durum, vatandaşların anayasal demokrasiye olan bağlılığını ve siyasi katılımını artırır. Özellikle sürece eşlik eden etkin bir anayasal eğitim, halkın hak ve sorumluluklarına ilişkin bilinç düzeyini yükselterek demokratikleşme sürecine katkı sağlar⁵².

Beşinci olarak, halk katılımının demokratikleşme sürecine önemli katkılar sunduğu vurgulanmaktadır. Anayasa yapım sürecine bireylerin dâhil edilmesi, onların demokratik tutum ve davranışlar geliştirmelerine olanak tanır. Bireyler, bu süreçte farklı görüşleri dinlemeye ve saygı göstermeye daha açık hâle gelir; güven ve hoşgörü gibi demokratik değerler güçlenir. Bu durum, demokratik bir siyasi kültürün gelişme olasılığını artırır⁵³. Ayrıca, halk katılımı anayasa yapım sürecinde ya da sonrasında ortaya çıkabilecek sorunların demokratik yollarla çözülmesini mümkün kılacak mekanizmaların oluşmasını teşvik eder. Böylece, demokratik ve katılımcı bir yönetim anlayışı ile hukukun üstünlüğüne dayalı bir siyasal kültürün

⁴⁷ Elkins, Ginsburg ve Blout (n 35) 364.

⁴⁸ Ghai ve Galli (n 8) 13.

⁴⁹ Abrak Saati, *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Processes on Democracy* (Statsvetenskapliga institutionen, Umeå universitet 2015) 21; Jason Gluck ve Michele Brandt, *Participatory and Inclusive Constitution Making: Giving Voice to the Demands of Citizens in the Wake of the Arab Spring* (United States Institute of Peace 2015) 14.

⁵⁰ Negretto (n 27) 209; Wallis (n 13) 61.

⁵¹ Houlihan ve Bisarya (n 2) 32.

⁵² Saati (n 49) 20-21.

⁵³ Elkins, Ginsburg ve Blout (n 35) 369-370; Saati (n 49) 21.

gelişmesi ihtimali güçlenir⁵⁴. Uygulamadaki örnekler, geniş tabanlı halk katılımının anayasa yapımının ardından demokrasinin niteliğini artıran en önemli faktörlerden biri olduğunu ortaya koymaktadır⁵⁵. Dahası, halk katılımı, bireylerin görüş ve tercihlerinin keyfi biçimde sınırlandırılmasına karşı bir güvence oluşturan müzakereci demokrasinin de temel gerekliliklerinden biridir. Bu durum, daha kapsayıcı ve nitelikli bir anayasanın hazırlanma olasılığını artırmaktadır⁵⁶.

Altıncı olarak, halk katılımı, anayasal konularda kamuoyunun farkındalık düzeyini artırır. Bu farkındalık, vatandaşların kamu otoritelerini denetlemesini ve olası hak ihlallerine karşı hesap sorma mekanizmalarını etkin biçimde işletmesini mümkün kılar⁵⁷. Nitekim, halk katılımı süreci devletin hesap verebilirliğini ve yetkililerin şeffaflığını ön plana çıkarır⁵⁸. Böylece, bireylerin suistimallerine karşı yetkililerden hesap sorma imkânı güçlenir. Ayrıca, medya, sivil toplum kuruluşları ve bireyler sürece aktif biçimde katıldıkça bilgiye erişim kolaylaşmakta ve bu durum denetim ile hesap verebilirliği artırmaktadır⁵⁹.

Yedinci katkı olarak, halk katılımının anayasa metninin niteliğini yükselttiği söylenebilir. Müzakereci yöntemlerle hazırlanan anayasaların, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve demokratik kurumların güçlendirilmesi açısından daha başarılı olduğu ifade edilmektedir⁶⁰. Nitekim, 1789 ile 2005 yılları arasında hazırlanan anayasaları inceleyen bir araştırma, halk katılımı ile anayasanın etkinliği arasında pozitif bir ilişki olduğunu ortaya koymuştur⁶¹. Ayrıca, halkın sürece doğrudan dâhil edilmesi, anayasanın içeriğinin toplumsal beklentilere uygun olmasını sağlamakta ve bu da anayasanın ulusal kimliği ve ortak değerleri yansıtan bir belge olmasına katkı sunmaktadır⁶².

Sekizinci ve son olarak, halk katılımı, çeşitli nedenlerle siyasal ve toplumsal yaşamdan dışlanmış birey ve grupların sürece dâhil edilmesini sağlayarak,

⁵⁴ Houlihan ve Bisarya (n 2) 32-33.

⁵⁵ Saati (n 4) 13-14.

⁵⁶ Gönenç (n 1) 5-6.

⁵⁷ Widner (n 28) 1513; Negretto (n 27) 209.

⁵⁸ Ghai ve Galli (n 8) 14; Brandt ve diğerleri (n 1) 87.

⁵⁹ Gluck ve Brandt (n 49) 13; Wallis (n 13) 57.

⁶⁰ Stefan Voigt, 'The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice - Towards a Comparative Analysis' (Social Science Research Network, 12 August 2003) <<https://papers.ssrn.com/abstract=411461>> Erişim17.2.2025; Houlihan ve Bisarya (n 2) 33.

⁶¹ Wallis (n 46) 367; Zachary Elkins, Tom Ginsburg ve James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (1st edn, Cambridge University Press 2009) 36-64 <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9780511817595/type/book>> Erişim18.2.2025.

⁶² Wallis (n 46) 6.

siyasal sistemin demokratik niteliğini güçlendirir. Yaş, sınıf, kast, etnik köken, din veya cinsiyet gibi sebeplerle dışlanmış kesimlerin anayasa yapım sürecine katılımı, temsil eşitliği açısından son derece önemlidir. Örneğin, Güney Afrika’da 1996 Anayasası’nın hazırlanması sürecine halkın geniş katılımı sağlanarak, siyah Güney Afrikalılar ilk defa etkin bir biçimde siyasal sürece katılmışlardır. Benzer şekilde, Kanada (1982), Nikaragua (1987) ve Kenya (2005) gibi ülkelerde kadınların anayasa yapım süreçlerine katılımı, toplumsal cinsiyet eşitliğinin güçlenmesine katkıda bulunmuştur⁶³. Bunun yanı sıra, daha önce dışlanmış kesimlerin sürece dâhil edilmesi, ortak değerler ve ulusal kimlik konusunda uzlaşma sağlanabilecek bir diyalog ortamı yaratılmasına imkân tanımaktadır⁶⁴.

Bu katkılar göz önüne alındığında, Türkiye’de olası yeni bir anayasa yapım sürecinde veya kapsamlı bir anayasa değişikliğinde halkın sürece dâhil edilmesi beklenecektir. Ancak halk katılımı, yukarıda sayılan faydalarına rağmen, nasıl gerçekleştirileceği sorusu bakımından dikkatle ele alınması gereken bir konudur. Zira halk katılımı için her ülkeye uygun, evrensel bir model bulunmamaktadır. Aksine, bu tür uygulamalar ülkeden ülkeye ciddi farklılıklar gösterebilmektedir. Sonuç olarak, halkın sürece nasıl ve ne ölçüde katılacağı, ilgili ülkenin sosyo-politik dinamikleri, tarihsel bağlamı ve kurumsal yapıları çerçevesinde şekillenmektedir. Bu nedenle, anayasa yapım sürecinde halk katılımı meselesi ayrıntılı bir şekilde incelenmeli ve sürecin başarıya ulaşabilmesi için gerekli araştırmalar yapılmalı, sağlam bir yol haritası oluşturulmalıdır. Aksi takdirde, halk katılımı yoluyla anayasa hazırlama süreci, amaçlanan hedeflere ulaşamayabilir. Nitekim, yakın dönemde İzlanda⁶⁵ ve Şili⁶⁶ örnekleri, katılımcı anayasa yapımının başarısı için iyi planlama ve kapsamlı bir hazırlık sürecinin ne denli önemli olduğunu ortaya koymuştur. Dahası, hazırlanma süreci bakımından katılımcı anayasaların, geleneksel yöntemlerle hazırlanan anayasalara kıyasla daha karmaşık ve zorlu olduğu bilinmektedir. Bu çerçevede, iyi tasarlanmamış bir halk katılımı süreci yalnızca verimsizlik değil, aynı zamanda birtakım riskleri de beraberinde getirebilir. Bu nedenle, anayasa yapım sürecinde halk katılımının yol açabileceği potansiyel riskler de dikkatle değerlendirilmelidir⁶⁷. Bu riskler, en geniş anlamıyla dokuz başlık altında toplanabilir.

⁶³ Brandt ve diğerleri (n 1) 118.

⁶⁴ Gluck ve Brandt (n 49) 12.

⁶⁵ Daha fazla bilgi için bkz. Burak Çağ, ‘Katılımcı Anayasa Yapımı ve İzlanda Örneği’ [2013] Yasama Dergisi 71.

⁶⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Kontaci (n 35).

⁶⁷ Gluck ve Brandt (n 49) 15.

Birincisi, anayasa yapım sürecinde halkın çeşitli çıkar grupları tarafından manipülasyon riskiyle karşı karşıya kalmasıdır. Gerekli düzenlemeler yapılmadığı takdirde, anayasa yapımı; fikir birliğine dayalı, uzlaşmacı ve müzakereye açık bir süreç olmaktan çıkıp, siyasetin farklı bir mecrası hâline gelebilir. Bu durumda sürecin aşırı politikleşmesi ve popülist yaklaşımların etkin hâle gelmesi muhtemeldir⁶⁸. Özellikle bölünmüş toplumlarda, siyasal aktörler kimlik temelli gerilimleri tırmandırarak toplumu kutuplaştırabilirler⁶⁹. Aynı şekilde, siyasetçiler halkın iradesine başvurma yöntemini kötüye kullanarak, anayasal düzenlemeleri anti-demokratik yollarla meşrulaştırmaya çalışabilirler⁷⁰.

İkincisi, bölünmüş toplumlar veya çatışma sonrası ülkelerde halk katılımı süreci, uzlaşma yerine etnik veya politik çıkarlar etrafında şekillenebilir. Özellikle etnik kimlik, din, resmi dil tercihi ve azınlık haklarının korunması gibi toplumsal açıdan hassas ve tartışmalı konularda halk katılımı, yapıcı bir uzlaşmadan çok yeni çatışmaların zemini hâline gelebilir. Bu da sadece ortak değerlerin inşasını engellemekle kalmaz, aynı zamanda toplumsal bölünmeleri derinleştirerek anayasal düzenin istikrarını tehdit edebilir⁷¹.

Üçüncüsü, halk katılımı süreci, anayasa yapımında yeterli düzeyde fikir birliği sağlanmasını zorlaştırabilir. Halkın sürece dâhil olması, farklı toplumsal kesimlerden gelen çeşitli taleplerin artmasına yol açarken, karar alma mekanizmalarının daha karmaşık, zaman alıcı ve müzakereye dayalı hâle gelmesine sebep olabilir⁷². Ayrıca halktan gelen görüşlerle siyasi elitlerin öncelikleri arasında uzlaşma sağlanması gerekebilir. Bu uyumsuzluk, süreci tıkayabilir ve anayasa yapımını olumsuz etkileyebilir. Özellikle temel konularda uzlaşının sağlanamaması hâlinde, karar alma süreci uzayacak ve bu durum hem zaman hem de kaynak açısından ciddi kayıplara yol açabilecektir.

Dördüncü olarak, halk katılımı hayal kırıklığına veya aşırı iyimser beklentilere yol açabilir⁷³. Anayasa yapım sürecine halkın katılımı vaat edildikten sonra elde edilen verilerin çarpıtılması ya da göz ardı edilmesi, halkta aldatılmışlık ve

⁶⁸ Wallis (n 13) 64; Gluck ve Brandt (n 49) 17; Ghai ve Galli (n 8) 15. Örneğin, Venezuela’da, Hugo Chavez tarafından denetlenen 1999 anayasa yapım süreci büyük ölçüde halk katılımıyla yapılmasına rağmen popülizm nedeniyle manipüle edilmiş olduğu iddia edilmiştir.

⁶⁹ Houlihan ve Bisarya (n 2) 33; Ghai ve Galli (n 8); Gluck ve Brandt (n 49) 15.

⁷⁰ Houlihan ve Bisarya (n 2) 33. Buna örnek olarak, Belarus (1996) ve Kazakistan (1995) örnek verilebilir.

⁷¹ ibid; Gluck ve Brandt (n 49) 15-17.

⁷² Ghai ve Galli (n 8) 15.

⁷³ Dinesha Samararatne, ‘Direct Public Participation in Constitution-Making’ [2019] SSRN Electronic Journal 1 <<https://www.ssrn.com/abstract=3368056>> Erişim 17.2.2025.

güvensizlik hissi yaratabilir. Bu durum, siyasete ve anayasa yapım sürecine duyulan güveni zedeleyebilir. Ayrıca, sürecin sonunda ortaya çıkan anayasa metninin halk tarafından sahiplenilmesi ve meşruiyeti zayıflayabilir. Halk katılımı, bireylerde taleplerinin ve beklentilerinin doğrudan anayasa metnine yansıyacağı yönünde bir kanaat oluşturabilir. Ancak anayasa, tüm bireysel talepleri karşılayamayacağı için, beklentileri karşılanmayan bireyler anayasa metnine şüpheyile yaklaşabilirler⁷⁴.

Halk katılımı çoğu zaman aşırı idealize edilmekte ve sağlayabileceği katkılar abartılmaktadır. Bu yaklaşımı eleştirenler, halk katılımının olmadığı hâlde başarıyla işleyen Almanya, Japonya, Hindistan, İspanya, Endonezya ve bazı Doğu Avrupa ülkeleri gibi anayasal örnekleri öne çıkarmaktadır. Öte yandan, halk katılımına dayalı anayasaların oluşturulduğu Eritre, Uganda, Etiyopya ve Tayland gibi ülkelere anayasal başarısızlıkların yaşanmış olması da bu görüşü desteklemektedir⁷⁵.

Bu bağlamda, “halk” kavramının daha gerçekçi ve eleştirel biçimde ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. Halkı homojen bir bütün olarak görmek yerine; dini, etnik, toplumsal veya mesleki temellere dayanan gruplardan oluşan heterojen bir yapı olarak değerlendirmek daha isabetlidir. Bazı yazarlar, “*Halk diye bir şey yoktur; onun yerine dini gruplar, etnik topluluklar, kadınlar, gençler, engelliler, çiftçiler, işçiler, avukatlar, doktorlar ve çeşitli siyasal aktörler vardır; tüm bu grupların kendi özgün gündemlerini takip ettikleri belirtilmektedir*”⁷⁶. diyerek bu çeşitliliğe dikkat çekmiştir. Dahası, bazı gruplar daha iyi örgütlenme kapasitesine veya ekonomik kaynaklara sahip oldukları için sürece daha etkin katılım gösterebilirler. Bu eşitsizlikler dikkate alınmaksızın yürütülecek bir halk katılımı süreci, beklentilerin karşılanmaması hâlinde hem hayal kırıklığı yaratabilir hem de sürecin sekteye uğramasına yol açabilir⁷⁷. Ayrıca, bireylerin katılım motivasyonları da sorgulanmalıdır. İnsanların yalnızca kaynaklara erişim veya güç elde etme amacıyla sürece katılması durumunda, başarısızlık hâlinde gruplaşmaların ve toplumsal kutuplaşmanın artması ihtimali bulunmaktadır⁷⁸.

Bu çerçevede, bir diğer risk unsuru ise halkın görüşlerini siyasi karar alıcılara dayatma eğilimidir. Bu tür bir baskı ortamı, hükümet ya da siyasi partiler

⁷⁴ Gluck ve Brandt (n 49) 16.

⁷⁵ Ghai ve Galli (n 8) 14-15; Wallis (n 46) 370.

⁷⁶ Brandt ve diğerleri (n 1) 25-26.

⁷⁷ Ghai ve Galli (n 8) 15.

⁷⁸ Wallis (n 46) 368.

tarafından istenmeyen ya da anayasal bütünlük açısından sorunlu düzenlemele-
rin anayasa metnine dâhil edilmesiyle sonuçlanabilir. Bu durum, anayasanın
hem itibarı hem de uzun vadeli meşruiyeti açısından sorun yaratabilir⁷⁹.

Beşinci olarak, geniş katılımlı bir anayasa yapım süreci, maliyetli ve zaman
açısından da bir yük olabilir⁸⁰. Halkın eğitimi, kamuoyu istişareleri, müzakere süreç-
leri, veri toplama ve analiz gibi aşamalar, ciddi mali kaynak ve zaman gerektirir⁸¹.
Üstelik bu tür bir süreç sonunda başarıya ulaşılacağına garanti bulunmamaktadır.

Altıncı olarak, anayasa yapım sürecinde siyasal elitlerin ve uzmanların rolü
yadsınamaz. Popülist eğilimler ve siyasi çıkarlar nedeniyle halk katılımını süre-
cin merkezi unsuru hâline getirmek, bütüncül ve tutarlı bir anayasa metni oluş-
turulmasını engelleyebilir⁸². Özellikle idam cezası veya kürtaj gibi toplumu bö-
len meselelerde, halkın görüşlerine dayalı karar alma süreci, uzman görüşlerinin
dışlanmasına ve sürecin rasyonel zeminden uzaklaşmasına neden olabilir.

Yedinci olarak, halk katılımı süreci dış etkilere açık hale gelebilir⁸³. Özel-
likle halkın bilgilendirilmesi amacıyla kullanılan eğitim materyalleri ve yöntem-
leri, çoğunlukla Batılı normlara ve uygulamalara dayandığı için, bu durum yerel
tarih, kültür ve değerlerin göz ardı edilmesine neden olabilir. Afrika, Asya ve
Pasifik ülkelerinde yaşanan deneyimler, bu dışsal etkilerin anayasa yapım süre-
cini yönlendirdiğini göstermektedir⁸⁴.

Sekizinci olarak, bireylerin genellikle anayasanın rolü ve kapsamı konu-
sunda sınırlı bir bilgiye sahip olmalarıdır⁸⁵. Anayasa yapım sürecine katılan
bireyler, hem içerik hem de usul bakımından yeterli bilgiye sahip olmadıkları-
nda, ortaya konulacak anayasanın niteliksiz olma riski artmaktadır. Ayrıca, yeter-
li bilgi ve uzmanlıktan yoksun bireyler, manipülasyon ve yanıltıcı yönlendirme-
lere açık hâle gelebilir; bu durum da onların yanlış ya da önyargılı görüşler ge-
liştirme ihtimalini artırmaktadır⁸⁶.

⁷⁹ Ghai ve Galli (n 8) 15.

⁸⁰ Wallis (n 13) 67.

⁸¹ Örneğin, Kenya'nın anayasa yapım sürecinde halk katılımını sağlamak için yaptığı düzenlemeler 88 milyon dolara (kişi başına yaklaşık 2,57 dolara) mal olduğu tahmin edilmiştir. Resmi olmayan rakam ise 138 milyon dolardır. Gluck ve Brandt (n 49) 15-16.

⁸² ibid 16.

⁸³ Brandt ve diğerleri (n 1) 88.

⁸⁴ ibid.

⁸⁵ Wallis (n 13) 63-64.

⁸⁶ Brandt ve diğerleri (n 1); Wallis (n 46) 368.

Dokuzuncu ve son olarak, halk katılımı, anayasa metninin uzun ve gereksiz detaylarla dolu olmasına neden olabilir⁸⁷. Farklı çıkar gruplarının sürece dahil olması, anayasa ile doğrudan ilgisi olmayan konuların metne dâhil edilmesini gündeme getirebilir. Bu da hem metnin bütünlüğünü zedeleyebilir hem de pazarlık süreçlerini karmaşıktırarak uzlaşmayı zorlaştırabilir⁸⁸.

Halk katılımının anayasa yapım sürecindeki yararları ve riskleri göz önünde bulundurulduğunda, plansız ve ülke iç dinamiklerine uygun olmayan bir katılımın, hem kaynakların israf edilmesine hem de toplumsal düzenin zedelenmesine yol açabileceği görülmektedir. Bu nedenle, Türkiye’de anayasa yapım sürecinde halk katılımının kapsamının açık ve gerçekçi bir şekilde belirlenmesi zorunludur. Zira halk katılımına ilişkin standart bir yöntem bulunmamakta; katılımın başarısı ise büyük ölçüde ülkenin yapısı, kapasitesi, tarihsel deneyimleri ve mevcut kaynakları gibi çeşitli faktörlere bağlı olarak şekillenmektedir.

1982 Anayasası sonrasında Türkiye’de yeni bir anayasa talebinin süreklilik arz ettiği görülmektedir. Anayasanın kabul edildiği tarihten günümüze kadar geçen sürede, yeni bir anayasa ihtiyacına dair tartışmalar sona ermemiştir. Bu süreçte, 1982 Anayasası 20 kez değiştirilmiş (bunlardan biri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir)⁸⁹ ve yapılan değişikliklerle anayasa, büyük ölçüde ilk hâlden farklı bir yapıya bürünmüştür⁹⁰. Bu durumun temelinde, 1982 Anayasası’nın daha ilk günden itibaren toplumun ihtiyaç ve beklentilerine yeterince cevap verememesi yatmaktadır. Yapılan kapsamlı değişikliklere rağmen yeni anayasa tartışmalarının son bulmaması, aksine giderek artması da bu tespiti güçlendirmektedir.

Dolayısıyla, olası bir anayasa yapım sürecinde halk katılımının rolü mutlaka ele alınmalıdır. Türk anayasa yapım tarihi incelendiğinde, halkın anayasa yapım süreçlerine gerçek anlamda hiçbir zaman aktif şekilde dâhil edilmediği görülmektedir. Nitekim yaklaşık 150 yıllık anayasal geçmişimizde, en temel eksikliğin “*siyasal katılım*” olduğu ifade edilebilir⁹¹. Bu eksikliğin giderilebilmesi için, olası bir anayasa yapım sürecinde Türkiye’nin toplumsal ve siyasal dinamiklerine uygun, etkin, anlamlı ve yapıcı bir halk katılımının sağlanması amacıyla gerçekçi ve rasyonel bir yol haritası çizilmelidir. Bu bağlamda, hem

⁸⁷ Gönenç (n 5) 7-8.

⁸⁸ ibid; Houlihan ve Bisarya (n 2) 33.

⁸⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun 2004.

⁹⁰ Küçük (n 22) 80.

⁹¹ Abdurrahman Eren, ‘Yeni Anayasa Yapımında Güçlü ve Zayıf Yönler - Kanun-i Esasi’ (2020) 2 <<https://www.kanunesasi.com/download/yeni-anayasa-yapiminda-guclu-ve-zayif-yonler/>> Erişim 24.8.2024.

ulusal hem de uluslararası literatürdeki halk katılımı deneyimlerinden yararlanılması; hem de Türkiye'nin kendine özgü anayasa yapım süreci, tarihsel arka planı, mevcut imkânları ve toplumsal beklentileri dikkate alınmalıdır.

III. TÜRKİYE ANAYASA YAPIM TARİHİNDE HALK KATILIMININ ROLÜNÜN ARAŞTIRILMASI

Osmanlı-Türk anayasacılık tarihi incelendiğinde, anayasa yapım yöntemlerinde çeşitli farklılıklar görülse de halkın sürece doğrudan katılımının söz konusu olmadığı dikkat çekmektedir⁹². Anayasacılık tarihimizin başlangıcı olan 1876 Anayasası (Kanûn-ı Esâsî), hem hazırlanma hem de onaylanma süreçlerinde halk katılımı olmaksızın, padişahın tek taraflı iradesiyle ve yukarıdan aşağıya doğru işleyen hiyerarşik bir yöntemle oluşturulmuştur⁹³. Bu yönüyle Kanûn-ı Esâsî, klasik (eski tip) anayasacılığın bir örneği olarak değerlendirilmektedir.

1921 Anayasası ise olağanüstü koşullar altında, halk tarafından seçilen yasama meclisi tarafından hazırlanmıştır. Her ne kadar anayasa, halkın seçtiği meclis eliyle yapılmış olsa da halkın anayasa yapım sürecine doğrudan katılımı söz konusu değildir. 1924 Anayasası da benzer biçimde, tek partili bir yasama meclisi tarafından kaleme alınmış ve yine halkın anayasa yapım sürecine dâhil edilmediği bir süreçte hazırlanmıştır. Bu anayasa, organik ve hiyerarşik yöntemlerin bir bileşimiyle ortaya konmuş⁹⁴; ancak ne 1921 ne de 1924 Anayasası halkoyuna sunulmuştur.

1961 ve 1982 Anayasaları, askeri müdahalelerin ardından halk tarafından seçilmemiş ve demokratik yollarla oluşmamış kurucu organlar eliyle hazırlanmıştır⁹⁵. 1961 Anayasası'nın yapım sürecinde, Kurucu Meclis'in sivil kanadını oluşturan Temsilciler Meclisi'nde, çeşitli sivil toplum kuruluşları, sendikalar, barolar, esnaf birlikleri, basın mensupları ve (Demokrat Parti hariç) çeşitli siyasi partilerin temsilcilerinden oluşan toplam 256 sivil üye (bakanlar hariç) yer almıştır⁹⁶. Ancak bu durum, anayasanın askeri yönetim altında hazırlandığı gerçeğini değiştirmemektedir.

⁹² Ferhat Kentel, Levent Köker ve Özge Genç, *Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 1 Ekim 2011 Ocak 2012* (1.Basım, Tesev 2012) 4; Eren (n 91) 2.

⁹³ Küçük (n 22) 71-72.

⁹⁴ ibid 72.

⁹⁵ ibid. Şunu da belirtmek gerekir ki yukarıda ele alındığı gibi Türk-Osmanlı Anayasalarını çeşitli şekilde sınıflandırmak mümkündür. Örneğin, anayasa yapma süreçlerine göre, anayasanın ortaya çıkış nedenine göre, demokratik olup olmamasına göre. Bu makale açısından önemli olan anayasa yapım süreçlerinde halk katılımının olup olmamasıdır.

⁹⁶ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku* (4th edn, Seçkin 2022) 188; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (28th edn, Ekin Basım Yayın 2023) 36; Bülent Tanör, *Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi Yayınları 2017) 325; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (n 7) 33-34.

1982 Anayasası’nın hazırlanmasında sivil kanadı oluşturan Danışma Meclisi’nde, 1961 Anayasası dönemine kıyasla halkın temsiliyet düzeyi daha sınırlı kalmıştır. Askeri müdahale öncesinde siyasi parti üyeliği bulunan kişiler ile yükseköğrenim görmemiş bireylerin Danışma Meclisi’ne alınmaması, bu meclisin halkı temsil etme kapasitesini ciddi şekilde sınırlandırmıştır⁹⁷.

Her iki anayasa da halkın doğrudan katılım göstermediği kurullar tarafından hazırlanmış, sonrasında ise halkoyuna sunularak meşruiyet kazandırılmaya çalışılmıştır. Ancak halkoylamaları, bu anayasaların demokratik yollarla yapıldığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, söz konusu anayasalar genel olarak hiyerarşik yöntemle hazırlanmış metinler olarak değerlendirilmektedir⁹⁸.

Sonuç olarak, Türkiye’de bugüne dek yürürlüğe giren tüm anayasalarda halkın doğrudan anayasa yapım sürecine katılımı sağlanmamış; anayasa yapım yöntemleri büyük ölçüde yukarıdan aşağıya işleyen, katılımcı olmayan, hiyerarşik süreçler çerçevesinde gerçekleştirilmiştir.

A. Türkiye’de Yeni Anayasa Yapma Girişimleri ve Halk Katılımı

Türkiye’de yeni bir anayasa yapılması veya mevcut anayasanın kapsamlı bir şekilde değiştirilmesi yönündeki talepler, öğretilerde geniş biçimde tartışılmıştır. Bu taleplerin temel nedenleri şu şekilde özetlenebilir: İlk olarak, 1982 Anayasası hem yapım yöntemi hem de içeriği bakımından sorunlu görülmektedir. Anayasanın askerî bir yönetim tarafından hazırlanmış olması, halkın bu metni benimsemesini zorlaştırmış ve kamuoyunda sivil bir anayasa beklentisi doğurmuştur⁹⁹. Nitekim, olağanüstü dönemlerde hazırlanan anayasalarda, asli kurucu iktidarın kendi ideolojisini anayasaya yansıtma ve bunu meşrulaştırma çabası içinde olduğu görülmektedir. Türkiye örneğinde, 1961 ve 1982 Anayasalarının olağanüstü dönemlerde ve askerî müdahale sonrasında hazırlanmış olması bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bu tür anayasaların, halkı temsil etme kapasitesinin sınırlı kaldığı ve askerî yönetimin getirdiği kısıtlamalar altında şekillendiği ifade edilmektedir.

Buna karşılık, olağan dönemde ve halkın katılımıyla gerçekleştirilen anayasa yapım süreçlerinin hem daha yüksek bir meşruiyete sahip olma hem de halkın ihtiyaçlarına daha etkili şekilde yanıt verebilme potansiyeline sahip olduğu

⁹⁷ Anayurt (n 96) 199; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (n 7) 53; Gözler (n 96) 44.

⁹⁸ Küçük (n 22) 72.

⁹⁹ Kentel, Köker ve Genç (n 92) 3.

kabul edilmektedir. Zira, olağanüstü dönemlerde anayasa yapan kurucu iktidarlar, çoğunlukla kendi meşruiyetlerini pekiştirme ve belirli bir ideolojik çerçeve dayatma amacı güderken; olağan dönemlerde anayasa yapımı, anayasal konuların daha serbest, çoğulcu ve demokratik bir ortamda tartışılmasını mümkün kılar. 1961 ve 1982 Anayasalarının halkoyuna sunulmuş olması, halkın anayasa yapım sürecine aktif katılımını sağlamak yerine yalnızca son aşamada evet-hayır tercihinine indirgenmiş bir katılım biçimi olarak kalmıştır. Oysa halkın sürece gerçek anlamda dâhil olduğu bir anayasa yapımı, yalnızca oylamayla sınırlı olmayan, kapsayıcı ve müzakereye dayalı bir süreci gerektirir.

Yeni anayasa ihtiyacının bir diğer nedeni ise, 1982 Anayasası'nın toplum nezdinde hâlen “vesayetçi” bir metin olarak algılanmasıdır¹⁰⁰. Her ne kadar anayasa birçok kez değişikliğe uğramış olsa da, askeri bir müdahale sonrasında hazırlanmış olması, onu meşruiyet tartışmalarından azade kılmamaktadır. Bu bağlamda, halkın mevcut anayasayı bir “darbe anayasası” olarak görmesinin önüne geçmek adına, psikolojik anlamda da yeni bir anayasa ihtiyacı dile getirilmektedir¹⁰¹.

Öte yandan, 1982 Anayasası'nın zaman içerisinde çok sayıda değişikliğe uğramış olması da anayasanın bütünlüğünü zedeleyen bir diğer unsurdur. Yapılan değişikliklerin çoğunlukla 15 ila 20 maddelik paketler hâlinde gerçekleştirilmesi, anayasa metnini parçalayıcı bir nitelik kazanmasına yol açmıştır. Bu nedenle bazı akademik çevreler tarafından 1982 Anayasası, “yamalı bohça” olarak nitelendirilmektedir¹⁰². Anayasada yapılan bu çok sayıdaki değişikliğin, metnin dil¹⁰³, üslup ve anlatım bütünlüğünü bozduğu; ayrıca maddeler ve bölümler arasındaki yapısal bağlantıların zayıflamasına neden olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴. Anayasa yazım tekniği açısından da söz konusu metnin ciddi yapısal

¹⁰⁰ Gönenç (n 5) 4.

¹⁰¹ Cem Duran Uzun, ‘Yeni Anayasa Yapımında Yöntem Arayışı’ (Seta Perspektif 2015) 2 <https://file.setav.org/Files/Pdf/20151127190322_116_perspektif.pdf> Erişim 25.8.2024; İba Şeref, ‘Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve Parlamento’nun Rolü’ (2016) 34 Yasama Dergisi 47, 51.

¹⁰² Şükrü Karatepe, ‘Yeni Anayasa Çalışmalarına Küçük Bir Derkenar’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022) 18; Nur Uluşahin, “‘Kutuplaşmış Bir Siyasal Sistemde Anayasa Yapmanın Güçlükleri ve Türkiye’de Yeni Bir Temel Oydaşmaya Ulaşmayı Sağlayacak Çözüm Yolları” (2011) 3 Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 19, 22.

¹⁰³ Ekrem Erdem, ‘Anayasanın Dili Meselesi’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022) 23-26; Ramazan Çağlayan, ‘Anayasanın Dil Meselesi’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022) 27-32.

¹⁰⁴ Karatepe (n 102) 18.

sorunlar içerdği vurgulanmaktadır¹⁰⁵. Tüm bu değişikliklere rağmen anayasal sorunların çözüme kavuşmadığı; aksine tartışmaların artarak devam ettiği görülmektedir. Bu durum, gerçek anlamda toplumsal ihtiyaçlara yanıt veren, kapsayıcı ve müzakereye dayalı bir anayasa yapım sürecinin gerekliliğini ortaya koymaktadır¹⁰⁶.

Yeni anayasa yapımı ihtiyacını doğuran bir başka unsur da, demokratikleşme talepleridir. Halkı sürece dâhil eden, diyalog ve müzakereye dayalı bir anayasa yapma arzusu, evrensel hukuk normlarına ve Avrupa Birliği kriterlerine uygun bir anayasa ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. 1998-2007 yılları arasında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri bu doğrultudaki çabaların somut göstergeleridir¹⁰⁷. Mevcut anayasanın ülkedeki temel sorunlara kalıcı ve tatmin edici çözümler üretmediği, bu bağlamda yeni bir toplumsal sözleşmeye dayalı anayasanın hem toplumsal uzlaşmayı pekiştireceği hem de kalıcı ve etkin bir anayasal düzen sağlayacağı düşünülmektedir.

Son olarak, anayasa değişikliği ya da yeni bir anayasa ihtiyacının, toplumsal yapıdaki ve ihtiyaçlardaki değişimle doğrudan bağlantılı olduğu ifade edilmelidir. Yeni bir anayasanın sivil, müzakereci, demokratik ve halk katılımına dayalı bir süreçle hazırlanması, bu anayasa metnine ayrı bir değer kazandıracaktır¹⁰⁸. Türkiye’de yeni bir anayasa yapım sürecinin başlatılması, ülkenin kronikleşmiş sorunlarının kısa vadeli çıkarlar yerine uzun vadeli çözümlerle ele alınmasını sağlayabilir. Bu süreçte devlet kurumlarının, siyasi partilerin, sivil toplum kuruluşlarının ve diğer aktörlerin katkısıyla halk, anayasal konulara ilişkin görüşlerini meşru ve demokratik bir platformda ifade etme imkânına sahip olacaktır¹⁰⁹. Bu durum, halkın anayasal bilinç düzeyini artıracak ve bireylerin anayasa yapım sürecinde aktif yurttaşlık bilinciyle yer almalarına olanak tanıyacaktır. Böylece farklı görüşlere sahip bireyler, barışçıl ve yasal çerçevede ülkenin sorunlarını tartışma ve kendi geleceklerine ilişkin karar alma süreçlerine katılma fırsatı bulabileceklerdir.

¹⁰⁵ Gönenç (n 5) 4.

¹⁰⁶ Bilir (n 41) 554.

¹⁰⁷ Kentel, Köker ve Genç (n 92) 3-4.

¹⁰⁸ Uzun (n 101) 2; Uluşahin (n 102) 3-5; Emin Dedeoğlu ve Aslı T Esen, ‘Sivil Toplum: “Yeni Anayasa Aceleyle Getirilmemeli”’ (anayasaplatformu.net) <<http://www.anayasaplatformu.net/blog/19>> Erişim 2.2.2025.

¹⁰⁹ Gönenç (n 5) 3.

B. Güncel Anayasa Yapma Girişimleri

Türkiye’de yeni anayasa tartışmalarının oldukça uzun bir geçmişi bulunmaktadır. Bu tartışmaların kökenini 1950’li yıllara ya da daha öncesine dayandıran görüşler de mevcuttur¹¹⁰. Günümüzde yürürlükte olan 1982 Anayasası’nın kabul edilmesinden itibaren, özellikle 1983 genel seçimlerinden bu yana, yeni bir anayasa yapma veya kapsamlı bir anayasa değişikliği ihtiyacı sürekli olarak dile getirilmiştir¹¹¹. Özellikle olağan dönemlerde gerçekleştirilen 1995 Anayasa değişiklikleri, kamuoyunda olumlu bir şekilde karşılanmış ve anayasanın toplumun ve siyasetin ihtiyaçlarına göre değiştirilebileceğini ortaya koymuştur. Zira bu tarihten önceki anayasa ve anayasa değişikliklerinin büyük çoğunluğu olağanüstü dönemlerde yapılmıştır.

Söz konusu süreçte sivil toplum kuruluşları, sendikalar ve basın organları gibi pek çok kurum ve kuruluş da anayasa değişikliklerine ilişkin görüşlerini kamuoyuyla paylaşmıştır¹¹². Benzer şekilde, 2001 ve 2004 Anayasa değişikliklerinin sınırlı da olsa müzakere ve uzlaşma yolları kullanılarak, Parlamento üyelerinin geniş katılımıyla gerçekleştirildiği ifade edilebilir¹¹³. 2007 yılında ise Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinde yaşanan anayasal kriz¹¹⁴ sonrasında, dönemin iktidar partisi olan Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından yeni bir sivil anayasa yapım süreci başlatılmış; ancak bu süreç nihayete erdirilememiştir¹¹⁵.

Yeni anayasa tartışmaları uzun süredir gündemde olsa da, somut anlamda ilk ciddi anayasa yapım süreci 2011 yılında başlatılmıştır. 2011 genel seçimleri öncesinde, neredeyse tüm siyasi partiler yeni bir anayasa yapılmasına yönelik iradelerini kamuoyuna açıklamış ve bu doğrultuda halktan destek talep etmiştir. Bu süreçte halk katılımının önemi özellikle vurgulanmıştır. Dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan, anayasa yapım sürecinde halkın etkin katılımının gerek-

¹¹⁰ Mustafa Şentop, ‘Yeni Anayasa Çalışmaları’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022) 13.

¹¹¹ Eren (n 91) 1; Serdar Güler, ‘Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler’ (2011) 15 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 202.

¹¹² Ömer Temel, ‘Türkiye’de Anayasa Yapım Süreçleri ve Demokratik Anayasa Yapımı’ (İstanbul Üniversitesi 2014) 91-92; Eren (n 91) 2.

¹¹³ Ergun Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı* (Yetkin Yayınları 2024) 91.

¹¹⁴ Daha fazla bilgi için bkz. Nurullah Görgen, *Türkiye’de Devlet Başkanlığı Makamının Gelişimi Hakkında Bir Çalışma, 1961-2017* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 80-83; Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci* (n 113) 91-100.

¹¹⁵ Temel (n 112) 94-96; Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci* (n 113) 91-100.

liliğini şu şekilde ifade etmiştir: “*Bu anayasayı, anayasacılar yapmayacak. Toplumun geniş katmanları yapacak. STK’lar, gençlik ve kadın kuruluşları, sendikalar, ekonomistler ve sosyal bilimciler bu anayasayı yapacak. En geniş anlamda katılım sağlayacağız*”¹¹⁶.

Dönemin Meclis’inde grubu bulunan dört partiden (Adalet ve Kalkınma Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Barış ve Demokrasi Partisi, Milliyetçi Hareket Partisi) eşit sayıda üçer üye alınarak, yeni bir anayasa metni oluşturmak amacıyla 12 kişilik bir Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulmuştur. Bu partiler Meclis’te eşit şekilde temsil edilmemelerine rağmen, komisyonda her bir maddenin kabulü için oybirliği şartı benimsenmiştir. Yaklaşık 25 ay boyunca çalışmalarını sürdüren komisyon, toplamda 172 madde üzerinde görüşmeler gerçekleştirmiştir. Bu maddelerden 60’ı üzerinde uzlaşma sağlanmış, ancak 112 madde üzerinde uzlaşmaya varılamamıştır¹¹⁷. Uzlaşma sağlanamayan madde sayısının fazlalığı, yeni bir anayasa yapımında başarıya ulaşılabilmesinin temel nedenlerinden biri olarak değerlendirilebilir¹¹⁸. 2013 yılında komisyon çalışmaları durmuş, 2016 yılı itibarıyla ise komisyon tamamen dağılmıştır.

Komisyonun başarısızlığının önemli nedenlerinden biri, her bir maddenin kabulü için oybirliği ilkesinin benimsenmiş olmasıdır¹¹⁹. Zira bu ilke, tüm partilerin mutabakatını gerektirmekte olup gerçekleşmesi oldukça güç bir ihtimali ifade etmektedir. Ayrıca, daha önce uzlaşılan taslak metinlerde yapılacak herhangi bir değişiklik için de tüm partilerin onayı gerekmektedir¹²⁰. Eşit temsil ilkesinin de bazı sorunlara yol açtığı ifade edilebilir. Örneğin, Meclis’te 336 milletvekiline sahip bir parti ile yalnızca 24 milletvekili olan bir partinin komisyonda eşit şekilde temsil edilmesi ve karar alma süreçlerinde aynı yetkiye sahip olması, uzlaşma ihtimalini olumsuz etkilemiştir. Toplumun büyük çoğunluğunu temsil eden siyasi partiler ile nispeten düşük temsil gücüne sahip partilerin aynı oranda söz sahibi olması, yapısal bir dengesizlik yaratmıştır.

Siyasi partiler arasındaki kutuplaşmanın yüksek olması ve uzlaşma kültürünün zayıf olması da başarısızlığın temel nedenlerinden biridir. Özellikle bazı temel meselelerde, partilerin kendi siyasi önceliklerine dayanan ve taviz ver-

¹¹⁶ Gönenç (n 5) 2; Erdal Şafak, “‘Yeni Anayasayı Halk Yapacak’” <https://www.sabah.com.tr/gundem/2011/01/13/yeni_anayasayi_halk_yapacak> Erişim 2.2.2025.

¹¹⁷ Şeref (n 101) 57; Uzun (n 101) 3.

¹¹⁸ Küçük (n 22).

¹¹⁹ ibid 77.

¹²⁰ Uzun (n 101) 3.

mekten kaçındıkları kırmızı çizgileri, uzlaşmanın önünde ciddi bir engel oluşturmuştur. Kürt sorunu bağlamında millet ve üniter devlet kavramları; laiklik ilkesi çerçevesinde din ve vicdan özgürlüğü; resmi ideoloji kapsamında ise Atatürk ilke ve inkılapları, bu anlaşmazlık konularına örnek olarak gösterilebilir¹²¹.

Komisyonunda yer alan dört partinin anayasa yapımı sürecinden beklentilerinin farklılık arz etmesi ve uyuşmazlık yaşanan konularda tarafların tutumlarında ısrarcı olmaları da başarısızlığı pekiştiren etkenler arasında yer almaktadır¹²².

Bu tür sorunların aşılabilmesi adına, iyi planlanmış ve yapısal olarak güçlü bir halk katılımı süreci oldukça yararlı olabilir. Zira temel konulara ilişkin görüşlerin doğrudan bireylerden alınması durumunda, siyasi partiler arasında uzlaşının sağlanması daha mümkün hâle gelebilir. Bu bağlamda partiler, kendi ideolojik pozisyonlarında ısrar etmek yerine, seçmenlerinin beklentilerini dikkate alarak halkın taleplerine daha duyarlı bir tutum sergileyebilirler.

Her ne kadar komisyonun çalışmaları sonuçsuz kalmış olsa da, ilk aşaması halk katılımı ve görüşlerin ifade edilmesi bakımından oldukça önemlidir¹²³. Ayrıca, bu süreç olağan ve demokratik bir anayasa yapım girişimi olarak değerlendirilmekte olup önemli bir deneyim kazandırmıştır. Zira ilk defa, halkın yüzde 95'ini temsil eden partilerden oluşan bir Meclis, yeni bir anayasa yapmak amacıyla ortak bir komisyon kurmuştur¹²⁴.

Bu süreçte yaklaşık 70 bin kişi internet aracılığıyla (resmî web sitesi ve e-posta yoluyla), binden fazla kişi ve kurum ise posta yoluyla görüş beyan etmiştir. Yüzü aşkın üniversite ile çok sayıda dernek, vakıf, sendika ve sivil toplum kuruluşu (yaklaşık 14 siyasi parti, 39 meslek örgütü ve sendika, 79 dernek, vakıf ve platform) görüşlerini sunmuştur¹²⁵. Ayrıca, süreç boyunca çok sayıda toplantı ve konferans düzenlenmiş; bu etkinlikler sonucunda çeşitli raporlar, kitaplar ve akademik çalışmalar kaleme alınmıştır. Vatandaşlara yönelik düzenlenen konferanslardan binlerce sayfalık belge elde edilmiştir. Özellikle bu süreçte farklı aktörlerce hazırlanan anayasa taslakları ve akademik metinler, ana-

¹²¹ İba Şeref, 'Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri' (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79, 12-13.

¹²² Taylan Barın ve diğerleri, 'Yeni Anayasa Sürecinde Neredeyiz?' (Seta 2013) 16-17.

¹²³ Uzun (n 101) 2-3; Barın ve diğerleri (n 122) 7-8. Komisyon çalışmalarını dört aşamada toplamıştır. İlk aşama katılım, veri toplama ve değerlendirmeyi kapsamaktaydı. Komisyon ikinci aşamadaki ilkelerin belirlenmesi ve metin oluşturma işlevini yerine getirememiştir.

¹²⁴ Uzun (n 101) 3.

¹²⁵ Barın ve diğerleri (n 122) 7-8; Kentel, Köker ve Genç (n 92) 11-12.

yasa yapım sürecinde halk katılımına ilişkin ciddi bir bilgi birikimi sağlamıştır¹²⁶. Örneğin, 13 sivil toplum kuruluşunun birlikte kurduğu “Anayasa Platformu” tarafından 13 ilde gerçekleştirilen “Anayasa Vatandaş Toplantıları”na yaklaşık 6.500 yurttaş katılmış ve 15 bin sayfalık veri toplanmıştır. Bu toplantıların sonuçlarını içeren raporlar Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ve Anayasa Uzmanlık Komisyonu’na sunulmuştur¹²⁷. Bu durum, halkın anayasa yapım sürecine katılımı açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Sonuç olarak bu girişim; siyasi partiler arasında uzlaşma sağlama çabası, ülkenin temel sorunlarının tartışılmasına olanak tanınması, toplumu sürece dahil etmesi, bazı konularda kısmi mutabakatların sağlanması ve anayasa yapımı konusunda önemli bir tecrübe ve bilgi birikimi kazandırması bakımından, gelecekte hazırlanacak yeni bir anayasa için umut verici nitelik taşımaktadır.

IV. ETKİN BİR HALK KATILIMININ TÜRKİYE’DE BAŞARILI OLMASI İÇİN GEREKLİ ÖNERİLER

Bu bölümde, Türkiye’de olası bir anayasa yapım sürecinde halk katılımının etkin ve faydalı bir şekilde sağlanmasına yönelik öneriler tartışılacaktır. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki, anayasa yapım süreci ile halkı bu sürece dahil etme hedefi, kısa vadede gerçekleştirilebilecek bir amaç değildir. Başka bir deyişle, bu süreçlerin planlanması ve önerilerin uygulanabilmesi için yeterli zaman ayrılmalıdır¹²⁸. Her ne kadar kesin bir süre vermek mümkün olmasa da, Uluşahin’e göre Türkiye’de etkin bir halk katılımı için anayasa yapım sürecinin en az iki yıla yayılması gerekmektedir¹²⁹. Nitekim Güney Afrika’daki anayasa yapım süreci de yaklaşık iki yıl sürmüştür¹³⁰.

Bu bağlamda, tartışılması gereken konulara yeterli zaman ayrılması önemli olmakla birlikte, süreci geciktirecek veya ilerlemesini engelleyecek derecede uzun bir zaman dilimine yayılmaktan da kaçınılmalıdır¹³¹. Halkın sürece katılımı

¹²⁶ Uzun (n 101) 2-3.

¹²⁷ ‘Anayasa Vatandaş Toplantıları’nın Sonuç Raporu, TBMM’de...’ (8 May 2012) <<https://tepav.org.tr/tr/haberler/s/2872>> Erişim 2.2.2025.

¹²⁸ Aysen Candaş, ‘Anayasanın “Nasıl” Yapıldığı İçerisini Etkiler Mi? Anayasa Yazma Süreçlerinin Dünya-daki Örnekleriyle Son 25 Yılda Edindirdiği Bulgular’ 1 <http://www.anayasaplatformu.net/indir/Anayasasin_nasil_yazildigi_icerisini_etkiler_mi_Aysen_Candas_Bogazici_Universitesi.pdf> Erişim 26.2.2025.

¹²⁹ Uluşahin (n 102) 25-26.

¹³⁰ Margaret A Burnham, ‘Constitution-Making in South Africa’ [1997] *Boston Review* <<https://www.bostonreview.net/articles/constitution-making-in-south-africa/>> Erişim 26.2.2025.

¹³¹ Küçük (n 22) 76.

mında şeffaflık ve serbestlik sağlanması bu noktada büyük önem taşımaktadır¹³². Teorik olarak halk katılımı, tüm bireylerin sürece dahil edilmesini hedeflemektedir (tam katılım veya oybirliği); ancak nüfusun büyüklüğü ve toplumsal uzlaşmanın zorluğu gibi sebeplerle bu hedefin pratikte tam anlamıyla sağlanması oldukça güçtür. Bu nedenle, sürece katılmak isteyen bireylerin aktif şekilde dahil olabileceği mekanizmalar oluşturulmalıdır¹³³. Geniş kapsamlı bir katılım hedeflenmeli ve halkın sürece nasıl dahil edileceği titizlikle planlanmalıdır.

A. Anayasa Yapım Sürecinde, Yalnızca “Evet” veya “Hayır” Oylamasının Ötesinde Halk Katılımının Neden Gerekli Olduğunu Açıklamak ve Halk Katılımından Beklenen Yararları Belirlemek

Her ülke, yeni bir anayasa ya da kapsamlı anayasa değişikliği yaparken belirli amaçlar güder. Yukarıda da belirtildiği gibi, bağımsızlık mücadelesi, iç çatışmalar sonrası yeni bir döneme geçiş, barış süreçleri, demokratikleşme ya da reform çabaları gibi nedenlerle anayasa değişikliklerine ihtiyaç duyulabilir¹³⁴. Bu nedenler doğrultusunda, halkın anayasa yapım sürecindeki konumu da belirlenmelidir. Bireylerin bu süreçte aktif rol üstlenmeleri ve sürecin bu doğrultuda yapılandırılması büyük önem arz etmektedir¹³⁵. Aksi takdirde, sürecin belirli siyasi partiler veya çıkar grupları tarafından tek taraflı olarak yürütülme ihtimali doğar; bu da anayasa yapım sürecinin daha en başında sağlıklı bir zemine oturmasına neden olabilir.

Bu kapsamda, Türkiye’de geniş kapsamlı bir anayasa değişikliği ya da yeni bir anayasa yapımının gerekliliğinin bizzat halk tarafından belirlenmesi faydalı olacaktır¹³⁶. Bu sayede bireyler hem kendilerinden beklenen rolü daha iyi kavrayacak hem de sürece daha bilinçli ve aktif bir biçimde katılım göstereceklerdir. Özellikle insan hakları, toplumsal uzlaş, kadın ve çocuk hakları gibi Türkiye’yi yakından ilgilendiren konularda, bireylerin neden sürece katılım göstermeleri gerektiği açık biçimde anlatılmalıdır. Böylece sürecin başından itibaren aktif rol üstlenen bireyler, anayasanın benimsenmesi ve uygulanmasında da zorluk yaşamayacaklardır.

¹³² Gönenç (n 1) 15.

¹³³ ibid 3-4.

¹³⁴ Negretto (n 27) 216-217; Karadut (n 1) 27-28.

Bunlara örnek olarak şunlar verilebilir: Modernleşme/Demokratikleşme (Finlandiya 2000, İsveç 1974), Demokratikleşme (Nepal 2015, Dominik Cumhuriyeti 2010, Yunanistan 1952, Polonya 1997) ve Siyasal Kriz (Kenya 2010, Fransa 1958) Erklar Dengesi Değişimi (Macaristan 2011, Ekvator 2008).

¹³⁵ Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi* (Yetkin 1999) 21.

¹³⁶ Gönenç (n 5) 3.

Ayrıca halk, anayasa yapım sürecinde süreci başlatma, temsilcileri seçme, anayasa içeriğine katkıda bulunma ve son metni onaylama gibi çeşitli roller üstlenebilir¹³⁷. Türkiye’de etkin ve kapsayıcı bir anayasanın varlığı için halk katılımının önemi vurgulanmalı; halkın hangi rolleri üstlenebileceği ve bu rolleri nasıl yerine getirebileceği açıkça belirlenmelidir. Önceki anayasalarda olduğu gibi, halkı sürece dahil etmeden hazırlanan metinlerin yalnızca referandum yoluyla oylanması ve halka yalnızca evet ya da hayır deme hakkının tanınması, günümüzün demokratik ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır.

B. Anayasa Yapım Sürecinde Halk Katılımının Hangi Organ veya Organlar Tarafından Yürütülmesi Gerektiğinin Belirlenmesi

Türkiye’de sağlıklı ve etkili bir halk katılımı sağlanabilmesi açısından yanıtlanması gereken bir diğer önemli soru, halk katılımı sürecinin hangi kurum ya da organlar tarafından yürütüleceğidir. Bu soruya sağlıklı bir yanıt verilebilmesi için aşağıdaki alt başlıkların ele alınması gerekmektedir:

- Halk katılımı süreci yalnızca kamu kurumları (örneğin kurucu ya da yasama meclisi, meclis komisyonları, yürütme organı vb.) tarafından mı yürütülecektir?
- Eğer öyleyse, hükümet bu amaçla özel bir komisyon mu kuracaktır, yoksa mevcut kurumlar aracılığıyla mı süreci yönetecektir?
- Yoksa süreç; kamu kurumları, özel sektör ve sivil toplum kuruluşlarının (hem ulusal hem de uluslararası STK’lar, dernekler, vakıflar vb.) iş birliğiyle mi yürütülmelidir?
- Bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda, hangi tür STK’ların sürece dahil edilmesi uygun olacaktır ve bu kuruluşlar sürecin hangi aşamalarında, ne ölçüde yer almalıdır?

Bu tür sorular, halk katılımının etkinliğini ve verimliliğini doğrudan etkileyen hususlardır. Zira hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi, süreci yönetecek kurumların sağlıklı ve işlevsel bir koordinasyon sağlamasına bağlıdır. Aksi takdirde, sürecin yetersiz veya liyakatsiz bir kurum ya da organ tarafından yürütülme-

¹³⁷ Houlihan ve Bisarya (n 2) 11, 20.

“Başlatma”yı anayasa değişikliğini talep eden veya başlatan olarak tanımlayabiliriz. “Seçme”yi anayasa yapan organı (üyelerini, komisyonu, kurucu organı vb.) belirleme rolü olarak tanımlayabiliriz. “Katkıda bulunma” ise anayasal içerik ve bazen de anayasa yapım sürecinin tasarımı konusunda çoğunlukla kamuya açık istişareler veya referandumlar yoluyla fikirlerle katkıda bulunma olarak tanımlayabiliriz. “Onaylama” rolünü referandum yoluyla nihai anayasa metnini onaylama olarak tanımlayabiliriz.

si, elde edilen verilerin anayasa yapım sürecine anlamlı katkı sunmamasına; dolayısıyla zaman, maliyet ve kurumsal güven kaybına yol açabilir.

Süreci yürütecek kurum veya kurumları belirlemede temel ölçüt, halkın anayasa yapım sürecine hangi yöntemlerle katılacağını belirlenmesidir. Bu noktada, doğrudan ve dolaylı katılım yolları dikkate alınarak bir tercih yapılmalıdır. Örneğin, Küçük bu konuda şu görüşü dile getirmiştir: *“Anayasa taslak metninin hazırlanmasına yönelik çalışmalar TBMM bünyesinde oluşturulacak bir komisyon (Anayasa Uzlaşma Komisyonu) yoluyla oluşturulmalıdır. Meclis harici çalışmaların başarılı olma şansı zayıftır. TBMM bünyesinde oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu’na, TBMM’de grubu bulunan partiler, eşit sayıda değil, TBMM’deki üye sayıları oranında temsilci göndermelidir”*¹³⁸. Benzer şekilde, Uluşahin anayasa yapım sürecinin *“Kurucu Meclis ya da geniş koalisyonla kurulacak bir Hükümet tarafından”* yürütülmesi gerektiğini ifade etmiştir¹³⁹. Bu bağlamda, söz konusu kurumların halk katılımını organize eden temel yapılar arasında yer alması beklenmektedir.

Bunun yanı sıra, Türkiye’de halkı temsil eden sivil toplum kuruluşlarının, baroların, siyasi partilerin ve devlet organlarının sürece dahil edilmesi, halkın süreci benimsemesini kolaylaştıracak ve daha özgür, samimi bir katılım ortamı yaratacaktır. Böyle bir ortam, anayasa yapım sürecinin demokratik meşruiyetini ve toplumsal bağlayıcılığını artıracaktır.

C. Hangi Konularda ve Halkın Hangi Kesimlerine Danışılması Gerektiğinin Belirlenmesi

Türkiye’de amacına uygun, etkili ve bilinçli bir halk katılımı sağlanabilmesi için, halka hangi tür soruların yöneltileceği dikkatle belirlenmelidir. Bu bağlamda, anayasa yapım sürecine başlanmadan önce aşağıdaki temel soruların tartışılması gereklidir:

- Anayasa metnine dahil edilecek tüm konular, toplumun tamamına mı danışılacaktır, yoksa bazı özel konular yalnızca belirli toplumsal kesimlerle mi istişare edilecektir?
- Konunun niteliğine göre katılım, yerel, bölgesel veya ulusal düzeyde mi; yoksa tüm bu seviyelerde birden mi gerçekleştirilecektir?

¹³⁸ Küçük (n 22) 78.

¹³⁹ Uluşahin (n 102) 26.

- Toplumun çeşitli kesimleri, özellikle de dezavantajlı gruplar, bu konular hakkında etkili şekilde görüş bildirebilmeleri için nasıl bilgilendirilecek ve sürece nasıl hazırlanacaktır?

Süreci planlayan aktörlerin, özellikle az temsil edilen grupların karşılaşılabileceği erişim engellerini öngörmesi ve bu engelleri ortadan kaldıracak düzenlemeleri yapması büyük önem taşır. Buna ek olarak, halkın anayasa yapım sürecine etkin katılım gösterebilmesi için danışılacak konular hakkında bilgilendirilmesi, gerektiğinde eğitilmesi ve danışmanlık desteği alması da sürecin başarısını artıracaktır.

Öte yandan, bazı konuların halka danışılması, süreç açısından fayda sağlamak yerine zarar doğurabilir ya da ciddi zaman kayıplarına yol açabilir. Özellikle teknik uzmanlık gerektiren konular bu kapsama girmektedir. Kaya, anayasa metninde detaycılığın sakıncalarına dikkat çekerken şu örneği vermiştir: “*‘Halkın gündelik hayatında Hakimler ve Savcılar Kurulunda kaç üyenin olduğunun hiçbir önemi yoktur. Hatta çoğu vatandaş açısından bakılırsa, Hakimler ve Savcılar Kurulunun anayasada olması gibi bir gündem bile bulunmamaktadır’*¹⁴⁰”. Bu çerçevede, halkı doğrudan ilgilendirmeyen ve uzmanlık gerektiren teknik meselelerin katılıma konu edilmesi, hem süreci yavaşlatacak hem de gereksiz tartışmalar yaratabilecektir. Bu nedenle bu tür konular halk oylamasına veya geniş istişare süreçlerine dahil edilmemelidir.

Türkiye’de halk katılımının kapsamlı olması hedeflendiğinden, belirli birey ve grupların sürece aktif şekilde katılması özellikle teşvik edilmelidir. Kadınların, gençlerin, engellilerin ve marjinalleştirilmiş toplumsal grupların temsilinin sağlanması bu bağlamda önemlidir¹⁴¹. Bu grupların katılımı için gerekli hukuki, yapısal ve teşvik edici mekanizmalar oluşturulmalı ve erişilebilir hale getirilmelidir.

Ayrıca, Türkiye’de toplumsal uzlaşması zor olan meselelerde, halkın hangi kesimlerine ve ne şekilde danışılacağı daha da kritik bir hâl almaktadır. Süreci yönetecek komisyonun izleyeceği metodoloji, halkın bilgi düzeyine uygun soru formları oluşturması gibi unsurlar; toplumsal çatışmaların ve gerilimlerin önlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır. Bu çerçevede, danışılacak konuların kapsamı net biçimde tanımlanmalı; temel haklar ve evrensel normlar (örneğin,

¹⁴⁰ Emir Kaya, ‘Anayasa’nın Muhtevası ve Tarzı Nasıl Olmalı?’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022) 66.

¹⁴¹ Houlihan ve Bisarya (n 2) 15-16.

yaşam hakkı, işkence yasağı) halkoyuna veya tartışmaya açılmamalıdır. Aksi takdirde, halk katılımı demokratik meşruiyeti güçlendirmek yerine toplumsal krizleri tetikleyebilir.

Son olarak, Türkiye'nin özgün toplumsal ve siyasal koşulları dikkate alındığında, yeni bir anayasa yapım sürecinde gündeme gelmesi muhtemel tartışmalı konular (laiklik, vatandaşlık, kimlik meseleleri ve hükümet sistemi gibi) belirlenmeli ve bu bağlamda halk katılımının nasıl organize edileceği sorusu tartışılmalıdır.

D. Halk Katılımının Zamanını Belirleme ve Sürecin Tasarımını Oluşturma

Türkiye'de halk katılımının hangi aşamada ve ne zaman gerçekleştirileceği, anayasa yapım sürecinin başarısı açısından hayati öneme sahiptir. Zira anayasa yapım süreci, birbirinden farklı ve tamamlayıcı nitelikteki aşamalardan oluşur. Bu nedenle halkın yalnızca sürecin sonunda değil; tasarım, tartışma, karar alma ve onay aşamalarının tamamında sürece dahil edilmesi gerekir. Günümüzde katılımcı anayasa anlayışı, yalnızca nihai metne onay verilmesinden ibaret olmayan, sürecin tüm evrelerini kapsayan bir yaklaşımı ifade etmektedir.

Katılımcılığın süreç boyunca devam etmesi, halkın beklenti ve taleplerinin daha sağlıklı biçimde karşılanmasını mümkün kılar. Yeni bir anayasa yapım süreci, ancak diyalog ve müzakereye dayalı bir zemin üzerinde ilerlerse kalıcı toplumsal meşruiyet kazanabilir.

Bu çerçevede, sürece ilişkin bazı önemli öneriler tartışılabilir. İlk olarak, özellikle siyasal geçiş dönemlerinde, halk katılımı sağlanmadan önce bazı temel anayasal ilkeler üzerinde politik elitler arasında uzlaşa sağlanması, demokratik süreklilik ve istikrar açısından yararlı olabilir¹⁴². Türkiye bağlamında, siyasi partilerin insan hakları ve devletin temel ilkeleri konusunda uzlaşması, halk katılımı sürecinin sağlıklı işlemesine katkı sağlayacaktır.

İkinci olarak, uzun vadeli demokratik performans ile kapsayıcı halk katılımı düzeyleri arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu çeşitli çalışmalarda ortaya konmuştur. Bu bağlamda, anayasa taslağının hazırlanması sürecinde halkın erken ve kapsayıcı biçimde sürece dahil edilmesi, yalnızca son aşamalarda (ör-

¹⁴² Gabriel L Negretto, 'Replacing Constitutions in Democratic Regimes: Elite Cooperation and Citizen Participation' in Gabriel L Negretto (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes* (1st edn, Cambridge University Press 2020) <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108885287%23CN-bp-5/type/book_part> Erişim 24.8.2024; Houlihan ve Bisarya (n 2) 20.

neğin, inceleme veya onay aşamalarında) sağlanan katılıma kıyasla daha sağlıklı ve meşru sonuçlar doğurmaktadır¹⁴³.

Nitekim hem taslak oluşturma hem de onay aşamalarındaki halk katılımı ile anayasa metninin içeriği arasında anlamlı bir bağ bulunmaktadır. Özellikle, halkın katılımıyla hazırlanan ve referandum yoluyla onaylanan anayasa metninin, referandumla onaylanmayanlara göre daha geniş temel haklar ve doğru-
dan demokrasi araçları içerdiği görülmektedir¹⁴⁴. Bu durum, katılımın sadece biçimsel değil, aynı zamanda içeriksel zenginlik açısından da etkili olduğunu göstermektedir.

Bu doğrultuda, Türkiye’de halk katılımının yalnızca belirli bir aşamaya değil, anayasa yapım sürecinin tamamına yayılması büyük önem taşımaktadır. Bireylerin, sürecin başlangıcından itibaren; gündem belirleme, taslak hazırlama, müzakere, karar alma ve onay gibi tüm aşamalarda aktif rol alması, sürecin demokratik meşruiyetini artıracaktır¹⁴⁵. Ancak bu katılımın sağlıklı biçimde yürütülebilmesi için, Türkiye’nin toplumsal ve siyasal iç dinamikleri dikkate alınarak ayrıntılı ve gerçekçi bir zaman çizelgesi hazırlanması gerekmektedir.

E. Halk Katılımında Kullanılacak Metot ve Yöntemleri Belirleme

Yukarıda ele alındığı üzere, halk katılımında kullanılacak yöntemler; doğrudan ve dolaylı katılım yolları çerçevesinde çeşitlilik göstermektedir. Türkiye için uygun yöntem veya yöntemlerin belirlenmesi, katılımın etkinliği açısından kritik önemdedir. Bu bağlamda, hem mevcut hukuki çerçeve hem de toplumsal yapı dikkate alınarak bir yöntemler kombinasyonu tercih edilmelidir¹⁴⁶.

İlk adım olarak, dolaylı katılım mekanizmaları devreye sokulmalı; anayasa yapım sürecini yönetecek organlar (örneğin TBMM veya özel bir anayasa komisyonu) belirlenmelidir. Ancak, yalnızca dolaylı katılım yeterli olmayacağından, doğrudan katılım sağlayan araçların da süreçte aktif biçimde kullanılması gerekir.

¹⁴³ Todd A Eisenstadt ve Tofigh Maboudi, ‘Being There Is Half the Battle: Group Inclusion, Constitution-Writing, and Democracy’ (2019) 52 Comparative Political Studies 2135; Todd A Eisenstadt, A Carl Levan ve Tofigh Maboudi, *Constituents Before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions* (1st edn, Cambridge University Press 2017) <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316717080/type/book>> Erişim 24.8.2024; Todd A Eisenstadt, A Carl Levan ve Tofigh Maboudi, ‘When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011’ (2015) 109 American Political Science Review 592; Houlihan ve Bisarya (n 2) 20.

¹⁴⁴ Elkins, Ginsburg ve Blout (n 35); Houlihan ve Bisarya (n 2) 21.

¹⁴⁵ Houlihan ve Bisarya (n 2) 20-23.

¹⁴⁶ Gönenç (n 1) 11.

Günümüz teknolojik gelişmeleri sayesinde halkın doğrudan katılımını sağlayacak çeşitli yöntemler mevcuttur. Türkiye’de gerçekleştirilecek olası bir anayasa yapım sürecinde aşağıdaki yöntemlerin bir kombinasyonu tercih edilebilir: 1. Bağlayıcı olmayan referandumlar, 2. Gönderim talepleri: Medya ve sosyal medya yoluyla halktan görüş alınması, 3. Anketler: Temsili örnekleme veya gönüllülük esasına dayalı veri toplama, 4. Yüz yüze istişare toplantıları: Yerel halkla doğrudan etkileşim kurulması, 5. Kamuya açık toplantılar ve özel telefon hatları aracılığıyla sözlü sunumlar (örneğin Güney Afrika’daki uygulama) 6. Yazılı ve basılı materyaller yoluyla görüş bildirme: Taslak metinlere yönelik geri bildirimlerin toplanması 7. Dijital platformlar ve teknolojik araçlar: Web siteleri, e-posta, bloglar, kısa mesaj sistemleri, sosyal medya (X, Facebook, YouTube vb.)¹⁴⁷.

Bu yöntemlerin eş zamanlı veya birbirini tamamlayacak şekilde kullanılması, halkın daha geniş kesimlerinin sürece katılmasını mümkün kılacaktır. Ayrıca her yöntemin uygulanabilirliği, coğrafi, demografik ve teknik koşullar göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.

F. Karar Verici Organın, Halk Katılımının Sonuçlarından Oluşan Veriyi Nasıl Kullanacağını Belirlemesi

Halk katılımı süreci sonunda elde edilen verilerin nasıl kullanılacağı, anayasa yapım sürecinin güvenilirliği ve etkililiği açısından kritik öneme sahiptir. Özellikle, anayasayı oluşturacak kurumun (genellikle yasama organı veya kurucu meclis) kim olacağı ve bu kurumun halktan gelen katkıları anayasa taslağına nasıl yansıtacağı temel bir meseledir. Bu çerçevede, halktan toplanan görüşlerin doğrudan anayasa metnine aktarılıp aktarılmayacağı, başka bir organ tarafından değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve kullanılacak metodolojinin niteliği belirleyici olacaktır.

Halk katılımıyla elde edilen verilerle siyasi elitlerin ve diğer paydaşların oluşturduğu anayasa metinleri arasında nasıl bir uzlaşa sağlanacağı da süreç açısından önemlidir. Bu uzlaşa çoğunlukla anayasa yapım organı veya onun alt birimleri (örneğin sekretarya, teknik komisyonlar) tarafından yönetilir. Ancak, sürecin kapsamı ve niteliği göz önüne alındığında, gerekli insan kaynağını ve teknik altyapıyı bir araya getirmek önemli bir zorluk oluşturabilir. Bazı ülkelerde anayasa yapım süreci mevcut hükümet, sivil toplum kuruluşları ya da bu amaçla özel olarak oluşturulan kurumlar eliyle yürütülmektedir. Sürecin sonun-

¹⁴⁷ Brandt ve diğerleri (n 1) 144-146.

da, anayasa yapım sürecini yürüten bazı organlar - özellikle anayasa komisyonları ve meclis komiteleri - gerçekleştirdikleri çalışmaları sistematik biçimde belgeleyerek kamuoyuyla paylaşmak üzere kapsamlı raporlar hazırlamaktadır¹⁴⁸.

Anayasa yapım sürecinde şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri doğrultusunda, karar verici organların halktan gelen verileri nasıl kullanacaklarına dair açık bir çerçevenin önceden oluşturulması gerekmektedir. Türkiye özelinde, bu tür bir sürecin Meclis tarafından yürütülmesi hem temsil kabiliyeti hem de kurumsal kapasite açısından uygun olacaktır. Ancak, yoğun iş yükü, verilerin teknik analizinin uzmanlık gerektirmesi ve sürece duyulan güvenin artırılması gibi nedenlerle, sürece sivil toplum kuruluşlarının ve bağımsız uzmanların dahil edilmesi faydalı olacaktır. Özellikle sürecin başlangıcında halka verilerin nasıl değerlendirileceğine ilişkin açık ve anlaşılır bir bilgilendirme yapılması, sürecin meşruiyetini güçlendirecektir.

G. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Yapım Sürecinde Halk Katılımını Sağlayan Hukuk Sistemlerinin Araştırılması

Son yıllarda, anayasa yapım ve değişiklik süreçlerinde halk katılımının sağlanması dünya genelinde yaygınlaşan bir uygulama haline gelmiştir. Türkiye’nin başarılı ve kapsayıcı bir anayasa yapabilmesi için öncelikle kendi sosyal, siyasal ve kültürel dinamiklerini göz önünde bulundurması esastır¹⁴⁹. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukuk analizleriyle farklı ülkelerin deneyimlerinden yararlanmak, süreç tasarımı açısından önemli faydalar sağlayabilir.

Özellikle, belirli temalarda öne çıkan ülke örnekleri Türkiye için yol gösterici olabilir. Örneğin, kadınların sürece aktif katılımı ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin anayasal güvence altına alınması konusunda Kanada (1982), Nikaragua (1987), Güney Afrika (1996), Afganistan (2004) ve Kenya (2005) dikkat çekici örnekler sunmaktadır¹⁵⁰. Bu ülkelerde kadın temsiliinin artırılması ve toplumsal cinsiyet perspektifinin sürece dahil edilmesi anayasal metinlerin kapsayıcılığını artırmıştır.

Halk katılımının farklı aşamalarda sağlandığı örnekler de oldukça öğreticidir. İzlanda (2010-2013) ve Brezilya (1988) halkın sürece aktif olarak katıldığı ülkeler olup, bu deneyimler Türkiye’de halkın ne zaman ve nasıl sürece dahil

¹⁴⁸ ibid 146-148.

¹⁴⁹ Gönenç (n 1) 33.

¹⁵⁰ Brandt ve diğerleri (n 1) 118.

edileceğinin planlanması açısından değerli bilgiler sunmaktadır. Yöntemsel olarak da, Güney Afrika'da anayasa yapım sürecinde halkın etkin katılımını sağlamak amacıyla kamuya açık toplantılar düzenlenmiş, ayrıca bazı aşamalarda özel telefon hatları aracılığıyla vatandaşların sözlü sunum yapmasına imkân tanınmıştır. Uganda örneğinde ise, Anayasa Komisyonu halkı görüş bildirmeye teşvik etmek ve sürece hazırlamak amacıyla kapsamlı bir bilgilendirme kampanyası yürütmüştür. Bu kapsamda, anayasal gündemdeki tüm önemli konuları sade bir dille ele alan 111 sayfalık bir kitap ile 253 yol gösterici soruyu içeren 23 sayfalık bir broşür hazırlanarak geniş kitlelere dağıtılmıştır¹⁵¹. Bu tür karşılaştırmalı bilgiler, farklı ülkelerde uygulanan yöntem ve yaklaşımları ortaya koyarak, Türkiye'nin anayasa yapım sürecinde kendi sosyo-politik dinamiklerine uygun, etkili ve kapsayıcı bir yol haritası geliştirmesine önemli ölçüde katkı sağlayabilir.

Ancak yalnızca başarılı örnekler değil, başarısız deneyimlerin de dikkatle incelenmesi gereklidir. Özellikle büyük beklentilere rağmen sürecin başarısızlıkla sonuçlandığı Şili ve İzlanda gibi ülkelerin deneyimleri, halk katılımının hangi koşullarda işlevsel olduğu ya da tersi durumlarda neden başarısızlığa uğradığı konusunda önemli dersler sunmaktadır. Benzer şekilde, Eritre, Etiyopya, Tayland gibi ülkelerde yaşanan başarısızlık örnekleri, halk katılımı sürecinin sınırlarını ve potansiyel risklerini ortaya koymaktadır.

Tüm bu karşılaştırmalı örnekler, Türkiye'nin kendi anayasa yapım süreci için uygun yöntem ve zamanlamayı belirlemede rehberlik edebilir. Ancak bu örnekler doğrudan kopyalanmamalı, ülkenin özgün koşullarına uygun biçimde yeniden tasarlanmalıdır.

H. Halka Belirli Bilgilerin Sunulması ve Eğitim İmkanlarının Sağlanması

Halk katılımı, yalnızca sürece dahil olmakla sınırlı olmayan, halkın bilgi düzeyini ve anayasal bilinç kapasitesini artırarak onu aktif bir anayasa yapıcısı konumuna getiren bir demokratik araçtır. Bu bağlamda, halk egemenliği ilkesinin hayata geçirilmesi ancak yurttaşların pasif katılımcılar olmaktan çıkarılıp sürecin bilinçli ve etkili aktörleri haline getirilmesiyle mümkün olabilir. Türkiye'de sağlıklı bir halk katılımının sağlanabilmesi için kamuoyunun anayasacılık konusunda yeterli bilgi ve eğitime sahip olması zorunludur. Anayasa metninin içeriğini anlamak, sürecin işleyişine vakıf olmak ve verimli bir tartışma ortamı oluşturmak için halkın sürece bilgi temelli katılımı teşvik edilmelidir.

¹⁵¹ ibid 125-126.

Halkı oluşturan bireyler ve topluluklar, farklı sosyoekonomik arka planlara ve eğitim düzeylerine sahip olabilmektedir. Bu nedenle, anayasa yapım sürecine ilişkin gerekli bilgi ve eğitimin sağlanması, katılımı fırsat eşitliği yaratacak; böylece her kesimden bireyin sürece etkin ve bilinçli bir biçimde dahil olabilmesine imkân tanıyacaktır. Toplumun farklı sosyal, ekonomik ve eğitim düzeylerinden gelen bireyleri anayasa yapım sürecine dahil etmek, demokratik meşruiyet açısından büyük önem taşır. Bu amaçla, anayasa yapım sürecine ilişkin temel bilgilerin sade bir dille anlatıldığı kitapçıklar, dijital platformlar, medya yayınları ve yüz yüze toplantılar aracılığıyla halk bilgilendirilmeli ve sürece katılmaya teşvik edilmelidir. Böylece anayasa sürecine katılan bireyler yalnızca daha bilinçli ve donanımlı hale gelmekle kalmayacak, aynı zamanda oluşturulan anayasa metnine aidiyet duygusu da geliştirecektir.

SONUÇ

Sonuç olarak, Türkiye’de olası bir yeni anayasa yapım süreci veya kapsamlı bir anayasa değişikliği girişiminde halkın etkin biçimde sürece dahil edilmesi demokratik meşruiyetin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Türk-Osmanlı anayasacılık tarihi incelendiğinde, doğrudan halk katılımıyla oluşturulmuş bir anayasa örneğinin bulunmadığı görülmektedir. Bu durum, özellikle son yirmi yılda yaşanan anayasa değişiklikleri ve yeni anayasa tartışmaları göz önüne alındığında, Türkiye’nin artık halk katılımına dayalı bir anayasa yapım modeline geçiş yapma ihtiyacını ortaya koymaktadır. Ancak, anayasa yapım sürecinde halk katılımının hem avantajları hem de dezavantajları dikkate alındığında, bu sürecin iyi planlanmasının zorunlu olduğu açıktır. Ülkenin ihtiyaçlarına uygun şekilde tasarlanmış, kapsamlı ve planlı bir halk katılım süreci, anayasa yapımına önemli katkılar sunabilir. Buna karşılık, gerekli düzenlemeler ve açık bir yol haritası olmadan yürütülecek bir süreç, yalnızca faydasız kalmakla sınırlı kalmayıp zaman kaybına, ekonomik maliyetlere ve toplumsal huzursuzluğa da yol açabilir. Bu nedenle, halk katılımının Türkiye’de başarılı bir şekilde hayata geçirilebilmesi için bu çalışmada ortaya konulan sekiz temel önerinin uygulanmasının önemli olduğu kanaatindeyiz.

Bu çalışma, Türkiye’de halkın anayasa yapım sürecine etkin, planlı ve bilinçli biçimde dahil edilmesini mümkün kılacak temel ilkeleri ve önerileri ortaya koymayı amaçlamaktadır. Yukarıda tartışılan sekiz temel öneri, Türkiye’nin özgün siyasi ve toplumsal dinamikleri göz önünde bulundurularak hayata geçirildiği takdirde, demokratik meşruiyeti yüksek ve toplumsal uzlaşya dayalı bir anayasa yapım süreci mümkün hale gelecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

‘Anayasa Vatandaş Toplantıları’nın Sonuç Raporu, TBMM’de...’ (8 May 2012) <<https://tepav.org.tr/tr/haberler/s/2872>> Erişim 2.2.2025.

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku* (4th edn, Seçkin 2022).

--, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (6th edn, Seçkin 2023).

Arato A, ‘Forms of Constitution Making and Theories of Democracy’ (1995) 17 *Cardozo Law Review* 191.

--, ‘Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making’ (2009) 22 *International Journal of Politics, Culture, and Society* IJPS 427.

Atar Y, *Demokrasilerde Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişimin Dinamikleri* (Mimoza Yayınları 2000).

Banting KG ve Simeon R (eds), *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations* (Palgrave Macmillan UK 1985) <<http://link.springer.com/10.1007/978-1-349-06991-0>> Erişim 17.2.2025.

Barın T ve diğerleri, ‘Yeni Anayasa Sürecinde Neredeyiz?’ (Seta 2013).

Bilir F, ‘Anayasa Yapımına Yönelik Değerlendirmeler’ (2008) 12 *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 551.

Brandt M ve diğerleri, *Constitution-Making and Reform: Options for the Process* (Interpeace 2011).

Burnham MA, ‘Constitution-Making in South Africa’ [1997] *Boston Review* <<https://www.bostonreview.net/articles/constitution-making-in-south-africa/>> Erişim 26.2.2025.

Çağ B, ‘Katılımcı Anayasa Yapımı ve İzlanda Örneği’ [2013] *Yasama Dergisi* 71.

Çağlayan R, ‘Anayasanın Dil Meselesi’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022).

Candaş A, ‘Anayasanın “Nasıl” Yapıldığı İçeriğini Etkiler Mi? Anayasa Yazma Süreçlerinin Dünyadaki Örnekleriyle Son 25 Yılda Edindirdiği Bulgular’ <http://www.anayasaplatformu.net/indir/Anayasanin_nasil_yazildiği_icerigini_etkil_er_mi_Aysen_Candas_Bogazici_Universitesi.pdf> Erişim 26.2.2025.

- Dedeoğlu E ve Esen AT, ‘Sivil Toplum: “Yeni Anayasa Aceleye Getirilmemeli”’ (*anayasaplatformu.net*) <<http://www.anayasaplatformu.net/blog/19>> Erişim 2.2.2025.
- Eisenstadt TA, Levan AC ve Maboudi T, ‘When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011’ (2015) 109 *American Political Science Review* 592.
- , *Constituents Before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions* (1st edn, Cambridge University Press 2017) <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316717080/type/book>> Erişim 24.8.2024.
- Eisenstadt TA ve Maboudi T, ‘Being There Is Half the Battle: Group Inclusion, Constitution-Writing, and Democracy’ (2019) 52 *Comparative Political Studies* 2135.
- Elkins Z, Ginsburg T ve Blout J, ‘The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval’ <<https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/75140>> Erişim 24.8.2024.
- Elkins Z, Ginsburg T ve Melton J, *The Endurance of National Constitutions* (1st edn, Cambridge University Press 2009) <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9780511817595/type/book>> Erişim 18.2.2025.
- Elster J, ‘Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process’ (1995) 45 *Duke Law Journal* 364.
- , ‘Ways of Constitution-Making’ in Axel Hadenius (ed), *Democracy’s Victory and Crisis* (1st edn, Cambridge University Press 1997) <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9780511558832A016/type/book_part> Erişim 24.8.2024.
- , ‘The Optimal Design of a Constituent Assembly’ in Hélène Landemore ve Jon Elster (eds), *Collective Wisdom* (1st edn, Cambridge University Press 2012) <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9780511846427%23c01033-1132/type/book_part> Erişim 18.2.2025.
- Erdem E, ‘Anayasanın Dili Meselesi’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022).
- Erdoğan M, *Anayasa Hukuku* (Orion Kitabevi 2007).
- Eren A, ‘Yeni Anayasa Yapımında Güçlü ve Zayıf Yönler - Kanun-i Esasi’ (2020) <<https://www.kanuniesasi.com/download/yeni-anayasa-yapiminda-guclu-ve-zayif-yonler/>> Erişim 24.8.2024.
- Ghai Y ve Galli G, *Constitution-Building Processes and Democratization* (International IDEA 2006) <<https://www.idea.int/publications/catalogue/constitution-building-processes-and-democratization>> Erişim 17.2.2025.
- Gluck J ve Brandt M, *Participatory and Inclusive Constitution Making: Giving Voice to the Demands of Citizens in the Wake of the Arab Spring* (United States Institute of Peace 2015).

- Gönenç L, 'Anayasa Çalışma Metinleri, Anayasa Yapımı' (TEPAV 2011) <https://www.tepav.org.tr/upload/files/1317886508-3.Anayasa_Yapimi.pdf>
- , 'Türkiye'de Katılımlı Anayasa Yapımına Doğru' (TEPAV Politika Notu 2011).
- Görgen N, *Türkiye'de Devlet Başkanlığı Makamının Gelişimi Hakkında Bir Çalışma, 1961-2017* (On İki Levha Yayıncılık 2024).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (28th edn, Ekin Basım Yayın 2023).
- , *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (16th edn, Ekin Basım Yayın 2024).
- Gülener S, 'Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler' (2011) 15 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199.
- Hart V, 'Democratic Constitution Making' (2003).
- Houlihan EC ve Bisarya S, *Practical Considerations for Public Participation in Constitution-Building: What, When, How and Why?* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2021).
- Hudson A, 'Political Parties and Public Participation in Constitution Making: Legitimation, Distraction, or Real Influence?' (2021) 53 Comparative Politics 501.
- , *The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes* (1st edn, Cambridge University Press 2021) <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108878685/type/book>> Erişim 27.8.2024.
- Karadut İC, 'Yine-Yeni-Yeniden Anayasa Yapımı: Yaklaşımlar, Modeller ve Yöntem Üzerine Bir Değerlendirme' [2022] Yasama Dergisi 11.
- Karatepe Ş, 'Yeni Anayasa Çalışmalarına Küçük Bir Derkenar' in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022).
- Kaya E, 'Anayasa'nın Muhtevası ve Tarzı Nasıl Olmalı?' in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022).
- Keleş E, 'Katılımcı Anayasa Yapımı ve Sivil Toplumun Rolü: Bir Etki Analizi' (Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı 2023) <<https://tepav.org.tr/tr/haberler/s/10570>> Erişim 17.2.2025.
- Kentel F, Köker L ve Genç Ö, *Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 1 Ekim 2011 Ocak 2012* (1.Basım, Tesev 2012).
- Klein C ve Sajó A, 'Constitution-Making: Process and Substance' in Michel Rosenfeld ve András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) <<https://academic.oup.com/edited-volume/43728/chapter/367620192>> Erişim 17.2.2025.

- Koçak M, ‘Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaları Ortak Dili Sorunu’ (2007) 23 Anayasa Yargısı 489.
- Kontaci E, ‘Demokratik Anayasa Yapımı Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri’ (2023) 13 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15.
- Kraynak RP, ‘Tocqueville’s Constitutionalism’ (1987) 81 American Political Science Review 1175.
- Küçük A, ‘Yeni Anayasanın Yapılma Usûlü’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022).
- Negretto G, ‘Constitution-Making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites’ (2020) 18 International Journal of Constitutional Law 206.
- Negretto GL, ‘Replacing Constitutions in Democratic Regimes: Elite Cooperation and Citizen Participation’ in Gabriel L Negretto (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes* (1st edn, Cambridge University Press 2020) <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108885287%23CN-bp-5/type/book_part> Erişim 24.8.2024.
- Özbudun E, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı* (Bilgi Yayınevi 1993).
- , *Türk Anayasa Hukuku* (23rd edn, Yetkin Yayınları 2023).
- , *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı* (Yetkin Yayınları 2024).
- Pasarlay S, ‘Public Participation in the Constitution-Making Process: The Afghan Experiment’ (2023) 49 Brooklyn Journal of International Law 50.
- Saati A, *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Processes on Democracy* (Statsvetenskapliga institutionen, Umeå universitet 2015).
- , ‘Constitution-Building Bodies and the Sequencing of Public Participation A Comparison of Seven Empirical Cases’ (2017) 10 Journal of Politics and Law 13.
- Şafak E, “Yeni Anayasayı Halk Yapacak” <https://www.sabah.com.tr/gundem/2011/01/13/yeni_anayasayi_halk_yapacak> Erişim 2.2.2025.
- Samararatne D, ‘Direct Public Participation in Constitution-Making’ [2019] SSRN Electronic Journal <<https://www.ssrn.com/abstract=3368056>> Erişim 17.2.2025.
- Saunders C, ‘Constitution Making in the 21st Century’ (2012) 4 International Review of Law <<https://papers.ssrn.com/abstract=2252294>> Erişim 17.2.2025.
- Şentop M, ‘Yeni Anayasa Çalışmaları’ in Hasan Yücel Başdemir ve Muhammed Enes Kala (eds), *Yeni Anayasa Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış* (Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları 2022).
- Şeref İ, ‘Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve Parlamento’nun Rolü’ (2016) 34 Yasama Dergisi 47.

- Şeref İb, ‘Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri’ (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79.
- Tanör B, *Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri* (Yapı Kredi Yayınları 2017).
- Temel Ö, ‘Türkiye’de Anayasa Yapım Süreçleri ve Demokratik Anayasa Yapımı’ (İstanbul Üniversitesi 2014).
- Tunç H, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetim Kapsamı ve Organları)* (Yetkin Yayınları 1997).
- Uluşahin N, *Anayasal bir tercih olarak başkanlık sistemi* (Yetkin 1999).
- , ‘‘Kutuplaşmış Bir Siyasal Sistemde Anayasa Yapmanın Güçlükleri ve Türkiye’de Yeni Bir Temel Oydaşmaya Ulaşmayı Sağlayacak Çözüm Yolları’’ (2011) 3 Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 19.
- Uzun CD, ‘Yeni Anayasa Yapımında Yöntem Arayışı’ (Seta Perspektif 2015) <https://file.setav.org/Files/Pdf/20151127190322_116_perspektif.pdf> Erişim 25.8.2024.
- Voigt S, ‘The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice - Towards a Comparative Analysis’ (Social Science Research Network, 12 August 2003) <<https://papers.ssrn.com/abstract=411461>> Erişim 17.2.2025.
- Wallis J, *Constitution Making during State Building* (Cambridge University Press 2014).
- , ‘How Important Is Participatory Constitution-Making? Lessons from Timor-Leste and Bougainville’ (2016) 54 Commonwealth & Comparative Politics 362.
- Widner J, ‘Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview’ [2008] William & Mary Law Review 1513.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun 2004.

İkinci Dünya Savaşı Sonrası İnsan Onuru Kavramına Dair Felsefî Yaklaşımlar^(*)

Philosophical Approaches to the Concept of Human Dignity After the Second World War

Rıdvan DEĞİRMENCİ^(**)

Öz:

İnsan onuru, Aydınlanmadan önce Hristiyan teolojisinde ortaya çıkan ve daha sonra Aydınlanma düşünürlerince geliştirilen bir kavramdır. İlk dönem anayasal belgelerde yer almamakla birlikte, doğal hukuk teorisinin merkezinde bulunur. İnsan onurunu korumak, doğal hukukçu düzenlemelerin genel amacıdır. Bununla birlikte, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan onuru, uluslararası sistemin ve insan hakları hukukunun ana kavramı hâline gelmiş, hatta Alman Anayasası'nda, anayasanın amacını temsilen ilk maddede düzenlenmiştir. Bununla birlikte, insan onuru kavramının belirsizliği ve çok anlamlılığına rağmen, bu kavrama insan haklarını korumak için yeterli olduğu düşünülen hukuki ve siyasi sistemlerin eleştirisi amacıyla başvurulmaktadır. Bu itibarla, 1950 sonrası felsefi zeminde hukuk ve sistem eleştirilerinin merkezinde insan onuru kavramının kullanıldığı görülmektedir. İnsan onurunu korumayı amaç edinen uluslararası sistem, insan onuruna dair yaklaşımlarının kolektif hak bilincini geliştirmemesi ve sosyal hakları ihmal etmesi gibi gerekçelerle eleştirilmiştir. Bu nedenle Arendt, haklara sahip olma hakkının tanınmasını, insan haklarının korunması için tartışmaya açmıştır. Diğer taraftan, bazı filozoflar uluslararası sistemin 1960'lardan itibaren ABD'nin siyahlilere, komünistlikle suçlananlara ve Vietnam'daki işgal sırasındaki fiillerine ses çıkarmaması sebebiyle, insan onuru kavramından hareketle uluslararası sistemi ve insanlığı göreve çağırılmışlardır. İnsan onurunun bireysel haklardan hareketle açıklanmasının yanı sıra, insanın bir sosyal varlık olarak sosyal düzeni ile yakından ilgili olduğu; gelir eşitsizliğinden maddi imkânsızlıkların giderilmesine kadar ekonomiyle doğrudan bağlantılı olduğuna dair vurgular önem taşır. Habermas'ın demokrasi ile insan onurunun korunması arasındaki güçlü bağı vurgulaması kavramsal tartışma için ayrıca önemlidir.

Anahtar Kelimeler:

İnsan Onuru, İnsan Hakları, Felsefe, İnsanlık, Uluslararası Sistem.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.07.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 05.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1745836

Bu makaleye atıf için: DEĞİRMENCİ, Rıdvan, "İkinci Dünya Savaşı Sonrası İnsan Onuru Kavramına Dair Felsefî Yaklaşımlar", **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 859-884

^(**) *Dr. Öğr. Üyesi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: ridvan.degirmenci@hbv.edu.tr
Orcid: 0000-0002-8408-1033

Abstract:

The concept of human dignity is a concept formed in Christian theology before the Enlightenment and developed by Enlightenment thinkers. Although not included in early constitutional documents, it is at the centre of natural law theory. The protection of human dignity is the general aim of natural law regulations. However, after the Second World War, human dignity became the central concept of the international system and human rights law. In the German Constitution, it is even regulated in the first article, representing the aim of the constitution. However, the ambiguity and polysemy of the concept of human dignity is a concept that is used to criticise legal and political systems that are considered to be adequate to protect human dignity. However, the ambiguity and polysemy of the concept of human dignity has been used to criticise legal and political systems that are considered adequate to protect human rights. In this respect, it is seen that the concept of human dignity is used at the centre of the criticisms of law and system on the philosophical ground after 1950. The approaches of the international system, which aims to protect human dignity, have been criticised on the grounds that they do not develop collective rights consciousness and neglect social rights. For these reasons Arendt argued for the recognition of the right to have rights, for the protection of human rights. On the other hand, it is noteworthy that philosophers call the international system and humanity to duty based on the concept of human dignity. In addition to the explanation of human dignity in terms of individual rights, the emphasis on the fact that human dignity is closely related to the social order of human beings as a social being and that it is closely related to the economy, from income inequality to the elimination of material impossibilities, is important. Habermas' emphasis on the strong link between democracy and the protection of human dignity is of particular importance.

Keywords:

Human Dignity, Human Rights, Philosophy, Humanity, International System.

Extended Summary:

The concept of human dignity remained as a supporting concept of human rights theories until the Second World War and was not emphasised in legal documents. In the post-World War II world order, the concept of human dignity was included in national and international agreements in order to emphasise the necessity of understanding the uniqueness of human beings and protecting their rights. However, beyond the acceptance of its theoretical basis, debates on its meaning have continued.

The concept of human dignity is almost synonymous with Kant. The German thinkers' explanation of human dignity in terms of Kant's second categorical imperative played a major role in this acceptance. However, in later studies, it is pointed out that when Kant first mentioned the concept of dignity, he referred to the dignity of rational beings, and later, when explaining the world of ends, he mentioned the price and dignity of everything. Therefore, in Kant's thought, honour is a concept that can be attributed not only to human beings but also to God and angels. Human dignity is explained as a sub-type of the concept of honour belonging to conscious beings. Human dignity is explained as a subspecies of the concept of honour belonging to conscious beings. The interpretation that the concept of human dignity derives from the second categorical imperative was adopted by Günter Dürig. Based on this interpretation, it is emphasised that human beings cannot be used as a tool.

It is not surprising that the concept of human dignity is central to the Bonn Constitution. This is because the Nazi regime practised racial discrimination and genocide, and many people perished in the persecution of the Nazi regime because of their sexual preferences, mental weaknesses and oppositional stances. In order to compensate for all these, the concept of human dignity has acquired the character of a grundnorm in Kelsenian terms and has taken on the appearance of an objective principle of law rather than a subjective fundamental right.

The static nature of the concept of human dignity has been criticised by some thinkers. First of all, it was stated that the concept of human dignity should be transformed from a static view to a dynamic view. Bloch and Luhmann mentioned that society and the individual should be considered together in a structure that can protect human rights and build the concept of human dignity.

Bloch emphasises the difference in approach between utopias and natural law theories. While social theories envisage a world in which burden and inconvenience are reduced, natural law theories envisage a world in which human beings are not humiliated. While social utopias envisage the happiness of all (eudomonia), natural law theories emphasise autonomy and individual legal good (eunomia). While one takes the Phaceians as an example, the other takes Brutus as a role model.

Luhmann finds it astonishing that the concept of human dignity is interpreted in terms of concepts used in the ancient world and 19th century philosophy. Interpretations in which man is an end in himself and his individuality is emphasised are not considered up-to-date by Luhmann. Indeed, especially with the increase in the division of labour, the onset of globalisation and the expansion of communication possibilities, the concept of human dignity should evolve to a level that should be discussed on a social plane rather than an individual existence.

According to Arendt, natural rights are not given to human beings by nature. Man acquires and organises them in political life. In this case, it is important to remember that they are constantly under threat. The remedy for this is not to hope that collapsed nation states will revive and grant people fundamental rights and freedoms. With a new form of organisation, people should realise that they are part of humanity and should also be concerned with the rights of those who suffer rights violations in other nations and geographies.

Sartre, who analyses what the US did in Vietnam in the context of torture and genocide, states that the Americans killed Vietnamese people because they were Vietnamese, similar to the way Hitler killed Jews because they were Jews. Sartre condemns the fact that such an atrocity takes place every day in front of humanity and states that if humanity does not prevent what is being done to the Vietnamese, they will be the next target.

In order for human dignity to be realised, it must be freed from ideological and religious determinations. The establishment of a mutual relationship is a condition of being a society; mutual recognition and a state of being in a relationship are only possible if human dignity is recognised. Neumann argues that human dignity is not an objective rule but a subjective right.

Habermas begins his article on human dignity with an analysis of the German Constitutional Court's decision to annul the regulation on the authority to shoot down aircraft following the 11 September attacks. The reason for the inclusion of the concept of human dignity in the German Constitution after the Second World War is interpreted as a compensation for the bad events. Prior to this, the concept of human dignity was mentioned in Article 139 of the German Constitution of 1849, but the Constitution was never put into force. According to Habermas, human dignity is a guiding concept from which other rights emerge. In this sense, it has assumed a crucial role for the construction of human rights in international and national systems. In addition, Habermas warns that when imperialist powers use the concepts of human rights and human dignity as a pretext to cover their unjust interventions in some states, they will damage the essence of the concepts and the values they carry.

GİRİŞ

İnsan onurunun hukuki bir kavram olarak temel metinlerde yer alması İkinci Dünya Savaşı'ndan sonradır. Bununla birlikte kavramın neyi kapsadığı, doğal hukuk ilkesi olarak mı yoksa pozitif bir hukuk kuralı olarak görülmesi mi gerektiği hususunda belirsizlikler mevcuttur. Diğer taraftan kavramın tek tek ülke anayasaları bağlamında yorumlanmasının getirdiği problemler ile küresel bir insan onuru kavramı üzerinde uzlaşının mümkün olup olmadığı sorusu devam etmektedir. Bu itibarla, kavramın anayasal ve uluslararası belgelerde yer aldığı sonraki temel tartışmalara odaklanıldığında, insan onuru kavramının anlamından ziyade işlevinin niteliğine yoğunlaşıldığı görülmektedir.

Bu çalışmada, insan onuru kavramının Aydınlanma köklerinden bahsedilecek, ardından İkinci Dünya Savaşı sonrası sistemin merkezinde yer alması vurgulanacaktır. Daha sonra ise, insan onuru kavramına dair yürütülen temel tartışmalara değinilecektir. Bu tartışmalar üç başlıkta incelenecektir: Birinci başlıkta, insan onuru kavramının insanın sosyallığını oluşturan değerlere olan ilişkisine değinilecektir. İnsan onuru kavramı her ne kadar insanın biricikliğinin bir sonucu olarak onun temel haklarının korunmasını işaret etse de insanın sosyal bir varlık olarak sosyal durumunun insan onuru kavramı ile ilişkili düşünülmesi gerekmektedir. Liberalizmin atomik bireyciliği ekseninde bir insan onuru kavramı yerine kolektif bir yapının parçası olarak özne olma halinin korunması ve geliştirilmesi gerekliliği ana eksenini oluşturmaktadır. Bu başlıkta Ernst Bloch ve Niklas Luhmann'ın çalışmaları ele alınacaktır.

İkinci başlıkta, insan onuru kavramının uluslararası hukukta insan haklarının korunması için yer aldığı konuma vurgu yapılacaktır. Bu bağlamda, iki önemli varoluşçu düşünürün insan onuru merkezli güçlü eleştirileri hatırlanacaktır. İlki Hannah Arendt'in haklara sahip olma hakkı bağlamında liberal hak anlayışına getirdiği açılım, diğeri ise Sartre'in emperyalizme getirdiği eleştirilerdir.

Üçüncü başlıkta ise, insan onuru kavramının demokrasiler bakımından işlevi incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle insan onuru kavramının belirsizliğinin oluşturabileceği sorunlara yönelik eleştiriler ele alınacak, diğer alt başlıkta ise Habermas'ın, insan onuru kavramı ile demokrasiler arasındaki güçlü bağı vurguladığı metin değerlendirilecektir.

I. KAVRAMIN GELİŞİMİ

İnsanın doğadaki varlıklardan kendini ayrı konumlandırması felsefenin başlangıcından itibaren görülebilir. Aristoteles, insanı diğer varlıklardan ayırarak

ona rasyonel varlık tanımlaması yapmakla siyasi ve etik yükümlülükleri üstlenebileceğini ifade etmişti. Roma düşüncesinde insanın evrenin merkezinde yer aldığına dair çıkarımlara sıkça rastlanır.

İnanç sistemleri içerisinde insanın sorumluluk sahibi bir varlık olarak yaratıcının emrine muhatap olabileceği sıklıkla ifade edilir. İbadet ancak akıl sahibi varlıkların doğalarının ihtiyaçlarına rağmen yapabilmeleri ile kutsallık kazanmaktadır. Çilecilik, adanmışlık, dervişlik dini emirlere muhatap olanların fiziki doğaya meydan okudukları alanlardır. İnsan akli sayesinde doğanın ve kültürün ona sunduğu hayat şartlarının dışında eyleyebilir. Bu anlamda söz konusu kapasitesinden dolayı insanın değeri evrenseldir.

Seküler düşüncenin gelişmesi ile birlikte insan onuru kavramı insanın genel olarak doğadaki ayırt edici yönlerinin ön plana çıkarıldığı bir çerçeveye izah edilmiştir. İlk olarak Rönesans'ta 1486 yılında Giovanni Pico della Mirandola'nın "İnsan Onuru Üzerine Söylev" (Oratio De hominis dignitate) başlığıyla yazdığı eserde insan onuru kavramı açıklanmıştır¹. Sonrasında ise özellikle Francis Bacon'ın araştırmaları neticesinde insanın doğadaki tüm varlıklardan üstün olduğu anlayışının pekişmesi, insan onuru kavramının zeminini güçlendirmiştir². Diğer taraftan insan onuru/değeri kavramını tartışırken onun insanda içkin olup olmadığı meselesine odaklanılmaktadır.

Bir görüşe göre, insanın değeri başkalarının ona verdiği ile ilişkili olup mutlak değildir. Bu itibarla diğer insanların biçtiği değere göre artar veya azalır. Pufendorf ise insanın değeri meselesiyle mutlak bir yaklaşımla ilgilenir. Ona göre insanın değeri ahlaki eyleme kapasitesi ile bağlantılı olup onun doğası ile ilgisizdir. İnsan akıyla yapıp etmelerinin sınırlarını dışardan bir zorlamaya bağlı kalmaksızın kendisi tayin edebilir. Bu itibarla insanın değeri, doğadaki özel konumundan değil, ahlaki bir özne olabilme kapasitesinden kaynaklanır³.

¹ MIRANDELO, Pico Della, İnsan Onuru Üzerine Söylev ya da Rönesans Manifestosu, (Çev. Levent Özşar), Biblos Yayınları, İstanbul, 2006.

² "Tabiatın hakimi ve yorumlayıcısı olarak insan, hem nesneleri hem de zihnin işleyişini dikkate alarak tabiatın düzeni üzerine yaptığı gözlemlerin kendisine izin verdiği ölçüde onu anlayabilir ve onunla baş edebilir. Aksi halde ne daha fazlasını bilir ne de daha fazlasını yapabilir." BACON, Francis, Novum Organum Tabiatın Yorumu ve İnsan Alemi Üzerine Özlü Sözler, (Çev. Sema Önal), Say Yayınları, 2012, s. 119.

³ Moral entia (ahlaki varlık) olarak adlandırdığı ahlaki özne kelimenin tam anlamıyla gerçekte varlık kazanmaz. Bir yaratıcı eylem sonucunda oluşmamış ve fiziki şartlara bağlanmamıştır. Ancak bunlar fiziki olarak yaratılmış şeylere bağlı olarak varlık kazanmışlardır. Bu bakımdan bağımsız bir varlık olarak nitelendirilemeseler de "gerçek" varlık bunlardır. Bu anlamda der Anhert, Pufendorf'un ahlaki varlıkları gerçek varlıkların (entia realia) bir örneği olarak düşünülebilir. AHNERT, Thomas, The Metaphysics of Moral Entities, içinde "The Cambridge Companion to Pufendorf", (Ed. Knud Haakonssen and Ian Hunter), Cambridge University Press, 2022, ss. 90-108, s. 95.

Kant, Pufendorf'un ayırımına benzer şekilde doğa dünyası ve amaç dünyası ayırımı yapar. İnsanın değeri Pufendorf'u anımsatır şekilde, doğanın zirvesinde yer alan konumundan dolayı değil, amaçlar dünyasına ait olmasından kaynaklanır. Kant için Tanrı, iyiyi gösterme hususunda önemli bir konuma sahiptir. Ancak insan, aklıyla sadece bir araç değil aynı zamanda evrensel olarak kabul edilebilecek bir amaç uğruna hareket etme kapasitesiyle değer taşır; "her defasında insanlığa, kendi kişinde olduğu kadar başka herkesin kişisinde de, sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun"⁴. Bununla birlikte Kant'ın insan onuru kavramını temellendirmesi kategorik emperatifin ikinci kısmı ile ilgili değildir⁵. Pfordeten, Kant'ın onur kavramından ilk kez bahsettiğinde rasyonel varlıkların onurunu kast ettiğini belirtir, daha sonra amaçlar dünyasını açıklarken her şeyin bir bedelinden ve onurundan bahsedişine dikkat çeker. Bu sebeple, Kant düşüncesinde onur yalnızca insanlara değil, Tanrılara ve meleklerle de hasredilen bir kavramdır. Bu sebeple insan onuru, bilinçli varlıklara ait onur kavramının bir alt türü olarak karşımıza çıkar⁶. İnsan onuru kavramının ikinci kategorik emirden kaynaklandığı yorumunun Günter Dürig tarafından ifade edildiğini, bu yorumla insanın bir araç olarak kullanılmayacağını vurgulandığı ifade edilmiştir. Oysa yazara göre Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi ve ikinci kategorik emirden bu şekilde bir insan onuru anlayışı çıkarılamaz⁷.

Ancak Kant'tan ilhamla, insanın rasyonel bir varlık olarak doğadaki zorunluluklara göre değil, kendi belirlediği amacı gerçekleştirmek için eyleme kapasitesine sahip olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Bu itibarla insan, özgür eyleme kapasitesinin önündeki engellerin kaldırıldığı ve kendisine bu kapasitesinin gerçekleştirebildiği alanın oluşturulması ile mutluluğa ulaşabilir⁸. Bu itibarla, doğadaki biricikliğinin tanınarak yaş, ırk, cinsiyet ve düşünce fark etmeksizin tüm insanoğluna değer verilmesi gereklidir.

İnsanlık kavramı ve insana dair değerler doğal mıdır yoksa üretilmiş midir? Bu soruya verilecek cevap insan onuru kavramına dair yeniden düşünmemizin gerekliliğini belirler. İnsani değerler, insanoğlu tarafından üretilmiş ve sınırlar

⁴ KANT, Immanuel, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, (Çev. Ionna Kuçuradi), TFK Yayınları, 2002, s. 45-46.

⁵ VON DER PFORDTEN, Dietmar, Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant, Mentis, 2009, s. 11.

⁶ VON DER PFORDTEN, s. 15.

⁷ VON DER PFORDTEN, s. 11-12.

⁸ BERQUIST, Richard, From Human Dignity to Natural Law An Introduction, The Catholic University of America Press, 2019, s. 16.

çizilerek insanlık oluşmuştur. İnsanlık fikrine dair tetkikler sürdürülmelidir. Bu itibarla, Antik zamanlardan başlanarak insanın değerinin işaret edildiği metinler bizlere yol göstermekle birlikte, insan onuruna dair incelemeler sürekli tekrarlanarak yapılmalı, insanın değeri hatırdâ tutulmalıdır.

Bunun esas sebebi ise insan onuru kavramının ahlaki bir düzlemde değil varoluşsal bir mesele olarak kavranması gerekliliğidir. Hiçbir insan doğmayı, yaşadığı zamanı seçemez, yaşamını tek başına kuramaz. Var olmakla insanın oluşumu başlamışsa bu durumda insanın durumu ve pozisyonu ne olursa olsun bir değere sahip olarak dünyaya geldiğinin kabulü gerekir. Aslında tüm temel hakların ve özgürlüklerin başlangıç noktası insana içkin değerın hukuki olarak kabul edilmesidir. Bu durumda insan onuru ahlaki bir değer değil, varoluşun bir zorunluluğu olarak kabul edilmelidir⁹. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra kavramın uluslararası ve ulusal belgelerde merkezi yer almasında bu fikrin etkili olduğu ifade edilebilir.

İnsan onuru kavramına yer veren önemli düşünürlerin başında Becceria gelmektedir. Yazdıkları ile ceza hukukunun dönüşümüne büyük katkı sağlayan İtalyan düşünür ve hukukçu, insan onuru kavramı çerçevesinde yaşamı ve dönemindeki cezaları değerlendirir. Beccaria, onur kavramının doğa durumundan sonra ortaya çıktığı kanısındadır. Toplumsal yaşamdaki ilk hukuk kuralları ve yargı yetkisi, güçlü insanların güçsüzler üzerindeki tahakkümlerini sona erdirmeyi amaçlamıştır. Bu durumda, her bir insanın eyleyebileceği egemenlik altında siyasal alan oluşmuştur. Beccaria, onur üzerine düşüncenin ve hukuki görüşlerin gelişmediğinden yakını. Ona göre onur, hem özgürlüklerin sınırsızlaştığı hem de köleliğin arttığı yönetimlerde tehlikededir. Özgürlüğün sınırsızlaştığı toplumlarda onuru zedelenen kişi diğerlerinin yardımını çağırma hususunda isteksizdir. Köleliğin var olduğu toplumda ise kişiliğin özgürce inşa edilme kapasitesi yani uygar kişilik yok edilmektedir¹⁰.

Özellikle Aydınlanma düşünürlerinde, insanlık ve insanın değeri fikrine dair kapsamlı açıklamalar görülmektedir. İnsan onurunun korunmaya değer olduğuna dair tezler, yalnızca burjuva hak taleplerinin gerekçelendirildiği metinlerde değil, aynı zamanda köleliğin incelendiği metinlerde de işlenmektedir. Kölelik müessesesi, bir anlamda doğa durumunda iktidarla karşılaşan ve hak ile özgürlüklerinden mahrum kalan insanın pratik bir sonucu olduğundan, insanın

⁹ KATEB, George, Human Dignity, The Harvard University Press, 2011, s. 10.

¹⁰ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, 5. Baskı, (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2015, s. 62.

özgürlüğüne dair sorulara cevap arayan filozoflar, kölelik müessesine kayıtsız kalmamışlardır¹¹.

İnsan onuru tartışmalarının yoğunlaştığı dönemler, çoğunlukla insan onurunun ciddi biçimde ihlal edildiği olayların hemen ardından ortaya çıkmıştır. Kölelik müessesesinin kaldırılmasını takiben, insan onuru tartışmaları öncelikle işçi hakları ekseninde şekillenmiş; daha sonra Nazist ve Faşist rejimlerin yarattığı zulümlerin önlenmesi amacıyla bu kavram tekrar merkeze alınmıştır. 1950'lerden itibaren ise, emperyalist ve kapitalist yapıların insanlığa dayattığı değer bunalımları, insan onurunun yalnızca korunması gereken bir ideal değil, aynı zamanda toplumsal ve hukuki bir rehber ilke olarak yeniden hatırlanmasını gerekli kılmıştır.

II. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI İNSAN ONURUNA DAİR HUKUKİ BELGELER

Savaş sonrası insan onuru kavramı hukuki belgelere dahil olmuş ve insan hakları sisteminin özünü oluşturmıştır. Bunun yanında İtalyan ve Alman anayasalarında yerini almış, aynı zamanda düşünürlerin kavram üzerine telakkileri devam etmiştir. Malum olduğu üzere gerek Birleşmiş Milletler Şartı gerek Birleşmiş Milletler Evrensel Beyannamesi insan onuru kavramını merkeze alınarak hazırlanmıştır¹².

Alman Anayasası'nın Birinci maddesi; "(İnsanın onur ve haysiyetinin korunması) (1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. (2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez in san haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder. (3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar¹³." şeklinde düzenlenmiştir.

¹¹ DEĞİRMENCİ, Rıdvan, Hukuk Felsefesinde Kölelik, On İki Levha Yayınları, 2025, s. 5.

¹² ... "Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the **dignity and worth of the human person** and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom..." <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, Erişim Tarihi: 10/7/2025.

¹³ "Art 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."

İnsan onurunun dokunulmazlığı anayasanın ruhunu oluşturduğu için ilk maddenin ilk fıkrasında vurgulanmıştır. 1933 yılında başlayan ve İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar devam eden Nazi Rejiminin oluşturduğu terör ve insanlık suçu ortamının yeniden oluşmaması için insan onuru temelli bir anayasa hazırlanmıştır. Anayasanın ilanında 1933 yılından itibaren yaşananları bilinçli şekilde yaşayanların bugünden itibaren yeni bir Almanya'nın oluşturulduğunu göreceği ifade edilmiştir¹⁴.

Becchi'nin ifade ettiği üzere, Bonn Anayasası'nda insan onuru kavramının merkezi olarak yer alması şaşırtıcı değildir. Zira Nazi Rejiminde ırksal olarak ayrımcılık ve soykırım faaliyeti yapılmış, bunun yanı sıra cinsel tercihleri, akıl zayıflıkları, muhalif duruşları sebebiyle pek çok kişi Nazi Rejimi zulmünde can vermiştir. Tüm bunların telafi edilmesi için insan onuru kavramı adeta Kelsenci ifadeyle bir grundnorm mahiyeti kazanmış ve öznel bir temel hak değil nesnel bir hukuk ilkesi görünümüne bürünmüştür¹⁵.

İnsan onuru kavramı, özellikle Nazi rejimi sonrasında hukuki ve felsefî tartışmaların merkezine yerleşmiştir. Becchi'ye göre, bu kavramın Kelsenci bir grundnorm hâline gelmesi, hukuki pozitivizme karşı doğal hukukun yükselişinde temel bir referans noktası oluşturmuştur. Bu itibarla, Kelsen'le birlikte hukukiliği değerlerden arındıran pozitivist yaklaşım, hukuki pozitivizmin bazı sınırlar dahilinde geçerli olabileceği anlayışıyla yeniden yorumlanmıştır. Her insanın diğerine belirli değerler çerçevesinde davranma yükümlülüğü, yani insan onurunun korunması hukuk sistemlerinin ana amaçları arasında yer almak durumundadır. Böylelikle insan onuru kavramı, Nazi Rejimi sonrası hukuk düzeninin ana ilkesi haline gelmiştir¹⁶.

Bunun yanı sıra, savaş sonrası uluslararası düzenlemelerde insan onurunun korunması amacıyla, bazı suçların cezalandırılmasını sağlamak için hukuk ilkelinde istisnai düzenlemelerin kabul edildiği görülmektedir. İnsanlık suçlarında zaman aşımının kabul edilmemesi, insanlık suçlarının yargılanmasında kanunsuz suç ve cezanın olmaması ilkesinin göz ardı edilmesi insan onurunun korunması amacıyla yapılmıştır¹⁷. İnsan onurunun korunması, artık özgürlükçü huku-

¹⁴ <https://demokratie.bonn.de/verkuendung-des-grundgesetzes/index.php> (Erişim Tarihi: 10/7/2025).

¹⁵ BECCHI, Paolo, *Das Prinzip Menschenwürde- eine Einführung*, Duncker und Humblot, 2013, s. 22.

¹⁶ BECCHI, s. 23.

¹⁷ 1968'de kabul edilen Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Kanuni Sınırlamaların Uygulanamayacağına Dair Sözleşme'nin girişinde bu hususlar ifade edilmektedir;

“Önsöz Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, aşağıdaki Genel Kurul kararlarını hatırlatarak;

ka sahip olan ülkelerin Nazist ve Faşist yönetimler altında zulme uğrayan insanların yeniden aynı ızdırapları çekmemesi için kabul edilmiştir. Diğer taraftan komünist rejimlerde insanların temel hak ve özgürlüklerinin korunmaması sebebiyle oluşan atmosfer karşısında liberal dünyanın bir değeri olarak insan onuru kavramı öne çıkarılmıştır.

İnsan onuru kavramının gerekliliği, savaş ve savaş öncesi rejim pratikleri ile ihlal edilen insan haklarında ortaya çıkmıştır. Pozitif hukuki düzenlemeler belirli yükümlülükleri düzenlemekle birlikte, insanların karşı karşıya kalacağı aşağılanma ve hakareti önleyebilecek düzenlemeleri öngörememektedir. Bu sebeple belirli değerlerin aşılammaması ve hukuk düzenlerinin temelinde yer almasının sağlanması elzem görülmüştür¹⁸.

III. İNSAN ONURU TARTIŞMALARININ SEYRİ

İnsan onuru kavramına dair tartışmalar, bu kavramın insan hakları hukukunun temeline yerleşmesinin ardından da sürdürülmüştür. Özellikle mevcut düzenlemelerde kavramın statik bir konumda ele alınması, toplumcu düşünürler tarafından eleştirilmiştir. İnsan onuru, ulaşılmaması gereken bir hedef olmaktan ziyade, insanın her an kaybedebileceği, sürekli yanında taşıdığı bir niteliktir. Bu nedenle müesseselerin, insan onurunu koruma işlevini etkin bir biçimde yerine getirecek şekilde yeniden yapılandırılması zorunludur.

İnsan onuru kavramının en önemli etkisi yol gösterici niteliğidir. Nitekim başlangıçta insan haklarının korunması ve tiranlığın önlenmesi için önemli görülen insan onuru, daha sonra hakların geliştirilmesi ve demokrasilerin kökleş-

...

Savaş suçları ve insanlığa karşı suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasına ilişkin hiçbir ciddi bildiri, belge veya sözleşmenin bir zaman aşımı süresi öngörmediğine dikkat çekerek, ...

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların etkili bir şekilde cezalandırılmasının, bu tür suçların önlenmesinde, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasında, güvenin teşvik edilmesinde, halklar arasında işbirliğinin ilerletilmesinde ve uluslararası barış ve güvenliğin geliştirilmesinde önemli bir unsur olduğuna inanarak,

Adi suçların zaman aşımı süresine ilişkin belediye hukuku kurallarının savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara uygulanmasının, bu suçlardan sorumlu kişilerin kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını engellediği için dünya kamuoyunda ciddi bir endişe konusu olduğunu kaydederek, ...

Bu Sözleşme aracılığıyla, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için zaman aşımı süresi olmadığı ilkesinin uluslararası hukukta teyit edilmesinin ve evrensel olarak uygulanmasının sağlanmasının gerekli ve zamanında olduğunu kabul ederek, ...

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-non-applicability-statutory-limitations-war-crimes>, Erişim Tarihi: 10/7/2025.

¹⁸ RILEY Stephen, Human Dignity and Law, Legal and Philosophical Investigations, Routledge, 2018, s. 20.

mesi için rehber görevi üstlenmiştir. 1945 sonrası dünya düzeninde, özgürlükçü ülkeler pek çok problemle karşı karşıya kalmışlardır. Özellikle ırkçılık, çoğulculuk, kadın hakları, çocuk haklarının gelişmesi hususunda yapılması gereken düzenlemeler, uyulması gereken politikalar insan onuru kavramını merkeze alarak geliştirilmiştir¹⁹.

Diğer taraftan, çoğulculuğun sağlanması ve sürdürülmesi, demokrasi karşıtı düşüncelerin demokrasi ile bastırılması ve demokrasinin çağdaş ihtiyaçlara cevap verebilmesi için insan onuru kavramının tetkik edilmesi gerekmiştir. Ayrıca, sadece insan hakları bağlamında değil, insanın yaşadığı dünyaya dair sorumluluklarının gerekçelendirilmesi ve yükümlüklerin oluşması bakımından insan onuru fikrinin yeniden anlamlandırıldığı görülmektedir²⁰. Bu bakımdan statik bir kavram olarak görülemeyecek insan onuru kavramı, insanlığa yol gösterici bir şemsiye kavram olarak ifade edilebilir. Ayrıca İkinci Dünya Savaşı sonrası sadece liberal tezlerin değil, toplumcu ve dayanışmacı önerilerin kabul edilmesi için merkezinde insan onuru olan tezler üretildiği görülmektedir.

A. İnsan Onuru Kavramı ve Sosyallik

İnsan onuru kavramının uluslararası sistemde ve bazı anayasalarda kabulünden sonra ekonomik ilerlemeler kaydedilmiş olsa da sınıfsal eşitsizlikler artmıştır. Bu bağlamda, insanın tek başına var olmadığının ve toplum içinde yaşadığının yeniden hatırlanması, dolayısıyla insan onuru kavramının toplumla birlikte ele alınması büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede, iki öncü düşünür olan Ernst Bloch ve Niklas Luhmann'ın çalışmaları incelenecektir.

1. Ernst Bloch

Ernst Bloch için insan onuru kavramı doğal hukuk ilkeleri ile yakından ilişkilidir. Natural Law and Human Dignity (Doğal Hukuk ve İnsan Onuru) adlı eserinde insan onuru kavramının izahını Antik Dönemler'den başlayarak özellikle Aydınlanma dönemindeki doğal hukuk ilkeleri ile bağlantılarına referans vererek yapar. Böylelikle Bloch, doğal hukuk kapsamında yürütülen tartışmaları modern döneme taşıma gayreti içerisinde.

¹⁹ Uluslararası anlaşmalarda insan onuru kavramının rolü için bkz. LE MOLI, Ginevra, Human Dignity in International Law, Cambridge University Press, 2021, s. 216 v.d.

²⁰ Örneğin dijital çağda insan onuru kavramının getirebileceği perspektiflerin tartışıldığı çalışma için bkz. UMBRELLO, Steven and O'HARA, Paul, Human Dignity in the Digital Age. Journal of Ethics and Emerging Technologies, 2015, 35: 1. <https://jeet.ieet.org/index.php/home>, Erişim Tarihi: 12/7/2025.

Erns Bloch'a göre, insanın özgürlüğü için insanın kendi kendisine yarattığı vesayetin sonlanması gerekir. Bunun gerçekleşebilmesi için ekonomik olarak ortaya çıkan sömürünün sona ermesi ve insan haklarının korunması elzendir. Bu noktadan hareketle Bloch, ekonomik olarak özgürleşme ile insan onuru arasındaki bağlantının önemine dikkat çeker²¹.

İnsanın huzuru için ortaya konulan sosyal ütopyalarla doğal hukuk kuramlarını karşılaştırır. Sosyal ütopyalar ve doğal hukuk kuramları benzer bir mirası paylaşmalarına rağmen birbirleri ile uyuşamamışlardır. Sosyal ütopyalar insanın mutluluğunu amaçlarken doğal hukuk kuramları insan onurunun korunmasını önemser. Sosyal ütopyalar zahmet ve külfetin sona erdiği bir yaşam hayal ederken, doğal hukuk kuramları aşağılanma ve hakaretin sona erdiği bir toplum arzular²².

Roma hukukunun oluşumunda Stoacıların etkisini vurgulayan Bloch, insan onuru kavramının belirsizlikten kurtarılarak somutlaştırıldığı görüşündedir. Bunun sağlanabilmesi için keyfiliğin önlenmesi gerektiği Roma hukukunun ilkelere birisi haline gelmiştir. Örneğin bu durumu takip eden Friedrich Wilhelm "Fiat jus naturale, vivat mundus cum hominis dignitate" (Keyfiliğin olmadığı, insan onuruna yakışır bir dünya) ilkesine uygun bir hukuk düzeni inşa etmiştir²³.

Bloch, özgürlük inşasındaki düşünceleri ele alarak onların bıraktığı mirası analiz eder. Özellikle Aydınlanma dönemindeki düşüncelerin özgür eylemi ortaya çıkarabilecek siyasal ve kamusal alanın tesisi yönündeki çabalarını örneklendirir. İnsanın özgür eyleyebilmesi ve özgür iradenin toplumla uzlaşabilmesi adına yapılan girişimleri hatırlatır. Rousseau'nun genel irade ve özgür irade tercihlerini, Kant'ın insanın özgür eyleyebilmesinin sağlanması meselelerine değinir²⁴.

Ancak bunlarla yetinmeyerek modern toplumun iktisadi eleştirisini ve analizini yapan Marx ve Engels'i örneklendirir. Marx ve Engels'in burjuva hukukunun illüzyonlarına getirdiği eleştirileri sıralayan Bloch, insan onuru kavramından hareketle Marx'ın onuru çiğnenmiş kişiler adına tarafgir hareket ettiğini belirtir²⁵. Ayrıca, Marksist teorisyenlerin doğal hukuka yeterince ilgi göstermediklerini ifade eder. Buradan hareketle Bloch, başlangıçta ifade edilen insan

²¹ BLOCH, Ernst, *Natural Law and Human Dignity*, (Trans. Dennis J. Schmidt), MIT Press, 1986, s. xxix.

²² BLOCH, s. xxix.

²³ BLOCH, s. 84.

²⁴ BLOCH, s. 155- 156.

²⁵ BLOCH, s. 187.

onurunun yalnızca hukuki bir mesele değil, ekonomik bir paylaşım meselesi olduğuna dair işaretini temellendirmektedir.

Yine sosyal ütopyalar ve doğal hukuk kuramlarının yaklaşım farklarını vurgular. Sosyal teoriler külfetin ve zahmetin azaltıldığı bir dünya tasavvur ederken doğal hukuk kuramları, insanın aşağılanmadığı bir dünya tasarlar. Sosyal ütopyalar herkesin mutluluğunu (eudomonia) tasarlarken, doğal hukuk kuramları otonomi ve bireysel hukuki iyiliği (eunomia) önemser. Sosyal ütopyalarla doğal hukuk ilkelerini karşılaştırırken Antik Yunan ve Roma karakterlerinden örnekler verir. Bloch'a göre sosyal ütopyalar, Odessya'daki kararktelerden birisi olan Phaceians'ları²⁶ örnek alırken doğal hukuk ilkeleri, ütöfik olmayan ve herkesin iyiliği için hareket etmeye çalışan Brutus'u rol model olarak kavrar²⁷.

Marx, insan onuru kavramı bakımından doğal hukuk geleneğine yakındır. Ancak Hegel'in Hukuk Felsefesi'nin Prensiplerinin Eleştirisi'nde görüleceği üzere tekil bireyler ve gruplara yönelik adaletsizlikten değil, burjuva hukukunun tamamıyla adaletsiz olmasından bahseder²⁸. Bloch, sosyal ütopyacı miras ile doğal hukuk kuramının uzlaştırılması arayışındadır. Sosyal ütopyacı bakış açısıyla hazırlanan programın somut bir yurttaş programı ile uyumlaştırılmasının gerekliliğini vurgular. Eski ve yeni köleliğin ortadan kaldırılmadığı durumda insan onurunu tesis etmek de mümkün değildir²⁹.

Bloch'un sosyalist anlayışı, insan onuru kavramını ekonomik koşullardan ayrı şekilde değerlendirmemesini gerektirmiştir. İkinci dünya Savaşı sonrası doğal hukuk ilkesi olarak uluslararası ve ulusal insan hakları belgelerinde yer edinen insan onuru kavramını sosyal ütopyalarla uyumlaştırmaya çalışan Bloch, Marx'ın insan onurunu koruma mücadelesi kapsamında sosyalist itirazlarını doğal hukukçu açıklamalarla harmanlar. Böylece statik bir kavram olan insan onuru kavramı, dinamik bir biçime kavuşur.

2. Niklas Luhmann

İnsan onuru ve özgürlük ilişkisini inceleyen bir diğer düşünür ise Niklas Luhmann'dır. Luhmann'a göre, insanın özgürlüğü, şiddetten arınmış bir yapının

²⁶ Odessya'nın Türkçe çevirisinde "Phaiak" olarak ifade edilen ulustur. Bkz. Homeros, *Odysseia*, (Çev. Azra Erhat- A. Kadir), Türkiye İş Bankası Yayınları, 2014, s. xii.

²⁷ BLOCH, s. 205-206.

²⁸ BLOCH, s. 207.

²⁹ BLOCH, s. 208.

devlet tarafından güvence altına alınmasıyla mümkündür; bununla birlikte, birey özgürlüğünü kullanırken toplumsal yükümlülükler içinde hareket etmek zorundadır. Anayasalarda temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddeler bir “amayı” vurgulayarak temel hakların toplumsal yapı ile bağlarının kabul edildiğini belirtir³⁰.

Luhmann, insanın özgürlüğü ve insan onuru kavramlarının ampirik araştırmalara dayanarak ve araştırma imkanlarına atıfla tanımlamanın zor olmadığı kanaatindedir. Bir birey olarak insan, kendisini inşa ederken çevresi ile iletişim halindedir, bu iletişim içerisinde kendi öz benliğini korur, ondan beklenen tutarlı, mantıklı, güvenilir eylemler içerisinde olmasıdır. İnsanın diğer insanlarla ilişkisi onu hem bireyselleştirir hem de sosyalleştirir³¹.

Luhmann, insan onuru kavramının Antik Dünya yüzyıl felsefesinde kullanılan kavramlarla yorumlanmasını, yüzyıllar boyunca meydana gelen değişikliklerin, hatta on dokuzuncu yüzyılda kabul edilen değer kavramının insan doğası ve insan doğasını oluşturan kavramlarla ilgili meseleleri hayret verici bulur³². İnsanın kendisi için bir amaç olduğu ve bireyselliğinin ön plana çıkarıldığı yorumlar Luhmann tarafından güncel bulunmaz. Gerçekten, özellikle iş bölümünün artması, küreselleşmenin başlaması ve iletişim olanaklarının genişlemesiyle insan onuru kavramı bireysel bir varoluştan öte toplumsal bir düzlemde tartışılması gereken bir düzleme evrilmelidir.

Luhmann, devletin ve anayasanın özgürlüğü ve insan onurunu garanti edemeyeceğini iddia eder. Ona göre devlet, insanların özgür eyleyebilecek kapasite ve deneyime sahip olduklarını varsaymalıdır. İnsanın özgürlüğü ve insan onuru kavramının devlet öncesine konumlanması önemlidir. Zira böylelikle devlet, insan özgürlüğü ve insan onuru kavramlarının kurucusu değil sağlayıcısı olarak rol üstlenir³³.

Buradan hareketle, Luhmann, Alman Anayasası’ndaki insan onuru kavramını inceler. Özgürlük, ihlallerle karşı yasal olarak korunabilen bir alan biçiminde tanımlanır. Bununla birlikte, insan onuru kişinin eylemleri ile zor biçimde kaybedilen ve devlet tarafından etkilenebilen bir kavram olarak nitelendirilmiştir³⁴.

³⁰ LUHMANN, Niklas, Grundrechte als Institution Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Zweite Auflage, Duncker und Humblot, 1974, s. 59.

³¹ LUHMANN, s. 61.

³² LUHMANN, s. 57-58.

³³ LUHMANN, s. 72.

³⁴ LUHMANN, s. 73.

Bununla birlikte, insan onuru kavramı eylemler ve iletişimlerde etkilenebilir o kadar müsaittir ki, anayasal güvenceler onu korumakta yetersizdir, bu itibarla gerçek güvencenin iletişim ve etkileşimin sürdüğü organizasyonlarda aramak gerekir³⁵. Başka bir açıdan Luhmann insan onuru kavramındaki enflasyondan rahatsızlık duyar³⁶.

Sistem teorisi olarak adlandırılan teorisinde insan onuru kavramına yer veren Luhmann, insan onuru kavramının bireysel deneyimlerden hareketle tanımlanmasına karşı çıkar. Bireysel ihtiyaçlar, tecrübeler ve istekler insan onuru kavramı ile açıklanırsa, anayasal kurumların her birinin tehdidinde bulunan haklar kataloğu var olabilir. Bu durumda, insan onurunun yerleşebilmesi için insanın bir toplum içerisinde diğerleri ile birlikte var olması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır. Sistemin işleyişi için genel olarak toplumun birbiri ile iletişimi sağlanmalı, çeşitli alt sistemler arasında etkileşimin sürdürülmesi gerekmektedir³⁷.

B. İnsan Onuru ve Uluslararası Sistem

İnsan onuru kavramı uluslararası sistemin merkezine yerleşse de; temel bir anlayışın gelişmediği görülmektedir. İnsan onuru kavramının gelişebilmesi için Arendt, doğal hak kuramına ek olarak haklara sahip olma hakkının kabul edilmesini belirtmiştir. Ayrıca, uluslararası sistem emperyalizmin oluşturduğu hak ihlallerine set olamamıştır. Bu anlamda önemli uluslararası krizlerden birisi olan Vietnam Saldırıları sonrasında Jean Paul Sartre'ın eleştirileri dikkate değer. Uluslararası sistemin bürokratik yapısının güçlenip etkinliğinin azaldığı ve insan onurunu koruma çabalarının giderek sınırlandığı dönemlerde, Sartre'ın eleştirileri hâlâ geçerliliğini korumaktadır.

1. Hannah Arendt ve İnsan Onuru (Haklara Sahip Olma Hakkı)

İkinci Dünya Savaşı sonrası insanlık durumunu ve insanlık onurunu konu alan eserleriyle çağa damga vuran düşünür Arendt'tir. Arendt, insan haklarının tek tek devletlere yüklenebilecek bir nitelikten çıktığını varsayar. Zira İkinci Dünya Savaşı, milyonların yersiz yurtsuzlaşmasına sebep olmuştur. Bu halde, yersiz yurtsuzlaşmış bireyin insan hakları talebi, hukuki statüsünün belirsiz olduğu bir devlete karşı değil tüm insanlığa yönelmelidir, insanlık durumu, uy-

³⁵ LUHMANN, s. 74.

³⁶ LUHMANN, Niklas, Die moral der Gesellschaft, Suhrkamp, 2008, s. 250.

³⁷ LUHMANN, s. 82-83.

gar olmayan tek bir nokta dahi bırakmamıştır. Tek bir insanın insan haklarının korunması tüm insanlığın sorumluluğundadır, o halde insanların ilk hakkı insan haklarına sahip olma hakkı olmalıdır³⁸.

Hannah Arendt'e göre tek gerçek insan hakkı haklara sahip olma hakkıdır. Bu hak, birey haklarının garanti altına alınabileceği bir topluluğun üyesi olma hakkına sahip olabilmesi anlamına gelir. Böylelikle insan onuru korunmuş olur³⁹. Arendt'e göre, on sekizinci yüzyıl insanının tarihten özgürleşmesi gibi yirminci yüzyıl insanı doğadan özgürleşmiştir. Tarih ve doğa artık, insanın özünün bu iki kategoriye nazaran anlaşılamayacağı derecede yabancıdır. Arendt'e göre on sekizinci yüzyılın büyük düşünürü Kant'ın yalnızca fikri olarak ortaya koyduğu "insanlık" günümüzde kendisinden kaçınılmasına imkân olmayan bir olgudur. O halde, insanın haklarından bahsederken on sekizinci yüzyıl öncesinde doğadan bahsedildiği gibi insanlık merkeze alınarak düşünülmelidir. Önceden doğaya ve tarihe atfedilen rol benzeri şekilde insanlığa verilmiştir, insanın bizzat insanlığın bir üyesi olmakla haklara sahip olma hakkının yine insanlık tarafından garanti altına alınması gerekir. Ancak Arendt, bunun sağlanabilmesinden şüphe duymaktadır. İnsanlığın hakların sağlayıcısı olabilmesi, devletlerin var olan anlaşmalarına göre işleyen uluslararası hukuku aşan bir durumdur. Ayrıca, ulus devletleri aşan bir uluslararası hukuk alanı mevcut değildir⁴⁰. Kanımızca, haklara sahip olabilme hakkının olası hale gelebilmesi için Kelsen'in tahayyül ettiği uluslararası hukukun inşası gereklidir.

Arendt, açıkça bir insan hakları teorisi geliştirmez fakat siyaset teorisiyle, insan haklarının insan onurunu güvence altına almaktaki başarısızlığından kaynaklanan sorunlara odaklanır. Başka bir deyişle, insan haklarını yeniden çerçevelemeye çalışmaktadır. 18'inci yüzyılın naif iyimserliğinin ötesinde insan haklarının daha kompleks bir bağlamda düşünülerek tarih ötesi bir insan onuru kavramının oluşmasını arzular⁴¹. 17'inci yüzyılda insana verilen değer, toplumların yükselişi ile birlikte kamu ve özeline çökmesiyle kaybolmuştur. Yeniden inşası için emek, mülkiyet ve öznel yaşam arasındaki denge kurulmalıdır.

³⁸ ARENDT, Hannah, *Totalitarizmin Kaynakları Emperyalizm*, (Çev. Bahadır Sina Şener), İletişim Yayınları, 2014, s. 304.

³⁹ ANLAUF, Lena, Hannah Arendt und das Recht, Rechte zu haben, *Menschen Rechts Magazin* Heft 3/2007, ss. 299-304, s. 303.

⁴⁰ ARENDT, 2014, s. 307.

⁴¹ ISAAC, Jeffrey C., A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights, *The American Political Science Review*, Y. 1996, C. 90, S. 1., ss. 61-73., s. 64.

Arendt'e göre doğal haklar doğa tarafından insana verilmez. İnsan politik yaşam içerisinde onları kazanır ve örgütler. Bu durumda onların sürekli olarak tehdit altında olduğunu unutmamak gerekir. Bunun çaresi ise çöken ulus devletlerin yeniden canlanarak insanlara temel hak ve hürriyetleri bahşedeceğini ummak değildir. İnsanlar yeni bir örgütlenme biçimi ile insanlığın bir parçası olduğunu fark etmeli ve başka uluslarda, başka coğrafyalarda hak ihlallerine uğrayan kişilerin hakları ile de ilgilenmelidir⁴².

Yasaların genel olarak insanlık onurunu korumayacağına dair ifadeleri Kötülüğün Sırdanlığı'nda yer almaktadır. Yasal olanın insanlığa uymayacağına dair kanılar eylemin niteliğinde bellidir. Ancak toplumsala olan bağlılık arttıkça ahlaki normların ve insanlık duyarlılıklarının kolayca göz ardı edildiği Eichman'ın şahsında görülür. Kitleselleşen ve kitle onayı alan eylemlerin ahlaki tarafının sorgulanmaması esasında faili de mağdurlaştırmaktadır. Eichmann, yaptığıının bilincinde bir kötülük tanrısı değildir. Sürüklenmiştir. Eichmann da Kant'ın ahlak kurallarını şiar edindiğini ve hayatını buna göre düzenlediğini defaatle tekrar etmiştir. İyi bir vatandaş olarak yasalara uymuştur⁴³. Arendt, burada Eichman'ı savunmayı amaçlamamakta, modern dünyada iktidar araçlarının kitlesel onayı harekete geçirmesi ile oluşan değer belirsizliğinin ahlaki eyleme hususunda bireye yüklenen ödevin yerine getirilmesini zorlaştırdığını vurgular. Değerlerin yerel ve özneliğini değil küresel ve toplumsal yönleri vurgulanmalıdır. Bunun için insanın değil, insanlığın bir parçası olarak insanın inşası gerekir.

2. Jean Paul Sartre ve Uluslararası Sistemin Eleştirisi

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan onurunun korunması hem uluslararası sistemin hem de anayasal düzenlerin temel normatif amacı hâline gelmiştir. Bununla birlikte, yoğun insan hakları ihlallerinin sürmesi, bu hedefin pratikte tam olarak gerçekleştirilemediğini göstermektedir. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde siyahlara ve sosyalistlere yönelen kötü muamele, liberal hak anlayışının kurumsal düzeyde yeterince içselleştirilemediğini ve siyasi iktidarın bireylerin hak ve özgürlüklerine yönelik keyfî müdahalelerden vazgeçmediğini ortaya koymaktadır. Dahası, Müslümanlara ve siyahlara karşı uygulanan ayrımcılığın devlet eliyle sistematik şiddete dönüşmesi ve bunun önlenememesi, insan onuru kavramının uluslararası sistem tarafından korunabileceğine dair beklentileri derin biçimde sarsmıştır.

⁴² ISAAC, s. 66 v.d.

⁴³ ARENDT, Hannah, Kötülüğün Sırdanlığı, (Çev. Özge Çelik), Metis Yayınları, İkinci Baskı, 2012, s. 143.

Bir diğer önemli mesele, ABD'nin Vietnam'da gerçekleştirdiği operasyonlardaki hak ihlalleridir. İnsanlık suçlarının en vahşileri arasında soykırım ve işkence yer alır. Amerikan operasyonları sırasında insanlar acımasızca katledilmiş, sivil ve asker ayrımı gözetilmeksizin kötü muamelelere ve kitlesel kıyımlara maruz kalmıştır. Bu durumu önlemeye yönelik uluslararası girişimler ise başarısız olmuştur. Bunun üzerine filozoflar, insanlığın onurunu savunmak amacıyla temsili bir mahkeme kurmuş ve Amerika'nın Vietnam'daki suçlarını inceleyerek ülkeyi soykırımdan suçlu ilan etmiştir⁴⁴.

Uluslararası sistemin insan onurunu korumak adına kurduğu müesseseler emperyalistlerin güçlerini kötüye kullanmalarını engellemektedir. Bu durumda insanlık fikrinin hayata geçebilmesi için Arendt'in çağrısına kulak vermek ve her bireyin haklara sahip olması gerekliliğini kabul etmek gerekir. Oysa Nietzsche'nin ifadesiyle ahlaki ifadelerde bulunanların estetik kaygılar taşıması sebebiyle gözden uzak coğrafyalarda yaşayan insanların hakları ve uğradıkları kötü muamelelerin önlenemediği görülmüştür.

Sartre, insanlık değerlerine karşı sorgulamayı erken dönem eserlerinden itibaren yapar. Esasında Varlık ve Hiçlik, ontolojik olarak var olan bireyin özgürlük cihetinden felsefi analizidir. Bulantı ve Tuhaf Savaşın Güncesi'nde benzer şekilde onur ve yaşam arasındaki bağa dair pek çok açıklama bulunabilir. Bununla birlikte Sartre'ın İkinci Dünya Savaşı sonrası politik atmosferde siyasi kampların ve savaşların içerisinde yer alması, onu kendisinden önceki düşüncülerden ayırır. Özellikle Avrupa'da olan gelişmelere değil, dünya genelinde emperyalizmle mücadele, özgürlük, bağımsızlık ve eşitlikle ilgili meselelere ilgisi 20'nci yüzyılı Sartre paranteze alarak incelenmesini imkânsız kılar.

Sartre, politik cephelerinden en sertini Russell Mahkemesi'ni⁴⁵ yönetirken ABD'ye karşı mücadelesinde yaşamıştır. Mücadelenin genel vechesine değinmek başka çalışmaların konusu olsa da özellikle Soykırım Üzerine adlı çalışma-

⁴⁴ ZUNİNO, Marcos, Russell Trubinal, Max Planck Encyclopedias of International Law, Son güncelleme tarihi: Nisan 2019, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3205.013.3205/law-mpeipro-e3205>, Erişim Tarihi: 10/7/2025.

⁴⁵ Mahkeme, Bertnard Russell tarafından kurulmuş, bununla birlikte Sartre tarafından yönetilmiştir. Russell, mahkemenin kuruluş aşamasında Amerikan Başkanı Johnson'a yazdığı mektupta niyetimi şöyle açıklar; "Bir süredir hazırlıkları devam eden Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesi ile ilgili olarak yazıyorum. Bu mahkeme, Amerika Birleşik Devletleri hükümetinin Vietnam'da yürüttüğü savaşla ilgilidir. Yaşayan hafızalarda, sadece Nazilerin, sizin yönetiminizin Vietnam halkına karşı yürüttüğü savaşın vahşetini aştığı söylenebilir ve bu savaş, insanlığın büyük çoğunluğu tarafından nefret ve kınama ile karşılanması nedeniyle, tüm dünyada resmi bir uluslararası mahkemenin tüm delilleri dinlemesi yönünde talepler dile getirilmektedir." TORELL, David, Remember the Russell Tribunal?, içinde; Cultural Memories of Nonviolent Struggles Powerful Times (Ed. Anna Reading Tamar Katriel), ss. 111-128, s. 112.

sı insan ve insanın onuru bağlamında önemli bir metindir. Amerika'nın Vietnam'da yaptıkları işkence ve soykırım bağlamında ele alan Sartre, Hitler'in Yahudileri Yahudi oldukları için öldürdüklerine benzer şekilde Amerikalıların Vietnamlıları Vietnamlı oldukları için öldürdüğünü belirtmektedir⁴⁶. Böyle bir vahşetin her gün insanlık önünde yaşanmasını kınayan Sartre, insanlığın Vietnamlılara yapılanları önlememesi durumunda sıradaki hedefin kendileri olacakları konusunda uyarır⁴⁷.

C. Yol Gösterici Bir Kavram Olarak İnsan Onuru

İnsan onuru kavramının demokratik yönetimler açısından taşıdığı önem üzerine tartışmalar halen sürmektedir. Bazı düşünürler, kavramın içeriğindeki belirsizlik nedeniyle yol gösterici olma ve meşrulaştırma işlevlerinde sorunlar bulunduğunu ileri sürmektedir. Buna karşılık, kavramın demokrasiler için vazgeçilmez bir ilke olduğunu savunanlar da mevcuttur ve bu görüş güçlü argümanlarla temellendirilmektedir. Bu yaklaşımı benimseyen düşünürlerin başında Jürgen Habermas gelmektedir.

1. İnsan Onuru Kavramının Belirsizliği ve Gerekliliği

Neumann, insan onuru kavramının belirsizliğinden bahsetmektedir. Ona göre insan onurunun belirsizliği, niteliği ve anlamı hususundaki farklı nitelendirmelerden kaynaklanmaktadır. Öyle ki; insan onuru kavramının insanın bir niteliğini mi yoksa normatif önermeyi mi ifade ettiği, tek tek insanlara mı yoksa insan türüne mi ait olduğu, anayasa kapsamında temel bir hak mı yoksa hukuki bir objektif ilke mi olduğu hususları tartışmalıdır⁴⁸.

Metafizik bir kavram olarak insan onurunun taşıdığı belirsizlik, özellikle Hristiyanlıktan aldığı mirastan kaynaklanır. Hristiyanlığın insan onuru ve insan

⁴⁶ SARTRE, Jean Paul, On genocide, New Left Review, 1968, 48/1, <https://newleftreview-org.uaccess.univie.ac.at/issues/i48/articles/jean-paul-sartre-genocide> (Erişim Tarihi: 12/7/2025).

⁴⁷ SARTRE, a.g.e., <https://newleftreview-org.uaccess.univie.ac.at/issues/i48/articles/jean-paul-sartre-genocide> Biz işte Sartre'in oluşmaması için uyardığı insanlık durumunda yaşıyoruz. Gözümüzün önünde çocuktan yaşlıya insanlar ölüyor, biz izliyoruz. Demek ki aslında biz de öldük. Bizim de insanlığımızı öldürdüler. Örneğin BM uzmanları, devletleri defalarca bir seçim yapma konusunda uyardı; ya soykırımı önleyecekler ya da Gazze'de tüm hayatların sona ermesine seyirci kalacaklar. Bu makale yazıldığı sırada hala birinci seçenek için ciddi bir girişim yapılmamıştı. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2025/05/end-unfolding-genocide-or-watch-it-end-life-gaza-un-experts-say-states-face>, Erişim Tarihi: 12/7/2025.

⁴⁸ NEUMANN, Ulfrid, Das Rechtsprinzip der Menschenwürde als Schutz elementarer menschlicher Bedürfnisse. Versuch einer Eingrenzung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Y. 2017, C. 103, S. 3, ss. 287-303, s. 287.

kavramına yaklaşımı hususundaki belirsizlik Alman Anayasası'ndaki insan onuru kavramının farklı anlaşılmasına sebebiyet vermektedir⁴⁹.

İnsan onuruna ilişkin bir diğer gerekçelendirme biçimi, kavramın antropolojik bir bakış açısıyla ele alınmasıdır. İnsanın aklıyla eyleyebilmesi, metafizik bir nitelik taşımaktan ziyade, toplumsal ilişkiler içinde deneyimlenebilir bir olgudur. İnsan onurunun objektif bir içerik kazanabilmesi için, ideolojik ve dini belirlemelerden arındırılarak, insanın gerçek ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir zeminde konumlandırılması gerekmektedir. Günlük yaşamda insan onurunun ihlali; hakarete maruz bırakma, kişisel kimliğin göz ardı edilmesi ve bireyleri elverişsiz koşullarda yaşamaya zorlamak gibi şekillerde karşımıza çıkmaktadır⁵⁰.

İnsan onurunun hayata geçirilebilmesi için ideolojik ve dini belirlemelerden kurtulması gerekir. Karşılıklı ilişkinin kurulabilmesi toplum olmanın bir koşuludur, karşılıklı olarak tanınma ve ilişki içinde olma halinin gerekleri insan onurunun kabul edilmesi ile mümkündür. O halde der Neumann, insan onuru objektif bir kural değil subjektif bir haktır. Bunun yanı sıra objektif bir ilke olarak görülmesi hak olmamasını gerektirmez⁵¹.

Diğer taraftan, insan onuru kavramının insan ihtiyaçlarını karşılaması gerekir. İnsan ihtiyaçlarını karşılarken, insan onuru kavramının insanın bağımsız bir varlık olmasını ve kendi kaderini belirleme hakkını sınırlandırmaması gerekir. Buradan hareketle Neumann, yardımcı intihara insan onuru kavramından hareketle karşı çıkılmasını tartışır⁵².

İnsan onuru kavramının Hristiyan ve Stoik temelleri olduğu doğrudur. Bunun yanı sıra Kant'ın temellendirmesi, insan onurunu seküler bir temele yaklaştırır. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda dini belirlemelerden ziyade seküler atıflarla kavramların izahı gerektiği için geleneksel metafizik ve Hristiyanlık argümanları geçerliliğini yitirmiştir.

Bu itibarla insan onuru kavramının dayanağı ile liberal anayasacılığın temelleri çelişmektedir. Almanya'dan örnek veren Heper, Almanya'da Protestan ve Katolik mezheplerine mensup olarak Hristiyanların yaşadığını, bunun yanı sıra 10.7 milyon Alman kökenli olmayan kişinin toplumda var olduğunu belirte-

⁴⁹ NEUMANN, s. 290.

⁵⁰ NEUMANN, s. 293-295.

⁵¹ NEUMANN, s. 299-300.

⁵² NEUMANN, s. 301.

rek anayasal düzenin herhangi bir dini görüşün karşısında veya yanında olması gerektiğinin altını çizmektedir⁵³.

Heper, terime karşı çıkanların temel argümanının terimin muğlaklığı olduğunu dile getirir. Öyle ki insan onuru, filozoflar, hukukçular ve teologlarca farklı biçimde yorumlanmaktadır. Terimin korunması gerektiğini savunanlar ise hukuki, felsefi ve teolojik olarak insan onuru kavramının bir anlam kazandığını, İbrahimi dinlerin kavramı kabul ettiğini ve uluslararası alanda saygı gördüğünü dile getirmektedir⁵⁴.

2. Jürgen Habermas

11 Eylül saldırıları sonrası devletlerin güvenlik konseptlerinde değişiklikler meydana gelmiştir. Özellikle hava yolu taşımacılığındaki denetimler artırılmış, insanların hareketlerini gözetleyebilecek sistemlerin etkisi ve kapsamı genişletilmiştir. Kamu güvenliğinin sağlanması adına iletişimlerin denetlenmesi, kolluk faaliyetlerinin ve izlemelerinin artırılması, kamusal alanlardaki kısıtlamaların çoğalması günlük hayatın bir parçası haline gelmiştir. Bunun yanı sıra büyük güçlerin küresel teröre destek verildiğini iddia ettiği coğrafyalarda icra edilen operasyonlar, sivil insan hakları örgütleri tarafından incelenerek pek çok hak ihlali raporlanmış, ancak bunların hemen hiçbirinde uluslararası örgütler tarafından bir soruşturma yapılmamıştır.

Almanya, 11 Eylül saldırıları sonrası devlet yetkilerini artıracak düzenlemeler yapmıştır. Bunlardan birisi, sivil bir hava taşıtının yerleşim yerine saldırı mahiyetinde hareket ettiği tespit edildiğinde hava kuvvetlerine bu aracı hedefi vurmadan imha etme yetkisinin verilmesidir. Bu düzenleme kamuoyunda pek çok tartışma yaratmış, ayrıca anayasaya aykırılığı sebebiyle anayasa mahkemesi önüne taşınmıştır. Mahkeme, Kantçı perspektifle, uçakta bulunan yolcuların kendileri ve aileleri için iyi eylemde bulunma imkanlarının devlet tarafından bir tehlike olması sebebiyle tek taraflı olarak ellerinden alınamayacağını belirtmiş, düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁵.

Habermas, bu kararın analizi ile insan onuru hakkındaki makalesine başlar. İnsan onuru kavramının İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman Anayasası'na dahil

⁵³ HEPER, Altan, Menschenwürde ohne Metaphysik ist möglich, içinde Menschenwürde Ohne Metaphysik (Ed. Ulfrid Neumann, Paul Tiedemann, Shing-I Liu), Franz Steiner Verlag, 2021, ss. 89-98, s. 92-93.

⁵⁴ HEPER, s. 94.

⁵⁵ [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-011.html#:~:text=3%20Luftsicherheitsgesetz%20\(LuftSiG\)%2C%20der,Urteil%20vom%2015.%20Februar%202006.\(Erişim Tarih: 12/7/2025\).](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-011.html#:~:text=3%20Luftsicherheitsgesetz%20(LuftSiG)%2C%20der,Urteil%20vom%2015.%20Februar%202006.(Erişim Tarih: 12/7/2025).)

edilmesinin sebebini yaşanan kötü olayların telafisi olarak yorumlar⁵⁶. Bundan önce 1849 Alman Anayasası'nın 139'uncu maddesinde insan onuru kavramı geçmiş, bununla birlikte söz konusu Anayasa hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir⁵⁷. İnsan onuru, Habermas'a göre diğer hakların bu kavramın anlamından doğan yol gösterici bir kavramdır. Bu anlamda, uluslararası ve ulusal sistemlerde insan haklarının inşası için çok önemli bir rol üstlenmiştir.

İnsan onuru kavramı, hak kategorilerinin işlevsel olarak sıralandığı belgelere nazaran, hakların bölünmezliği ilkesinin tatbiki ve benimsenmesi açısından oldukça önemlidir⁵⁸. Diğer taraftan hakların yanı sıra, yargı organlarının işlevselliği sayesinde her bireyin haklardan eşit yararlanması prensibinin yerleşmesinde insan onuru kavramının önemli bir yeri bulunmaktadır. İnsanlar, onurlu varlıklar olarak insan haklarından yararlanma hususunda eşit imkanlara sahip olmaları gerektiğini iddia edebilirler⁵⁹.

Habermas, insan onuru ile demokrasi arasında güçlü bir bağ kurar. İnsan onurunun kurucu kavram olarak merkezde yer almasında demokrasinin önemli bir rolü vardır. Zira insanlar, insan onurunun yerleşebilmesi için kendi eylemlerinin sebeplerini oluşturabilmelidir. Bunun için insanların hakları korunmalı, insanlar eşit vatandaşlık statüsünde yasa yapımına ve politika belirlenimine katılabilmelidir⁶⁰. Diğer taraftan insan onuru kavramının Antik Dünya ve Hristiyanlık kökenlerinden kurtulabilmesi için, herkesin birbirine saygı duyduğu ve eşitliği diğeri için önemseydiği bir dünyanın inşası gereklidir. Değilse, insan onuru belirli şartlar ve inançlarla kavranarak izah edilir, bu durumda eşitlik ve demokrasi yerine tiranlık ve otoriterlik ortaya çıkar. Herkesin eşit haklara ve eşit muamelelere hakkı olduğunun kabulü ancak demokratik hak rejiminin tesisi ile mümkündür. Ayrıca, insan onurunun korunmasına dair ahlaki bir yükümlülüğün, modern hukuk ilkeleriyle benimsenerek hukuki yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Bu doğrultuda insan onurunun korunması, artık yalnızca bir dini vecibe ya da ahlaki bir kod değil, yaptırıma bağlanmış bir hukuk normu niteliği kazanmıştır. Habermas'a göre, insan haklarının korunması ancak zaman ve mekânla sınırlı yasal bir zeminde, belirli anayasal güvenceler ve eşit vatandaşlık temelinde mümkün olabilir. Habermas, Kant'ın insan onuru anlayışını ise, mad-

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen, The Concept Of Human Dignity And The Realistic Utopia Of Human Rights, *Metaphilosophy Review*, Vol. 41, No. 4, July 2010, ss. 464-480, s. 465.

⁵⁷ HABERMAS, s. 466.

⁵⁸ HABERMAS, s. 468.

⁵⁹ HABERMAS, s. 469.

⁶⁰ HABERMAS, s. 470.

di koşulları dikkate almadığı ve fazla idealize edilmiş bir tasavvur sunduğu gerekçesiyle eleştirir⁶¹.

Bunun yanı sıra, Habermas, emperyalist güçlerin insan hakları ve insan onuru kavramlarını bahane ederek bazı devletlere haksız müdahalelerini örtmek için kullandıklarında kavramların özüne ve taşıdığı değerlere zarar vereceği hususunda uyarır. Burada bahsedilen makale, Habermas'ın eski tarihli bir çalışmasıdır. Ancak Habermas, Ekim 2023'ten sonra Gazze'de yaşananları değerlendirdiği yazısında insan onuru ve demokrasi prensiplerine dair düşüncelerini bir kenara bırakarak İsrail'in Gazze'deki insanlık suçlarını görmezden gelmiştir⁶².

SONUÇ

İnsan onuru kavramı, Aydınlanma düşüncesiyle ortaya çıkmış olmakla birlikte, doğal hakları temellendirmek amacıyla hazırlanan anayasal belgelerde lafzen yer almamıştır. Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasında, uluslararası anlaşmaların ve insan hakları sözleşmelerinin temel kavramı hâline gelmiş; ayrıca Almanya'nın 1948 Bonn Anayasası'nın birinci maddesinde açıkça zikredilmiştir. Akademide ve yargı organlarında kavramın içeriğine ilişkin pek çok metin üretilmiş olması ise, insan onuru kavramının anlamının belirsizleşmesine yol açmıştır. Bu çalışmada, insan onuru kavramına getirilen temel eleştiriler ve tartışma başlıkları ele alınmıştır. İnsan onuru kavramının yalnızca birey üzerinden ele alınması ve bireyin sosyalliğinin göz ardı edilmesi, iktisadi ve siyasi yapıların insan üzerindeki etkilerinin ihmal edilmesine yol açmaktadır. Bu durum, insan onurunun temelini oluşturan, bireyin yapabilme kapasitesinin ortaya çıkabileceği özgürlük alanına dair argümanların zayıf kalmasına neden olmaktadır. Öte yandan, insan onuru kavramının uluslararası hukuk alanındaki etkisi inkar edilemez olsa da, emperyal güçlerin insan haklarını ihlal eden eylemlerinin önlenmesinde uluslararası kurumların gerekçelerinde yeterince yer bulmadığı görülmektedir. Bu çerçevede, uluslararası barışın ve insan haklarının korunması açısından Arendt'in "haklara sahip olma hakkı" değerlendirmelerinin yeniden hatırlanması ve böylece insan onurunun somutlaşmasının sağlanması önemlidir. Ayrıca, insan onuru kavramının demokrasi ile olan yakın ilişkisi de göz ardı edilmemelidir. Demokratikleşme yolunda ilerleyen toplumlar, insan onuru kavramı üzerinde düşünmeli ve bunu anayasal ile yasal belgelerine işle-

⁶¹ HABERMAS, s. 475.

⁶² <https://www.berliner-zeitung.de/kultur-vergnuegen/debatte/nahost-juergen-habermas-krieg-in-gaza-prinzipiell-gerechtfertigt-philosoph-nimmt-stellung-zu-israel-li.2158826> (Erişim Tarihi: 10/7/2025).

yerek ortak bir temayül oluşturmalıdır. Her ne kadar uluslararası toplum ve entelektüeller, Gazze’de yaşanan insanlık suçlarını önlemede, Saraybosna, Çeçenistan ve Doğu Türkistan örneklerinde olduğu gibi, çoğu zaman başarısız olsalar da, insan onuru kavramının demokratik yönetim altında yaşayan bireyler için önemi yadsınamaz. Sonuç olarak, insan onuru kavramı, belirsiz içeriğine rağmen, uluslararası sistemin eleştirisinde, demokratik hakların korunmasında ve hukukun yönünün belirlenmesinde kilit rolünü korumaktadır. Dahası, insan onuru kavramının net bir anlama sahip olmaması, onun gücünü azaltmamakta, aksine artırmaktadır. İnsanlığın tabiat, teknoloji ve devletle ilişkilerinin değişmesiyle birlikte, kavram yeniden tanımlanmakta, belirli olgulara işaret etmekte, bazı değerleri vazgeçilmez kılmakta ve insanın varoluşsal değerinin korunmasında hem ulusal hukuk sistemlerinde hem de uluslararası hukukta rehberlik işlevini sürdürmektedir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AHNERT, Thomas, The Metaphysics of Moral Entities, içinde “The Cambridge Companion to Pufendorf”, (Ed. Knud Haakonssen and Ian Hunter), Cambridge University Press, 2022, ss. 90-108.
- ANLAUF, Lena, Hannah Arendt und das Recht, Rechte zu haben, Menschen Rechts Magazin Heft 3/2007, ss. 299-304.
- ARENDT, Hannah, Kötülüğün Sıradanlığı, (Çev. Özge Çelik), Metis Yayınları, İkinci Baskı, 2012, s. 143.
- ARENDT, Hannah, Totalitarizmin Kaynakları Emperyalizm, (Çev. Bahadır Sina Şener), İletişim Yayınları, 2014, s. 304.
- BACON, Francis, Novum Organum Tabiatın Yorumu ve İnsan Alemi Üzerine Özlü Sözler, (Çev. Sema Önal), Say Yayınları, 2012.
- BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, 5. Baskı, (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2015.
- BECCHI, Paolo, Das Prinzip Menschenwürde- eine Einführung, Duncker und Humblot, 2013, s. 22.
- BERQUIST, Richard, From Human Dignity to Natural Law An Introduction, The Catholic University of America Press, 2019.
- BLOCH, Ernst, Natural Law and Human Dignity, (Trans. Dennis J. Schmidt), MIT Press, 1986.
- DEĞİRMENCİ, Rıdvan, Hukuk Felsefesinde Kölelik, On İki Levha Yayınları, 2025.
- HABERMAS, Jürgen, The Concept Of Human Dignity And The Realistic Utopia Of Human Rights, Metaphilosophy Review, Vol. 41, No. 4, July 2010, ss. 464-480, s. 465.
- HEPER, Altan, Menschenwürde ohne Metaphysik ist möglich, içinde Menschenwürde Ohne Metaphysik (Ed. Ulfrid Neumann, Paul Tiedemann, Shing-I Liu), Franz Steiner Verlag, 2021, ss. 89-98.
- HOMEROS, Odysseia, (Çev. Azra Erhat- A. Kadir), Türkiye İş Bankası Yayınları, 2014.

- ISAAC, Jeffrey C., A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights, *The American Political Science Review*, Y. 1996, C. 90, S. 1., ss. 61-73.
- KANT, Immanuel, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev. Ionna Kuçuradi), TFK Yayınları, 2002.
- KATEB, George, *Human Dignity*, The Harvard University Press, 2011.
- LE MOLI, Ginevra, *Human Dignity in International Law*, Cambridge University Press, 2021.
- LUHMANN, Niklas, *Die moral der Gesellschaft*, Suhrkamp, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Zweite Auflage, Duncker und Humblot, 1974.
- MIRANDELO, Pico Della, *İnsanın Değeri Üzerine Söylev ya da Rönesans Manifestosu*, (Çev. Levent Özşar), Biblos Yayınları, İstanbul, 2006.
- NEUMANN, Ulfrid, Das Rechtsprinzip der Menschenwürde als Schutz elementarer menschlicher Bedürfnisse. Versuch einer Eingrenzung, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Y. 2017, C. 103, S. 3, ss. 287-303.
- RILEY Stpehnen, *Human Dignity and Law, Legal and Philosophical Investigations*, Routledge, 2018.
- SARTRE, Jean Paul, On genocide, *New Left Review*, 1968, 48/1, <https://newleftreview-org.uaccess.univie.ac.at/issues/i48/articles/jean-paul-sartre-genocide>.
- UMBRELLO, Steven and O'HARA, Paul. 2025. Human Dignity in the Digital Age. *Journal of Ethics and Emerging Technologies* 35: 1. <https://jeet.ieet.org/index.php/home>, Erişim Tarihi: 12/7/2025.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar, *Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant*, Mentis, 2009.
- ZUNİNO, Marcos, Russell Trubinal, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Son güncelleme tarihi: Nisan 2019, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3205.013.3205/law-mpeipro-e3205>, Erişim Tarihi: 10/7/2025.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi Çerçevesinde Kadın Hakları Tartışmaları^(*)

Debates on Women's Rights within the Framework of the Ottoman Law of Family Rights

Hamza AKBULUT^(**)

Öz:

Bu makale, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin (HAK) Osmanlı toplumundaki kadın hakları bağlamında değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Kararname, Osmanlı'da aile hukuku alanında modern ve kapsamlı **ilk** düzenleme olarak öne çıkmaktadır. HAK, evlilik ve boşanma süreçlerinde geleneksel şer'i hükümler ile modern ihtiyaçlar arasında denge kurmayı hedeflemiş, kadınların haklarını güçlendirecek yenilikler getirmiştir. Bu yenilikler arasında evlilik yaşı sınırlaması, çocuk evliliklerinin önlenmesi, çok eşliliğin belirli koşullara bağlanması, kadının boşanma ve tefrik talebinde bulunabilme hakkı ile nikâhın resmî bir denetim mekanizmasına bağlanması sayılabilir. Sadreddin Efendi ve Ahmed Şirânî gibi dönemin önde gelen âlimleri, Kararnâme'nin bazı maddelerini şer'i hükümlerle ve toplumsal maslahata aykırı bulmuş; özellikle evlilik yaşı, küçüklerin evlendirilmesi, sarhoşun boşaması ve ikrah altında yapılan boşamalar konusundaki düzenlemelere eleştiriler getirmişlerdir. Sadreddin Efendi, kadınların iradesine, mehir haklarına ve evlilikte velilerin rolüne vurgu yaparak, HAK'ın bazı maddelerinin uygulanabilirliğini sorgulamış; halkın geleneksel örf ve âdetleriyle uyumlu çözümler önermiştir. Kararname, yürürlükte kaldığı kısa süre boyunca sosyal ve siyasi koşullar nedeniyle sınırlı bir uygulama alanı bulmuş, büyük şehirlerdeki sınırlı sayıda kadın dışında halkın çoğunluğu bu haklardan haberdar olamamıştır. Bununla birlikte, HAK, Türk Medeni Hukuku'nun oluşum sürecinde ve diğer Müslüman ülkelerdeki hukuk düzenlemelerinde etkili olmuş; kadın hakları ve aile hukuku alanında önemli bir kaynak işlevi görmüştür. Sonuç olarak, HAK, Osmanlı'da modern hukuk reformları ve kadın hakları tartışmalarının tarihî bir belgesi olarak değerlendirilebilir. Kararnâme, eksikliklerine rağmen, İslam hukuku çerçevesinde kadın haklarını güvence altına alma çabalarının ve modern hukuki düzenleme arayışlarının öncüsü niteliğindedir.

(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.12.2024
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 03.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1597920

Bu makaleye atf için: AKBULUT, Hamza, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi Çerçevesinde Kadın Hakları Tartışmaları", **İMİHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 885-924

(**) *Doktora öğrencisi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, İstanbul - Türkiye
E-posta: avukathakbulut@gmail.com
Orcid: 0009-0009-2333-8884

Anahtar Kelimeler:

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı İmparatorluğu, Kadın Hakları, Aile Hukuku, Sadreddin Efendi, Evlilik.

Abstract:

This article aims to evaluate the 1917 Ottoman Family Law Decree (Hukuk-ı Aile Kararnamesi, HAK) in the context of women's rights in Ottoman society. The decree stands out as a modern and comprehensive regulation in the field of family law in the Ottoman Empire. HAK sought to balance traditional Sharia provisions with modern needs in marriage and divorce processes, introducing innovations to strengthen women's rights. These innovations include the regulation of marriage age, prevention of child marriages, conditional polygamy, the right of women to request divorce and separation (tefrîk), and the establishment of an official supervisory mechanism for marriage. Prominent scholars of the period, such as Sadreddin Efendi and Ahmed Şirânî, criticized certain provisions of the decree as being inconsistent with Sharia and social welfare, particularly regarding marriage age, child marriages, divorce during intoxication, and divorce under coercion. Sadreddin Efendi emphasized women's consent, their rights to mahr, and the role of guardians in marriage, questioning the applicability of some HAK provisions and proposing solutions compatible with traditional customs and social norms. Although the decree had a limited practical impact during its brief period of enforcement, and most women-except a small number of literate urban women-were largely unaware of these rights, HAK influenced the development of Turkish Civil Code and served as an important reference in family law legislation in other Muslim countries. In conclusion, HAK can be regarded as a historical document reflecting modern legal reforms and debates on women's rights in the Ottoman Empire. Despite its shortcomings, the decree represents a pioneering effort to secure women's rights within the framework of Islamic law and to advance modern legal regulation.

Keywords:

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Ottoman Empire, Women's Rights, Family Law, Sadreddin Efendi, Marriage.

Extended Summary:

This article evaluates the 1917 Ottoman Family Law Decree (Hukuk-ı Aile Kararnamesi, HAK) in the context of women's rights in Ottoman society. The decree represents a modern and comprehensive legislative initiative in the domain of family law within the Ottoman Empire. HAK aimed to reconcile traditional Sharia provisions with emerging social and legal needs, particularly in the areas of marriage and divorce. To this end, it introduced several measures designed to strengthen the legal position of women. Among these measures were the regulation of marriage age to prevent child marriages, restrictions on polygamy under specific conditions, the provision granting women the right to request divorce and legal separation (tefrîk), and the establishment of an official supervisory and registration mechanism for marriage contracts. Prominent religious scholars and jurists of the period, including Sadreddin Efendi and Ahmed Şirânî, critically evaluated various provisions of the decree, arguing that certain regulations conflicted with Sharia principles and the social welfare of the population. Sadreddin Efendi, in particular, highlighted issues concerning marriage age, the permissibility of child marriages, divorce conducted under intoxication, and divorce under coercion. He emphasized the importance of women's consent, the protection of their mahr (dower) rights, and the role of guardians in marriage arrangements. He questioned the practical applicability of certain HAK provisions and proposed alternative approaches that would align with traditional customs, social norms, and established Sharia principles. Ahmed Şirânî also expressed concerns regarding the potential mismatch between official institutional procedures for marriage registration and the social and moral realities of women in Ottoman society. Although the decree was in force for only a short period and its practical application was limited, particularly due to the lack of awareness among

most women outside a small number of literate urban populations, HAK nonetheless left a lasting impact. It influenced the formation of the Turkish Civil Code and served as a key reference in the drafting of family law legislation in other Muslim-majority countries. HAK reflects an effort to modernize legal structures while remaining grounded in the framework of Islamic law. In conclusion, the 1917 Family Law Decree can be seen as a significant historical document that embodies the Ottoman Empire's early attempts to integrate modern legal reforms with Sharia principles in the protection and advancement of women's rights. Despite its limitations and the challenges of enforcement, HAK represents a pioneering step in securing legal recognition for women and advancing a modern regulatory framework within the context of Ottoman family law.

GİRİŞ

Tanzimat Fermanıyla hızlanan toplumsal değişmelerle hukuk düzeni arasındaki gelişmeler paralel bir seyir takip etmiştir. Değişen toplumun ihtiyaçlarına göre ilk kodifikasyon uygulaması olan Mecelleden yaklaşık 40 yıl sonra 1917 yılında yürürlüğe giren ve çeşitli yönleriyle Türk hukuk tarihinde önemli bir dönemeci ifade eden Hukuk-ı Aile Kararnamesi (HAK veya Kararname olarak kısaltılacaktır.) de bu toplumsal değişimin yol açtığı hukuki ihtiyaçların bir tezahürüdür. Aile ve kadın etrafındaki birçok meselenin ele alındığı Kararname, sadece bir hukuk metni olarak değil İkinci Meşrutiyetin çok sesli fikir ortamında yol açtığı tartışmalar bakımından da Türk fikir tarihinde kalıcı izler bırakmıştır. Kararnamenin kendi zamanıyla da sınırlı kalmayan etki ve yansımaları bilhassa günümüzde bir çok araştırmannın konusu olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Biz de bu makalede HAK'ta yer alan kadının aile hukuku kapsamındaki hak ve sorumluluklarıyla ilgili maddeler ve bu maddeler etrafında cereyan eden tartışmalar ele alınacaktır.

Makalemizde fikri bir zemin teşkil etmek üzere önce geçmişten günümüze farklı toplumlardaki kadın algısı ve hukuki statüsü özetlenecek, arkasından Osmanlı toplumunda kadınla ilgili gelişmeler, tartışmalar ve bu tartışmaların HAK öncesi ve sonrasına yansımaları genişçe ele alınacaktır. Bu suretle bir hukuk metninin toplumun sosyal ve fikri gelişmesiyle karşılıklı ve çift yönlü etkileşimi ortaya konacaktır.

I. İNSANLIK TARİHİNDE KADININ TOPLUMSAL VE HUKUKİ STATÜSÜ HAKKINDA KISA BİR ÖZET

Toplumdan topluma değişiklikler göstermekle birlikte insanlık tarihinde kadının sosyal ve hukuki statü bakımından erkeğe göre daha geride olduğu görülür. Ancak bu durum bilhassa 19. yüzyılda Batıda yükselen bir dalga haline gelen kadın hareketleriyle yavaş yavaş değişmiş ve günümüzdeki noktaya varmıştır.

19. Yüzyılda başlayan anayasal hareketler sonucu ülkeler hak ve özgürlükleri yasal güvence altına almaya yönelik girişimleri yoğunlaştırmış, bu doğrultuda olmak üzere kadın haklarının kapsam ve niteliği de anayasalar ve yasalarda yerini almaya başlamıştır. Bu sürecin doğal sonucu olarak her toplum, yasa ve anayasalarını kendi kültür ve medeniyet kodlarına göre şekillendirmiştir. Özellikle Batı Avrupa merkezli toplumlarda kadın haklarının evrimi gözle görülür ve kesin bir ilerleme kaydetmiştir. Bir mukayese unsuru olması açısından modern

zamanlara kadar kadının farklı toplumlardaki sosyal ve hukuki statüsüne kısaca bir göz atmakta yarar görülmüştür.

Bilinen ilk hukuki metin olan Hammurabi Kanunlarından beri kadının bir eş ve anne olarak yeri, konumu ve yükümlülükleri birçok hukuk metninin konusu olmuştur. Hammurabi Kanunlarında kadının mülkiyet, miras ve ihmal durumundaki hakları ele alınmakta, ikinci eşe hangi durumlarda rıza göstereceği¹ ve boşanma durumunda hangi hakları elde edeceği² belirtilmektedir. Asur ve Hitit dönemi metinlerinde de ticaret yapma, evlenme³, boşanma ve mal bölüşümü gibi hususlarda erkekle kadın arasında nisbi bir eşitlik olduğu görülmüştür⁴. Bunun bir yansıması olarak Hititlere ait Kadeş Antlaşması'nda kral ve kraliçenin her ikisinin de mührü bulunmaktadır⁵.

Yukarıdaki örnekler mukabil Eski Yunan ve Romada kadınların konumu çok gerilerde olduğu görülmüştür. Bilhassa tam anlamıyla erkek egemen bir anlayışta olan Roma'da kadınların kamusal alanda ve ailede hiçbir hakkı bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle Roma hukukunda, evlilikle birlikte kocasının hâkimiyeti altına giren kadın, tıpkı gölgesini yitiren bir varlık gibi, hukuk ve fiil ehliyetinden mahrum bırakılırdı. Ancak, aile içindeki düzen ve toplumsal hayatın ritmi söz konusu olduğunda tablo değişirdi. Kadın, dört duvar arasına hapsedilmiş bir figür değil,

¹ Md. 148: “Bir adam bir kadın alır da kadın hastalığa yakalanırsa ve adam ikinci bir kadın almak isterse hastalığa yakalanan karısını boşayamaz; bunun yerine onu inşa ettiği bir eve yerleştirir ve yaşadığı süreçte ona yardım eder.” (Martha, T. Roth, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Atlanta, 1995, s.109).

² Md. 137: “Bir adam kendisine bir çocuk veren karısından ya da kendisine bir çocuk veren kadından ayrılmak isterse, o zaman karısına çeyizini geri verir ve çocuklarına baksın diye tarlanın, bahçenin ve malların bir kısmının kullanım hakkını verir. Çocuklarını büyüttüğü zaman çocuklara verilenlerden bir parça, oğlaninkine eşit olan bir parça da ona verilir. Ondan sonra kalbinin erkeği ile evlenebilir.” Md. 138: “Bir adam kendisine çocuk vermeyen karısından ayrılmak isterse ona babasının evinden getirdiği çeyizi ve başlık parasını verir ve ondan sonra onun gitmesine izin verir.” Md. 139: “Başlık parası yoksa ayrılma parası olarak yarım kilo altını ona vermelidir.” Md. 140: “Eğer adam azat edilmiş bir köle ise yarım kilonun üçte biri kadar altın verir.” Md. 141: “Bir adamın birlikte yaşadığı karısı onu terk etmek isterse, borç altına sokarsa, evini virane haline getirirse ve kocasını ihmal ederse yargı kararıyla suçlu bulunur. Kocasının onun serbest kalmasını teklif ederse kendi yoluna gider ve ayrılma parası olarak kadına hiçbir şey ödemez. Kocasının onun serbest kalmasını istemezse ve başka bir kadın alırsa kocasının evinde hizmetçi olarak kalır.” Md. 142: “Bir kadın kocası ile kavga ederse ve ona “benim için uygun biri değilsin” derse bu peşin hükmünün nedenlerini ileri sürmek zorundadır. Eğer kadın suçsuzsa ve onun payına düşen bir hatası yoksa; buna karşılık kocası onu terk etmiş ve ihmal etmişse, o zaman bu kadına hiçbir suç isnat edilemez, çeyizini alır ve babasının evine geri döner.” Md. 143: “Eğer kadın masum değilse ve buna rağmen kocasını terk etmiş, evine bakmamış ve kocasını ihmal etmişse bu kadın suya atılır.” (Daha detaylı bilgi için bkz., Martha, T. Roth, s. 148-149).

³ GALANTİ, Avram, *Hititler ve Kanunları*, Dorlion Yayınları, Ankara 2023, 27-29.

⁴ Hitit kanunları için bkz. Galanti (2023): 22-70.

⁵ KARAHAN, Ümran Ozan, *Kadeş Savaşı ve Anadolu Tarihi Üzerindeki Etkileri*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2004, s. 43.

aksine evin içinden dışarıya taştan bir nefes gibiydi. Kocasıyla yan yana oturur, eğlencelerin coşkusuna, toplantıların ciddiyetine ve gösterilerin ihtişamına iştirak ederdi. Böylece, yasaların dar kalıpları içinde suskun bırakılan kadın, hayatın sahnesinde varlığını hissettirmeye devam ederdi⁶. Babanın eş ve çocuklarıyla ilişkisi bir tür efendi-köle ilişkisi statüsündeydi. Baba, eş ve çocuklarını öldürme-ye veya başkalarına satmaya kadar varan geniş yetkilere sahipti⁷.

Uzak Doğu dinlerinde de durum hemen hemen aynıdır. Hinduizm’de bilgi ve kurtuluş yolunun sadece erkeklerin tekelinde olduğu fikri mevcuttur⁸. Budizm ve Konfüçyanizm de ataerkil dinlerdir ve kadınlara olumsuz yaklaşmaktadır. Kadının kocasına tabi olması gerektiği düşüncesi, Çin toplumundaki kadının konumunu anlamada önemli bir göstergedir. Nitekim Konfüçyüs’ün kadınla ilgili dikkat çeken ve araştırmalara konu olan bir sözü vardır. *Konuşmalar*’ın 17. bölümü Yanhuo’da şu ifadeye yer verilir: “Konfüçyüs dedi ki: Sadece kadın ve erdemsiz insanı idare etmek zordur. Yakınlaştığında nezaketsizleşir, uzaklaştığında ise şikâyetçi olur, seni suçlar.” Bu ifadenin Çin’de herkesçe bilinen bir söz olduğu, ayrıca birçok erkeğin zihninde derin bir yer edindiği aktarılmaktadır. Burada “kadın”, erdemli insan (*jünzi*)’nın zıddı olan “erdemsiz insan” ile aynı düzlemde değerlendirilmiştir⁹. *Konuşmalar*’da “erdemsiz insan” ifadesi toplam 24 kez geçmektedir. Burada Konfüçyüs’ün “küçük/erdemsiz insan” kavramı ile “kadın” kavramı birlikte ele alınmıştır. Zhang, Konfüçyüs’ün kadını hor gördüğünü ve erdemli insan (*jünzi*) ile karakter bakımından zıt olan erdemsiz insanı aynı düzlemde değerlendirdiğini belirtmektedir. Bu yaklaşımın temelinde, Konfüçyüs’ün sıkı sıkıya bağlı olduğu eski metinler ve dönemin toplum ahlak kurallarının önemli bir rol oynadığı düşünülmektedir¹⁰.

İslam’dan önceki Türklerde de ataerkil aile tipi hâkim olmakla birlikte kadının diğer toplumlardaki hemcinslerine göre daha iyi bir konumda olmuştur. Türklerde istisnalar dışında monogami yaygındır ve eş seçmede kadınlar da söz sahibidir. Hakan, devleti eşiyle birlikte yönetmiştir¹¹.

⁶ PARİBENİ, R., “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, çev. Şemseddin Talip, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1935, s. 236.

⁷ KASER, Max, “Der Inhalt der patria potestas”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (SZ), C. 58, 1938, s. 70-71.

⁸ Detaylı bilgi için bkz., TEZOKUR, M. Hadi, *Hinduizm ve Kadın*, Akademisyen Kitabevi, Ankara 2021.

⁹ AZERTÜRK, Semine İmge - AKMAN, Tuğçe, “Konfüçyüs’ün Kadın Görüşü Üzerine”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 19, S. 1, Haziran 2018, s. 19-37.

¹⁰ AZERTÜRK - AKMAN (2018), s.11-13.

¹¹ HARMAN, Ö. Faruk, “Kadın, İslam Öncesi Dinlerde ve Toplumlarda”, *DİA*, XXIV: 82-83.

Orta Çağ'da Yahudi ve Hristiyanlar, kadın ve aile anlayışı bakımından kısmen birbirine benzeyen, kısmen de farklılaşan anlayış ve uygulamalara sahiptiler. Ataerkil karakterdeki Yahudi toplumunda baba, ailenin hem maddi hem ruhani reisidir. Tevrat'a göre kadın, kaburga kemiğinden yaratıldığı kocasına tabi olmalıdır. Dolayısıyla kocanın karısıyla ilişkisi bir tür malik-memluk ilişkisidir¹². Klasik Yahudi ailesinde poligami çok yaygındır¹³. Hristiyanlık da kendisinden önceki şeriatla bağlı kalmakla birlikte bazı tepkisel taraflarıyla yer yer Yahudilikten farklılaşmıştır. Yahudilikteki aşırı boşanmaya tepki olarak getirilen boşanma yasağı, Hristiyan dünyasında çeşitli sosyal çalkantılara, evlilik dışı ilişkilere ve ahlâki çözümlere yol açmıştır. Kilise babaları, günahkâr Havva'dan yola çıkarak kadın konusundaki olumsuz telakkilerini oluşturmuşlardır. Bunun antitezi olarak ise Meryem Ana öne çıkarılmış ve tanrı annesi olarak takdim edilmiştir. Modern çağlarda ise, bu iki taraflı aşırılıklara bir tepki olarak feminizm ve kadın hakları tezleri ön plana çıkmıştır. Bu süreç, Hristiyanlığın kadın konusundaki tarihî tecrübesinin özeti niteliğindedir¹⁴.

Katı bir pedersâhiliğin hüküm sürdüğü Cahiliye Arap toplumu da esas itibarıyla erkek merkezlidir. Eş seçiminde yetkisiz oluşu, miras hakkı bulunmayışı, kocası ölünce üvey evlâdına veya kayınbiraderine bir mal gibi intikal etmesi, erkeğin on eşe kadar evlenme yetkisi yanında nikâhsız yaşama, süreli nikâh, eş değiştirme veya asil bir erkekten çocuk sahibi olmak amacıyla eşini başkasına sunma gibi sapkınlıklar kadının durumunu özetler mahiyettedir. Yine de şehirli kadınların sosyal ve ekonomik durumunun göçebe hemcinslerine göre nisbeten daha iyi olduğu söylenebilir. Ebû Süfyân'ın eşi Hind ve Hz. Peygamber'in ilk eşi Hatice'nin Mekke aristokrasisindeki ağırlıkları ve ekonomik faaliyetleri bu farkı yansıtmaktadır¹⁵. Böyle bir topluma gelen İslam, kadına çağının çok ilerisinde haklar getirmiş olmakla birlikte fitratı esas alan bu hakların mutlak eşitlikçi modern kadın telakkisinden bazı noktalarda farklı olduğu bir hakikattir. Aşağıda ele alınacak olan tartışmalar da büyük ölçüde bu farklılığın hukuk sistemine yansımaları etrafındaki tartışmalardır.

II. OSMANLI'DA KADININ SOSYAL VE HUKUKİ STATÜSÜ

Osmanlı toplumunda kadının hukuki ve sosyal durumu genel olarak diğer İslam toplumlarındakine benzer. Dolayısıyla İslam'ın kadın anlayışı ve bunun

¹² AYDIN, M. Akif, "Aile", *DİA*, II: 196.

¹³ AYDIN, s. 197.

¹⁴ HARMAN, s. 85-86.

¹⁵ AYDIN, M. Akif, "Kadın, İslam'da Kadın", *DİA*, XXIV: 86.

hukuki yansımalarına kısaca göz atmakta yarar görülmüştür. Kadın hakları bakımından son derece karanlık bir dönem olan Cahiliye Arap toplumuna radikal değişiklikler getiren İslam'a göre, Allah'ın nezdinde kadın ve erkek eşittir. Kadınların nasla belirlenmiş belli hakları vardır ve kendilerinden sorumludurlar¹⁶. Kendi malları hakkında karar verme bağımsızlığına sahiptirler. Mirastan gelen ekonomik değerleri kocalarına vermek zorunda değildirler. Eğitim açısından erkeklerle aynı haklara sahiptirler¹⁷. İslam toplumlarında meşhur olan "ilmin hem erkek hem de kadın için bir zorunluluk olduğu" şeklindeki motto buna bir kanıt olarak gösterilebilir. Sosyal açıdan bakıldığında, bir ailede "anne" babadan daha üstün bir konumda kabul edilir. Zira "Cennet annelerin ayakları altındadır". Kur'an-ı Kerim'de eşler için "Onlar sizin için bir örtü, siz de onlar için bir örtü durumundasınız¹⁸." ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifade, İslam'da kadın ve erkeğin eşit olmaktan çok daha öte, birbirlerini her bakımdan tamamlayıcı nitelikte olduklarını göstermektedir¹⁹.

Asrısaadet'te kadınların sonraki devirlere nispetle canlı bir şekilde sosyal hayata iştirak ettikleri görülür. İbadet hayatına²⁰, bayram²¹, düğün ve eğlencelere katılmaları bunun göstergesidir. Keza kadınlar İslâmiyet'i öğrenme ve öğretme hususunda da istekli oldukları için Hz. Peygamber onlara dini öğretmek için özel bir gün ayırmıştır²². "(Bir gün) Kadınlar şöyle sordular: 'Ey Allah'ın Rasûlü, erkeklerden bize meydan kalmıyor, bize özel bir gün ayırır mısınız?' Rasûlullah onlara bir gün belirledi. Kadınlar o günde Rasûlullah'ın huzuruna gelir, O da onlara sohbet ederdi²³". Hz. Âişe bilgili hanım sahabelerin en önde gelenlerinden ve birçok dinî hükmün intikalinde önemli bir rol ifa etmiştir. Ancak Emevîler'den itibaren şehirleşmeyle birlikte özellikle üst tabakaya mensup hanımların sosyal yapıdan çekildikleri gözlenmektedir. Bununla birlikte özel dersler vasıtasıyla kendini yetiştiren âlim hanımlara yer yer rastlanmaktadır²⁴.

¹⁶ Kur'an-ı Kerim 3/195, 33/35, 5/38.

¹⁷ İBN MACE, *Sünen*, Hadis no: 1665.

¹⁸ Kur'an-ı Kerim 2/187.

¹⁹ M. ŞEMSEDDİN, "İslamda Kadının, Mevki-i İctimai - II", *İslam Mecmuası*, yıl: 1, sayı: 6, s. 170-173.

²⁰ Buhârî, "*Ezân*", 71; Müslim, "*Salât*", 124, 126.

²¹ Buhârî, "*İdeyn*", 15, 19, 21.

²² Buhârî, *İlim*, 15, 35.

²³ Buhârî, *İlim*, 36.

²⁴ KÖSE, B. A., "İlk Dönem Emevî Hilâfesinde Kadının Siyasî ve İctimai Hayattaki Yerine Dair Değerlendirme", *Anasay*, C. 24, 2023, s. 3-32.

Bu anlayış çerçevesinde şekillenmekle birlikte farklı toplumlarda, sözgeli-mi Müslüman Hint veya İran kadınları arasında ve hatta Osmanlı devletinin farklı bölgeleri arasında kadınlarla ilgili farklı anlayış ve uygulamalar olduğu bir hakikattir. Bunda her toplumun İslâm öncesine dayanan örf ve âdetleri ve kültürel farklılıkları belirleyici olmuştur. Diğer taraftan toplumsal ve sosyal değişmelere bağlı olarak Osmanlı dönemindeki kadının konumunu da kendi içinde Tanzimat’a kadarki dönem ve Tanzimat’tan Cumhuriyete uzanan dönem olmak üzere ikiye ayırarak ele almak icap eder.

İlk kuruluş yıllarında Osmanlı Devletinin yeni ve orijinal bir hukuk siste-mine sahip olduğu söylenemez. Nitekim daha önce kurulmuş Türk ve İslam devletlerinde yürürlükte olan geleneksel hukukî yapı devralınmış ve zamanla devletin kendi deneyimleriyle mevcut mevzuatın zenginleştirilmesi yoluna gi-dilmiştir. Anadolu Beyliklerinde kadınlar, siyasi evlilikler sonrasında en etkin rolleri arasında elçilik görevini üstlenmişlerdir. Bu görevlerin yerine getirilme-sinde, hatunların mensup oldukları beyliğin sosyal ve siyasi girişimleri belirle-yici olmuştur. Ayrıca, elçilik vazifelerinin verilmesinde baba-kız, abla-erkek kardeş veya diğer akrabalık ilişkileri ön planda olmuş; alınan eğitim, siyasi ve sosyal sorumluluklar da görevlerin kendilerine tevdi edilmesinde etkili olmuş-tur. Bu uygulama özellikle Osmanlı Devleti, Aydınöğulları, Dulkadiroğulları, Ramazanoğulları, Saruhanöğulları, Akkoyunlu ve Karakoyunlu beyliklerinde yaygın olarak görölmektedir. Öne çıkan örneklerden biri Karakoyunlu Fûlane Hatun’dur. Fûlane Hatun, 1394-1395 yıllarında oğlu Bayram Hoca aracılığıyla Timur’a elçi olarak gönderilmiş; 2-3 defa Timur’un huzuruna çıkmış olmasına rağmen arzulanan başarıyı elde edememiştir²⁵. Buna ek olarak, Osmanlı haneda-nına mensup Nefise Melek Sultan, 1389-1390 yıllarında eşi Karamanoğlu Alâaddin Ali Bey’in talebi üzerine babası I. Murad’a elçi olarak gönderilmiş; bu görevinden olumlu sonuç olarak eşinin affedilmesini sağlamıştır²⁶.

Osmanlı Devleti, ana ilkelerini İslam dininden almakla beraber hayatın çe-şitli alanlarıyla ilgili fıkhi müktesebatta bulamadığı bazı konularda toplumsal ihtiyacı giderecek şekilde bazı hukuki uygulamalara da başvurmuştur ki bu ku-rallara “Örfi Hukuk” denmektedir²⁷. Örfi hukuk mevzuatının ana ilkesi, “Şer’-i

²⁵ BIÇAK, S., *Türkiye Selçuklu toplumunda kadın (XI-XIV. yy)*, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Yüksek lisans Tezi, İstanbul, 2007, s.10-17.

²⁶ Hoca Sadeddin Efendi, *Tâcü’t-Tevârih*, C. I. (Yay. Haz. İsmet Parmaksızoğlu), Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1979, s.152.

²⁷ AYDIN, M. Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 59; İNALCIK, Halil, “Osmanlı Huku-kuna Göre Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları,” *A.Ü.S.B.F.D.*, XIII/2, 1958.

Şerif'e (İslam Şeriatına) aykırı olmamasıdır²⁸. Örfi hukuk bu temel ilkeye bağlı kalınmak üzere, dönemin hükümdarına tanınan sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde, uzman hukukçuların içtihat ve fetvalarına da başvurularak ortaya konan hukuki hükümleri içermektedir²⁹. Bu mevzuatta kaynak olarak kullanılan unsurların başında, toplumda yerleşik teamülleri ve uygulamaları ifade eden örf ve âdetler gelmektedir. Padişahların kamu işleriyle ilgili fermanları da örfi hukukun önemli kaynaklarından biridir³⁰. Netice olarak Osmanlı hukuk düzeninin bir dine dayalı ve sabit diğeri toplumsal değişmelere açık iki kanadı olduğu söylenebilir.

Şer'i ve Örfi hukukun bir arada yürürlükte olduğu bu geleneksel hukuk düzeni, 3 Kasım 1839'da ilan edilen Gülhane Hattı Hümayunu'na kadar devam etmiştir. O tarihten itibaren dağınık bir şekilde yürürlükte olan mevzuat, Batı'da gelişen hukuki paradigmaya uygun olarak yeniden ele alınmış ve belli alanlara öncelik verilerek konularına göre kodifiye edilip modern bir yapıya dönüştürülmüştür.

Her alanda olduğu gibi hukuk alanında da Batı'daki gelişmelere bakılmış ve bazı önemli düzenlemelere girişilmiştir. Bunun ilk adımını, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1850 tarihli Ticaret Kanunnamesi ve 1857 tarihli Arazi Kanunnamesi oluşturmuştur. Ancak medeni hukuk alanında İslam hukukunu içeren ilk modern kodifikasyon Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye olmuştur. Ne var ki Mecelle'nin Aile hukukuna yer vermemesi bu alanda büyük bir boşluğun ve ihtiyacın ortaya çıkmasına yol açmıştır. İşte bu boşluğu doldurmak üzere 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi hazırlanmış ve kanunlaştırılmıştır. Ancak öncesinde de, Tanzimat'ın ilanından HAK'ın ilanına kadar geçen sürede de, aile hukuku alanında evliliğin kaydı, evlilik için alınan vergiler, mehrin sınırları ve boşanmalarla ilgili yasalarda bazı değişiklikler söz konusu olmuştur. Yapılan değişiklikler incelendiğinde, Tanzimat'tan sonra devletin evlilikler üzerindeki kontrolünün arttığı anlaşılmaktadır³¹. 1881 yılında yapılan düzenlemelerde tüm boşanmaların nüfus kayıtlarına geçirilmesi kuralını getirmiştir. Tam bir aile hukuku metninin oluşturulmasında hem bu adımların hem de bilhassa 1. Dünya savaşı sırasında kadınların yaşadığı zorluk ve mağduriyetlerin zorlaması söz ko-

²⁸ Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, *Milli Tettebular Mecmuası*, İstanbul, 1331, C.1, S. 3, s. 497-556.

²⁹ MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devletinden Siyaseten Katl*, Ankara 1963, s. 42.

³⁰ MİDİLLİ, Muharrem, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2019, 27, 31, 39.

³¹ AYDIN, "Aile..", s. 136-139.

nusu olmuştur. Sözelimi savaşa giden askerlerin eşlerinin herhangi bir hukuki güvencesi olmamıştır ve Hanefî mezhebinin uygulamaları bu özel durum için yeterli gelmemiştir. Bu ve benzeri durumlardaki mağduriyetleri çözecek ve Mecelle'yi aile hukuku bakımından tamamlayacak bir kanun metninin hazırlanması fikri işte bu şartlar içinde gelişip olgunlaşmıştır³².

Şimdi yukarıda özetlenen hukuki yapının kadınların sosyal statüsüne ve uygulama alanına yansımalarına da kısaca bir göz atmak gerekirse, Cumhuriyet sonrası araştırmalarda yaygın bir kabul olarak kadının İslam ve Osmanlı toplumunda geri plana itildiği, ikinci sınıf insan muamelesi gördüğü ileri sürülmüştür. Gerçekten kırsal kesimlerde yaşayanlar hariç, Osmanlı toplumunda şehirli kadınların iktisadi hayata erkekler kadar katılmadığı onların daha çok aile, komşuluk ve akrabalıkla ve kendi hemcinsleriyle sınırlı bir sosyal çevre içinde yaşadıkları görülmüştür. Protestan papazı Salomon Schweigger ve Lady Montegu gibi yabancı seyyahlar Osmanlı kadınının sosyal faaliyetlerinin daha çok gezme ve eğlenme ağırlıklı olduğunu ifade etmiştir³³.

Şer'îye sicillerine göre, kadınlar ekonomik ve ticarî alanda erkekler kadar aktif olmasalar da, kendi malları üzerinde doğrudan tasarruf edebildikleri anlaşılmaktadır. Bu durum, kadının evlilik ve aile hukuku alanındaki sınırlı haklarına rağmen, mülkiyet ve ekonomik katılım açısından belirli bir özerkliğe sahip olduğunu göstermektedir. İslâm coğrafyasının çeşitli bölgelerinde kadınlar tarafından kurulan vakıfların çokluğu, onların bu haklarını fiilen kullanabildiklerinin önemli bir göstergesidir.¹ Dolayısıyla, kadının hukuki statüsü yalnızca evlilik iradesi üzerinden değil; aynı zamanda mülkiyet, tasarruf ve ekonomik katılım boyutlarıyla da değerlendirilmelidir. Mesela ev satışlarına ilişkin şer'îye sicillerindeki kayıtlar, Osmanlı toplumunda mülkiyet ilişkilerinin hem kapsamlı hem de ayrıntılı bir biçimde düzenlendiğini göstermektedir. Belgelerde satıcı ve alıcının adları ile baba adları açıkça belirtilmekte, evin fiyatı, mahallesi, mahalledeki konumu, komşu yapılar ve mülkiyet sahibi hakkında bilgiler yer almaktadır. Ayrıca evin fizikî özellikleri de detaylandırılmakta; kaç odalı veya kaç katlı olduğu, mutfak, tuvalet, banyo gibi hizmet alanlarının varlığı gibi bilgiler kaydedilmektedir. Daha lüks nitelikteki konutlar için "köşk" tabiri kullanılmaktadır. Osmanlı mülkiyet hukukunda, kişinin sahip olduğu menzıl üzerinde yoğun bir hakka sahip olması, bu varlığı istediği şekilde kullanabilmesi ve başka-

³² Bkz. İBRAHİM HAKKI, *Medhal-i İlm-i Hukuk*, İstanbul, h. 1319, s. 38.

³³ AYDIN, M. Akif, "Osmanlı Toplumunda Kadın ve Tanzimat Sonrası Gelişmeler", *Sosyal Hayatta Kadın*, Ensar Yay., 2005, s.161-62.

sına intikal ettirebilmesiyle kendini göstermektedir. Bu durum, kadınlar için de geçerli olup, onların ekonomik hayat ve mülkiyet haklarına doğrudan katılımını göstermesi bakımından önemlidir³⁴. Ev satışlarında taraflar genel olarak bizzat mahkemede bulunmuş, bazı durumlarda ise vekilleri aracılığıyla temsil edilmişlerdir. Kadınların erkeklerle veya Müslim ve gayrimüslimler arasında gerçekleştirdikleri mülkiyet işlemleri, karşılıklı hak ve sorumlulukların sorunsuz biçimde yerine getirildiğini göstermektedir. Erkekler arasındaki satışlar ise bu bağlamda incelenmemiştir. Kayıtlara göre alıcı ve satıcı ilişkileri şu şekilde dağılım göstermektedir: Toplam satılan menzil sayısı: 388, Ev satan kadın - alan erkek: 246, Ev satan erkek - alan kadın: 86, Ev satan kadın - alan kadın: 56³⁵. Bu veriler, Osmanlı toplumunda kadınların ekonomik hayatta pasif değil, kendi mülkiyetlerini tasarruf edebilir ve transfer edebilir nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır. Her türlü hukukî işlemi gerçekleştirme ehliyeti bakımından erkeklerle eşit konumda olan kadın, evlenme ehliyetinde hâlâ bazı sınırlamalara tâbidir. Özellikle Hanefî ve Caferî mezhepler dışında kabul edilen, kadının yalnızca velisinin rızası ile evlenebileceği şartı³⁶, dönemin Arap toplumunda hâkim olan ataerkil sosyal yapının³⁷ fikhî düzenlemelere yansması olarak değerlendirilebilir. Bu kural, kadının toplumsal ve aile içi konumunun erkekler karşısında ikincil bir statüye indirgenmiş olmasının bir yansımasıdır ve evlilik sürecinde aile ve toplum tarafından belirlenen kontrol mekanizmalarını güçlendirmiştir. Osmanlı hukukunda da bu anlayış büyük ölçüde devam etmiştir. Kadının evlenme iradesi, toplumun geleneksel değerleri ve dini normlar çerçevesinde sınırlanmış³⁸; bağımsız bir şekilde evlenme hakkı ancak 1917 tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi* ile tanınmıştır. Bu düzenleme, kadının bireysel iradesine ve hukukî özerkliğine yönelik önemli bir adım olmakla birlikte, toplumun ve devletin kadının evlilik kararlarına müdahalesini tamamen sona erdirmemiştir³⁹. Dolayısıyla, kadının evlenme ehliyeti meselesi, yalnızca mezhepsel bir hüküm olarak değil; aynı zamanda sosyal, kültürel ve tarihî bir bağlam içinde değerlendirilme-

³⁴ FAROKHÎ, Suraiya, “Onaltıncı ve Onyedinci Yüzyıl Kadı Sicillerinde Kaydolan Ev Satışlarıyla İlgili Belgelerin Şekil Açısından Değişimi”, *Tarih Boyunca Paleografya ve Diplomatik Semineri: Bildiriler*, Ed. Mübahat S. Kütükoğlu, İstanbul 1988, s. 201-202.

³⁵ FAROQHÎ, Suraiya, *Orta Halli Osmanlılar*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2009, s. 23.

³⁶ PEKDEMİR, Şevket, “İslam Hukukunda Reşit Kızın Veliden İzinsiz Nikahlanma Yetkisi Bağlamında Üniversiteli Kız Öğrencilerin Evliliğinin Değerlendirilmesi”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 56, Haziran 2024, ss. 67-95, s. 69-78.

³⁷ DEMİRCAN, Adnan, *Cahiliyeden İslam’a Kadın ve Aile*, İstanbul: Beyan Yayınları, 2015, s. 74.

³⁸ ORTAYLI, İlber, *Osmanlı Toplumunda Aile*, Pan Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 60-64.

³⁹ YURTSEVEN, Yılmaz, “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, Haziran 2003, s. 199-250.

si gereken çok boyutlu bir olgudur. Kadı sicilleri, Osmanlı mülkiyet ilişkilerine dair önemli bilgiler sağlamasının yanı sıra, mülkiyet ortaklığı uygulamalarını da gözler önüne sermektedir. Örnek olarak, Beşiktaş'a bağlı Kuruçeşme karyesinden Maryora bint-i Acisaro adlı bir Nasrani kadının evine gidilmiş ve vefat eden Dumaki Veledi Yani'nin mirası üç oğlu ve bir kızına kalmıştır. Sicile göre, mirasçılara kalan mülkiyet; denize bakan bir bölüm, Boğdan Begi Mihal Voyvoda yalısı, Tabip Dimitraki yalısı, sekiz oda, bir sofa, bir matbah, iki mahzen, ahur ve bir miktar bahçe ile birlikte İngiliz Elçisi Baş tercümanı Yogaki veledi Kır-yako'ya 1500 kuruşa satılmıştır⁴⁰.

Osmanlı aile hukuku bakımından tartışması yapılan konulardan bir diğeri de çok eşli evlilikte kadının durumudur. Esas itibarıyla tek evliliği önceleyen İslam, zaruret hallerinde, adaletli davranmak şartıyla çok evliliğe de izin vermiştir (en-Nisâ 4/3) Bu teorik imkânı rağmen İslâm toplumlarında çok evliliğin yaygın olmadığı, mesela Osmanlı toplumunda çok evlilik oranının % 5-9 civarında kaldığı görülmektedir. Yapılan bir araştırmaya göre İstanbul'da 1885 yılında çok evlilik oranı sadece % 2,52 idi. Farklı dönemleri kapsayan Osmanlı toplumuna ilişkin araştırmalar, tek eşliliğin tarihsel olarak oldukça yaygın olduğunu göstermektedir. Rifat Özdemir'in Tokat örneğinde 1771-1810 yıllarını kapsayan çalışmasında erkeklerin tek eşlilik oranı %84,26 olarak tespit edilmiştir⁴¹. Benzer biçimde, Hüseyin Çınar'ın Gaziantep özelinde 1700-1750 yıllarını kapsayan araştırmasında tek eşlilik oranı %84 düzeyindedir⁴². Zeynel Özlü'nün yine Gaziantep'e yönelik 1760-1777 yıllarını kapsayan çalışmasında ise bu oran %91,6'ya yükselmektedir⁴³. Ömer Düzbakar'ın *Osmanlı Toplumunda Çok Eşlilik: 1670-1698 Yılları Arasında Bursa Örneği* adlı çalışmasında ise tek eşlilik oranı %91,8 olarak kaydedilmiştir⁴⁴. Bu veriler, Osmanlı toplumunda birden fazla eşle evlilik yapılmasının, genel kanaatin aksine, yaygın bir uygulama olmadığını ortaya koymaktadır. Eş sayısına ilişkin bu sonuç, yalnızca arşiv belgeleriyle değil, dönemin seyahatname türündeki gözlemleriyle de desteklenmekte-

⁴⁰ G.Ş.S., (Galata Şer'iyye Sicilleri) 259/36A.

⁴¹ ÖZDEMİR, Rifat, "Tokat'ta Ailenin Sosyo-Ekonomik Yapısı" (1771-1810), *Aile Yazıları 1, Temel Kavramlar Yapı ve Tarihi Süreç*, Derleyenler: Beylül Dikeçligil, Ahmet Çiğdem, Aile Araştırmaları Kurumu Yayınları, Ankara 1991, s. 411-456, s. 427.

⁴² ÇINAR, Hüseyin, *18. Yüzyılın İlk Yarısında Ayıntâb Şehri'nin Sosyal ve Ekonomik Durumu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 157-158.

⁴³ ÖZLÜ, Zeynel, *Kassam Defterlerine Göre XVIII. Yüzyılın İkinci Yarısında Gaziantep*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2002, s. 17-21.

⁴⁴ DÜZBAKAR, Ömer, "Osmanlı Toplumunda Çok Eşlilik: 1670-1698 Yılları Arasında Bursa Örneği", *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, C. 23, S. 23, Haziran 2008, s. 85-100.

dir⁴⁵. Böylece, Osmanlı aile yapısının genel olarak tek eşlilik çerçevesinde şekillendiği; çok eşliliğin sınırlı ve belirli toplumsal koşullara bağlı olarak gerçekleştiği söylenebilir. Bu durum, Osmanlı toplumsal normlarının, dini düzenlemeler ile yerel kültürel pratiklerin etkileşimiyle belirlendiğini göstermesi açısından önem taşımaktadır. Osmanlı belgeleri yanında, Salomon Schweigger, Lady Montegu, Ubicini ve Ostrorog gibi yabancı seyyahlar Osmanlı erkeklerinin bu hukuki hakkı pek az kullandıklarına dile getirmektedir⁴⁶. Bu tanıklıklar, arşiv belgeleriyle elde edilen istatistiklerle uyumlu bir şekilde, Osmanlı toplumunda çok eşliliğin sınırlı ve istisnai bir uygulama olduğunu göstermektedir. Böylece hem iç kaynaklar hem de yabancı gözlemler, Osmanlı aile yapısının genel olarak tek eşlilik çerçevesinde şekillendiğini teyit etmektedir.

İslam hukukunda kadının miras payı tartışılan diğer bir konudur. İlk elde kadının aleyhine gibi görünen miras payındaki bu eşitsizlik, ailedeki mali yükümlülüğün bütünüyle erkeğe yüklenmesi suretiyle dengelenmiştir. Dolayısıyla mirastaki erkek lehine eşitsizlik, yükümlülük kısmında erkek aleyhine bir eşitsizliğe dönüşmekte ve toplamda eşitlenmektedir.

Bütün bu hususların HAK’a yansması ve yol açtığı tartışmalar çalışmanın ileriki bölümlerinde genişçe ele alınacaktır.

III. KADIN KONUSUNDA BATI DÜNYASINDAKİ GELİŞMELER VE OSMANLI FİKİR HAYATINA YANSIMALARI

Batıyla siyasi ve kültürel ilişkilerin arttığı 18 ve 19. yüzyıllar bir çok alanda olduğu gibi kadına bakış konusunda da Osmanlı aydınlarını etkilemiştir. Özellikle 19. yüzyılda Avrupa’ya giden diplomatlar ve öğrenciler, bu fikirlerin Osmanlı Devleti’ne taşınmasında büyük rol oynamışlardır⁴⁷.

Tanzimat döneminde yapılan reformlar ve değişiklikler toplumun her alanında hissedilmiş, kadının toplumsal hayattaki rolü ve görünürlüğü belirgin şekilde artmıştır. Nitekim Tanzimat’a kadar kız çocukları sadece ilköğretim eğitimi alabiliyorken Tanzimat döneminde kız ortaokulları açılmış daha sonra bunu kız öğretmen okulları izlemiştir. Kadınların çalışma ortamına ilk girişlerinin eğitim yoluyla olduğu söylenebilir⁴⁸.

⁴⁵ ORTAYLI, İlber, “Anadolu’da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler”, *Osmanlı Araştırmaları*, I, s. 37.

⁴⁶ AYDIN, M. Akif, *Osmanlı Toplumunda...*, s.165.

⁴⁷ BAYKARA, Tuncer, *Osmanlılarda Medeniyet Kavramı*, İzmir 1999, s. 16.

⁴⁸ KURNAZ, Şefika, *II. Meşrutiyet Döneminde Türk Kadını*, İstanbul, 1996, s. 80.

Eğitimli kadınların sosyal ve ekonomik hayatta daha etkin bir konuma gelmeleri kadına bakışla ilgili köklü değişimlere yol açmıştır. Bu değişim I. Dünya Savaşının getirdiği ekonomik ve sosyal etkilerle daha da hızlanmıştır. Savaşın önce kadınlar sadece öğretmen olabilirken bu dönemde kadınlar devlet dairelerine memur olarak alınmaya, hatta askerlikte geri hizmetlerde istihdam edilmeye başlanmıştır⁴⁹.

Çalışma hayatına bu ani ve zorunlu katılım, kadınla ilgili telakki ve kabul-lerin değişmesine neden olmuş ve ilk feminizm hareketleri de bu elverişli ortamda ortaya çıkmıştır. Buna bağlı olarak birçok kadın topluluğu kurulmuştur. Bunlardan ikisi Fatma Âliye Hanım'ın kurduğu Cemiyet-i İmdadiye ile Halide Edip'in Teali-i Nisvan Cemiyetidir⁵⁰.

Yukarıda zikredilen gelişmelerin bir yansıması olarak erken dönem yazarlarından Ahmet Mithat, Fatma Âliye, Namık Kemal gibi isimler, kadın sorunlarını içeren, özellikle daha iyi bir sosyal ve aile yaşamına yönelik romanlar ve öyküler yazmışlardır⁵¹. Kadınların eğitimi ve birden fazla eş sahibi olma meselesi bu yazarların kitaplarının başlıca konularıdır⁵².

Bu arada Osmanlı kadınlarının kendilerini ifade etmelerini sağlayan Kadın dergileri de kadınların taleplerini dile getirmede önemli bir işlev görmüştür. II. Meşrutiyet öncesinde yayınlanan dergiler içinde yayın tarihi açısından, kadın dergilerinin ilki olan Terakki-i Muhadderat, Terakki gazetesini yönetimi tarafından 1869'da "Muhadderat İçin Gazetedir" alt başlığıyla haftalık olarak çıkartılmıştır. Ali Reşat ve Filip Efendi'nin birlikte çıkardıkları Terakki gazetesinin pazar günleri yayınladığı eki olan dergi, çoğunlukla Avrupa ile karşılaştırmalar yapmak suretiyle Osmanlı toplumunda kadının geri bırakılmasını eleştiren yazılara yer verilmiştir. Bunu, Vakit Yahud Mürebbi-i Muhadderat (1875), Ayine (?), Aile (1880), İnsaniyet (1883), Hanımlar (1883), ve Şükûfezar (1886) izlemiştir. Ek halinde çıkan özel sayılarından sonra kadınlar tarafından çıkarılan ilk kadın dergisi olan Şükûfezar'ın yazarlarının çoğu kadınlardan oluşmaktadır. Şükûfezar'ı, Mürüvvet (1888), Parça Bohçası (1889), en uzun ömürlü dergilerden Hanımlara Mahsus Gazete (1895-1906), Malumat Mecmuası'nın eki olarak

⁴⁹ İstihdam alanlarıyla ilgili olarak bkz. BÜYÜKŞAHİN, Şefika, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Kadını", *Cappadocia Journal Of History And Social Sciences*, Vol.8-April 2017, s. 287-89.

⁵⁰ KURNAZ, s. 193.

⁵¹ KURNAZ, Şefika, *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını*, İstanbul, 1992, s. 58-65; BURSALI MEHMET TAHİR, "Nisaiyyata Ait Eserler", *İslam Mecmuası*, yıl: I, nr. V, s. 139-141.

⁵² KURNAZ, *Cumhuriyet Öncesinde...*, s. 65-70.

yayınlanan Hanımlara Mahsus Malumat (1895) ve 1906'da Kırım'da çıkan Âlem-i Nisvan (1906) izlemiştir.

Sözkonusu dergilerde ele alınan başlıca konular; Batıdaki gelişmeler, moda, kılık kıyafet, eğitim, çocuk yetiştirme gibi bahislerdir. Bu dergilerin okuyucusu olan kadınlar, evlilik yaşının artması, eş seçiminde söz hakkı, boşanma hakkı, çalışma gibi hakları istemeye başlamışlardır⁵³.

Dönem yazarlarından Şemsettin Sami, 1893 yılında yazdığı “Kadınlar” adlı makalesinde: “Medeniyet ve terakkinin ilk dersi, kadınların terbiyesi olmalıdır. Bu sadece ailelere daha huzurlu bir ortam sağlamakla kalmaz, aynı zamanda nüfusun diğer yarısını da eğitir. Kadınlar çocuklarını da eğittiğine göre, kadınların eğitimi geleceğimiz için de büyük bir güç olacaktır⁵⁴.” demiştir.

Ahmet Rıza ise, “Vazife ve Mesuliyet” adlı makalesinde İslam'ın ilk dönemlerinde kadınların da devlet ve din işlerinde çalıştığını belirttiikten sonra, bir yandan Osmanlı kadınlarının da erkeklerle birlikte cemiyette rol alması gerektiğini savunur diğer yandan da Batıdaki kadın fitratına aykırı uygulamalara kapılmama uyarısında bulunur. Ahmet Rıza'ya göre Avrupa'da kadın-erkek arasındaki hak eşitliği “sorumluluk eşitliği”ne dönüşmüş, bu da kadına olan saygıyı azaltmış ve kadını yalnızlaştırmıştır⁵⁵.

Yukarıda bahsi geçen bütün bu fikir ve tartışmalar II. Meşrutiyetin getirdiği ifade özgürlüğü ortamında çok daha geniş bir muhteva ve çerçeve kazanmıştır. Bu elverişli ortamda Tefeyyüz, Cem'iyet-i Hayriyye-i Nisvân, Nisvân-ı Osmâniyye, Müdâfaa-i Hukûk-ı Nisvân gibi dernekler yanında çok sayıda kadın dergisi de yayın hayatına atılmıştır. Nitekim II. Meşrutiyet'in ilanından hemen sonra Demet, Mehasin ve Kadın dergileri yayın hayatına başlar. 1911'de Musavver Kadın, 1911-12'de Kadın, 1913'te Kadınlık Hayatı, 1913'te Kadınlar Dünyası, 1913'te Hanımlara Mahsus Malumat, 1914'te Kadınlık, 1914'te Kadınlar Alemi, 1914'te Seyyale, 1914'te Siyanet, 1917-18'te Bilgi Yurdu Işığı, (13. sayıdan itibaren “Bilgi Yurdu Mecmuası”adını almıştır.) isimli dergiler de bu dönemde yayınlanan diğer kadın dergilerinin başlıcalarıdır⁵⁶.

⁵³ BÜYÜKŞAHİN, Şefika, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Kadını”, *Cappadocia Journal Of History And Social Sciences*, Vol.8-April 2017, s. 290.

⁵⁴ ŞEMSETTİN SAMİ, *Kadınlar*, İstanbul Mihran Matbaası, h. 1311, s. 3-22 ve 33-49.

⁵⁵ AHMET RIZA, “Vazife ve Mesuliyet”, *Kadın*, Paris, h. 1324, s. 33-56.

⁵⁶ BÜYÜKŞAHİN, s. 291.

Kadın etrafındaki tartışmalar sadece İstanbul'a has olmamış Şam ve Kahire gibi dönemin önemli kültür merkezlerinde kadın haklarına ilişkin gazete, dergi ve kitaplar da etkili olmuştur. Bâtılulaşma akımının güçlü olduğu merkezlerin başında gelen Mısır'da Cemâleddîn-i Efganî, Muhammed Abduh ve M. Reşîd Rızâ, Kasım Emin, Talat Harb, Abdülmecid Garyan ve Ferid Vecdi gibi farklı görüşteki isimler arasında kadının sosyal ve hukuki konumununa yönelik hararetli tartışmalar yaşanmış, köklü reform teklifleri yapılmıştır. Bilhassa Kasım Emîn'in *Tahrîrû'l-mer'e* adlı bütünüyle Batı düşüncesini esas alan eseri "Hürriyyet-i Nisvân" adıyla Türkçe'ye çevrilmiş (İstanbul 1908) ve tartışmalara yol açmıştır. Bu esere bir cevap olarak Ferid Vecdi'nin kaleme aldığı eser "Müslüman Kadını" adıyla Türkçe'ye çevrilmiş ve yayımlanmıştır (İstanbul 1915). Aynı dönemde Rusya'daki Türk aydınlarından Gaspıralı İsmail, Ağaoğlu Ahmet ve Yusuf Akçura da aynı konu etrafında eserler kaleme almışlardır.

İran'daki kadın hareketleri de hemen hemen aynı süreci takip etmiştir. İran'da 1910 yılında ilk defa bir kadın tarafından yayınlanan *Dâniş* dergisini 1913'te Meryem Ümmîd Müzeyyen'in çıkardığı *Şükûfe* ve 1919'da Sıddıka Devletâbâdî'nin yayımladığı *Zebân-ı Zenân* ve diğerleri takip etmiştir. İranlı kadınlar, 1891'deki tütün boykotu ve 1906 anayasasının kabulüne giden süreçte de aktif siyasi roller oynamışlardır⁵⁷. Bütün bu faaliyetler birbirini beslemiş ve HAK üzerinde de dolaylı dolaysız etkilerde bulunmuştur.

Bahsi geçen Dergiler ve yazarlar yanında o günlerde Türk fikir hayatını yönlendiren üç ana düşünce ekolü söz konusudur: İslamcılar, Batıcılar ve Türkçüler... Kadın hakları tartışmaları da büyük ölçüde bu üç akım etrafında şekillenmiştir. Fikir ayrılıkları bir yana kadının toplumdaki konumunda bir değişikliğe gitme konusunda her üç ana akımda fikir birliği oluşmuştur. Ancak nedenleri ve çözümleri konusundaki tespit ve teklifler farklılaşmıştır⁵⁸.

İslamcılara göre, İslam'da kadınlara verilen konum, Batı'da sahip olduklarından çok daha iyidir. Ancak İslam'ın toplumdaki uygulaması gerçek İslam'dan farklıdır. İnsanlar gerçek İslam'ın kurallarına uydukları anda sorunlar çözülür. Dolayısıyla sorunun varlığı kabul edilmekte, fakat çözümün İslam içinde aranması önerilmektedir.

İslamcı akıma mensup olan Said Halim Paşa ve Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi'ye göre, iyileştirme hususunda talep sahibi kadınlar kırsal kesimde yaşa-

⁵⁷ AYDIN, "Osmanlı Toplumunda..", s.167.

⁵⁸ TUNAYA, Tarık Zafer, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Bâtılulaşma Hareketleri*, İstanbul, 1970, s.77.

yan ve tarlada çalışan kadınlar değil, büyük şehirlerdeki büyük ailelerin parçası olan hemcinsleridir. Zira Anadolu’da kadınlar zaten evin dışında eşleriyle birlikte çalışıyorlardı ve hatta sosyal hayatın bazı alanlarında eşlerinden daha aktif halde idiler⁵⁹. Şeyhülislam Musa Kazım’a göre de İslam, kadınlara diğer hukuk sistemlerinde verilmeyen bazı haklar tanımaktadır. Kadınların eğitimine karşı herhangi bir sınırlama yoktur. Aksine, eğitim erkekler için olduğu kadar kadınlar için de dini bir görevdir. Ancak kadının eğitimi kendi sorumluluk alanına yönelik odaklanmalıdır. Bu, bir kadının çocuk yetiştirme veya ev işleri konusunda eğitilmesi gerektiği anlamına gelir. Buna ek olarak, kadınlar ticaretle uğraşabilir ancak bunu yapmak zorunda değildir çünkü ev masrafları için para kazanmak erkeklerin sorumluluğundadır⁶⁰.

İslamcılar arasında Fatma Aliye Hanım özellikle kadın sorunlarını kamusal tartışmaya açmaya hevesliydi. Ona göre İslam, kadınların eğitimine ve sosyal hayata katılmalarına engel değildir. Kadınlarla ilgili konularda bazı yanlış anlaşılımlar vardır. Örneğin çok eşliliğin İslam’da sadece izin verilen bir durum olduğu, dini bir vecibe olmadığı Avrupa’ya anlatılabilirse Avrupa bu konuyu çok daha iyi anlayabilecektir⁶¹.

Mehmet Akif ise şu noktalara dikkat çekmektedir: İslam’ın kadına verdiği konum iyi bilinmediği için Batı’dan ithal edilen fikirlerle kadın ve aile hayatıyla ilgili uygulamalarda yanlışlar yapılmaktadır. Bunun önüne geçmek için dinin doğrudan aslı kaynağından incelenmesi gerekmektedir⁶².

Kısacası, İslamcılara göre kadının toplumdaki konumuyla ilgili sorunlar vardır, ancak bu eksiklikler İslam’ın kadına verdiği hakların yeterince kullanılmamasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bir sorunun varlığı kabul edilmekte ve İslam içinde çözümü önerilmektedir. Çok eşlilik gibi konularda ise farklı yaklaşımlar söz konusudur. Sözelimi Mustafa Sabri birden fazla evliliği soyun devamı için bir gerekli görürken Fatma Aliye Hanım’a göre çoklu evlilik için verilen izin sadece belirli koşullar altında kullanılmalıdır.

Yumuşak bir Batıcı olduğu söylenebilecek Celal Nuri de birçok hususta yukarıda fikirleri özetlenen İslamcılarla aynı görüştedir. Ona göre kadınlarla

⁵⁹ SAİD HALİM PAŞA, *Buhranlarımız*, İstanbul, 1919, s. 87-89; Mustafa Sabri, “Aile Hayatı, Tesettür Meselesi, Kadın Hukuku”, *Sosyo-Kültürel Değişim Sürecinde Türk Ailesi*, c. III, Ankara, 1992, s.1115.

⁶⁰ ŞEYHÜLİSLAM MUSA KAZIM, “Hürriyet- Müsavat”, *Sosyo-Kültürel Değişim Sürecinde Türk Ailesi*, c. III, Ankara, 1992, s. 1044.

⁶¹ FATMA ALİYE, *Ta’addüd-i Zevcat-Zeyl*, K.M.Kütüphanesi, 1316, s. 1-18.

⁶² TİMURTAŞ, Faruk Kadri, *Mehmet Akif ve Cemiyetimiz*, Ankara, 1987, s. 75-79 ve 138-142.

ilgili sorunlar İslam'dan değil, cehalet ve istibdattan kaynaklanmaktadır. İslam, kadının sosyal hayata katılmasını engellemediği gibi, kendi haklarına sahip olmasını da reddetmez. Aksine İslam'ın kadınlara tanıdığı haklar Batı toplumlarının tanıdığı haklardan çok daha iyidir. Örneğin, Avrupa'da kadınların sadece belirli koşullar altında avukatlık yapmalarına izin verilirken, İslam'da kadınların herhangi bir sınırlama olmaksızın avukatlık yapmalarına izin verilmektedir. Kısacası, İslam kadınlara her türlü hakkı vermekte ancak uygulamada gelenek bunları engellemektedir. Celal Nuri, akıllı bir kadının haklarını kullanarak sosyal hayatta akıllı bir erkeğe denk bir konuma rahatlıkla gelebileceğini savunur ve örnek olarak Hz. Aişe'yi verir.

Celal Nuri'nin evlilik, evliliğin tescili, küçük yaşta evlenme gibi konularda uygulamaya yönelik ciddi eleştirileri vardır. Ona göre çiftlerin birbirlerini tanımadan arkadaş tavsiyesi ile evlenmeleri, hatta bazen düğüne kadar birbirlerini görmemeleri ciddi sıkıntılara yol açmaktadır. Düğün sürecinde de yanlış uygulamalar vardır. İslam'ın gereklilikleri gelenekler tarafından ihmal edilmekte ve bu cehalet nedeniyle mahkemelere talâk, iddet ve hidane (velayet) ile ilgili pek çok sefil dava getirilmektedir. Oysa evlilikler düzgün bir şekilde tescil edilse bunların hiçbiri yaşanmayacaktır. Evlilik yaşı konusunda da ciddi sorunlar bulunmaktadır. Erkekler ve kızlar çok küçük yaşta evlenmektedir. Bunun önüne geçmek için devlet evlilik yaşıyla ilgili yasalar çıkarmalıdır. Kısacası evlenme, boşanma ve nikah işlemleriyle ilgili yeniden düzenlemeler ivedilikle hazırlanmalı ve aile hukukuyla ilgili sorunlar ele alınmalıdır⁶³. Sonuç olarak Celal Nuri'ye göre Şark'ın en önemli sorunu kadın meselesidir; bu konuda yeniden bir düzenlemeye gidilmeli, ancak bu körü körüne bir taklit olmamalı, İslam'ın sınırları içinde kullanılmalıdır. Aynı cenahta yer alan Tahsin Hamid de hemen hemen Celal Nuri ile aynı fikirleri savunmuştur.

Radikal Batıcı olduğu düşünülen kişiler ise kadın sorunlarından doğrudan dini sorumlu tutmuşlardır. Örneğin bu grubun önde gelen üyelerinden Abdullah Cevdet, "Kur'an'ı da kadınları da açın!" sloganını kullanmıştır⁶⁴. Abdullah Cevdet'e göre tek eşlilik kural olmalıdır. Kadınların istedikleri gibi giyinmelerine izin verilmelidir⁶⁵. Evlenme ve boşanmada Avrupa kanunları uygulanmalıdır⁶⁶.

⁶³ CELAL NURİ, *Kadınlarımız*, Matbaa-i İctihad, İstanbul, 1331, s. 1066.

⁶⁴ KURNAZ, *Cumhuriyet Öncesinde*, s. 98.

⁶⁵ Mehmet Akif, Süleymaniye Kürsüsü'nde bu fikri şu şiddetli ifadelerle takbih ediyor:

"Dini kökten kazımak, sonra evet Ruslaşmak

O zaman iş bitecekmış ... O zaman kızlarımız

Selahaddin Asım'a göre ise kadınların en büyük sorunları olan örtünme, boşanma hakkı, mirastaki eşitsizlik ve çok eşlilik İslam'dan ve geleneklerden kaynaklanmaktadır. Bunlar reddedilmediği sürece çözüm için umut yoktur.

Türkçüler arasında en öne çıkan fikirler Ziya Gökalp'e aittir. Gökalp, "Aile Ahlakı" adlı makalesinde İslam ailesinin 4 kaynaktan gelen unsurlardan oluştuğunu savunur: Arap ailesi, İslam ailesi, İran-Roma ailesi ve Türk ailesi. Avrupalılar tarafından İslam'a yüklenen kadın karşıtı gelenekler aslında İslam'dan kaynaklanmamaktadır. Bu gelenekler İran-Roma kültürünün etkileridir. Gökalp, bu sorunu çözmek için İslami uygulamaların çoğunu örf olarak açıklamaya çalışır. Gökalp, Hz. Ömer döneminden örnekler vererek, devlet başkanının çok fazla yasama yetkisine sahip olduğunu savunur. Hatta öyle ki, örfün İslam hukukuna aykırı olduğu durumlarda Hz Ömer örfü İslam hukukuna tercih etmiştir. Gökalp, bu durumun Osmanlı Devleti'nde de geçerli olduğuna örnek olarak velinin izni olmadan evliliğin yasaklanmasını gösterir. Dolayısıyla şimdi de bu yöntem kullanılmalı, devlet başkanı aile hukukundaki sorunlarla ilgili düzenlemeler yapmalıdır.

Gökalp'e göre kadınlara boşanma, evlenme, miras, çalışma ve siyasi haklar konusunda eşit haklar verilmelidir. Devlette mutlakiyet kaldırılırken ailede de mutlakiyet kaldırılmalıdır. Gökalp'e göre Meşrutiyetin görevlerinden biri de diğer hukuk dalları gibi aile hukukunu da kanun haline getirmek ve normal mahkemelere tabi kılmaktır⁶⁷.

Bu görüşlerin kamuoyunun dikkatine sunulmasından sonra, özellikle çok eşlilik konusunda, İslamcılar ve Türk Milliyetçileri arasında sert tartışmalar yaşanmıştır. Özellikle ilginç bir tartışma, İslamcı olarak bilinen Sebilürreşad yazarları ile Mansurizade Said arasında yaşanmıştır⁶⁸.

Mansurizade Said'e göre çok eşlilik çağdaş dünyanın koşullarına uygun değildir. İslam hukuku içerisinde bu uygulamayı yasaklamak mümkündür. Bu-

Şu tutundukları gayet kaba, pek manasız
Örtüden sıynılacak Sonra da erkeklerden
Analık ilmini tahsil edeceklermiş ... Zaten
Müslümanlar o sebepten bu sefalette imiş!
Din için, millet için iş görececek alçağa bak;
Dini pâmal edecek milleti Ruslaştıracak!..."

⁶⁶ SAFA, Peyami, *Türk İnkılabına Bakışlar*, Ankara, 1981, s. 49-51.

⁶⁷ GÖKALP, Ziya, "Aile Ahlakı-3", *Yeni Mecmua*, Sayı: 12-17, 1917.

⁶⁸ MANSURİZADE SAİD, "Müdafaa", *İslam Mecmuası*, Yıl: 2, Sayı: 22, s. 553-554; s. 570-575.

nun için devlet başkanının yetkilerini kullanması yeterlidir. Bir şey İslam tarafından yasaklanmışsa devlet başkanı onu uygulayamaz ama bir şey İslam tarafından yasaklanmamışsa devlet başkanı onu yasaklayabilir ve bunu yaparak İslam'a aykırı davranmamış olur. Örneğin, evlilik anlaşması iki şahit önünde yapılmalıdır. Eğer devlet başkanı isterse, bir hâkimin bulunmasını da şart olarak ekleyebilir. Bu İslam'a aykırı değildir. Aynı mantık çok eşlilik için de kullanılabilir ve devlet başkanı günün şartlarını göz önünde bulundurarak yetkisini kullanabilir. Çok eşlilik devlet başkanı tarafından yasaklanmalıdır⁶⁹

Mansurizade Said, cevazın yanlışlığı konusunu gündeme getirir. Ona göre kanunlar sadece emredebilir veya kısıtlayabilir. İzin verilebilirlik, bir eylemin serbest olduğu ve kısıtlanmadığı anlamına gelir. Kur'an'ın "izinleri" izin vermekten farklı bir nedenle vardır. En fazla dört eşe sahip olmakla ilgili cümle buna bir örnektir. Bu dört eş izninin amacı çok eşliliğe bir izin değil, aksine bir sınırlamadır. Bu bir izin olmadığı gibi, mümkün olduğunca çok kadınla evlenme özgürlüğü de değildir. Böylece hükümet, İslam tarafından zaten sınırlandırılmış bir alanla ilgili bir yasa çıkarabilir ve devlet başkanı çok eşliliği yasadışı ilan edebilir. Bu İslam hukukuna aykırı değildir⁷⁰.

Mansurizade'nin bu fikirleri İslamcı kanattan Ahmed Naim tarafından cevaplanmıştır. Ahmed Naim'e göre çok eşliliği yasaklamak halka hiçbir fayda sağlamaz. Tam tersi, insanlar günahkâr yollar arayabilirler. Günaha sebep olanlar da günahkârdır. Çok eşlilik zaten toplum içinde çok yaygın değildir. Sınırlı kullanımı olan bir uygulamadaki düzenlemeler sorun yaratabilir⁷¹.

Yukarıda özetlenen üç akım arasında HAK'ta en baskın ideoloji hangisidir? Buna verilecek basit bir cevap eksik olacaktır. HAK'ın baskın düzenlemeleri bir ideoloji belirlemekten ziyade zamanın değişen doğasına dayanmaktadır. Yine de bahsi geçen üç ideoloji HAK'ın farklı bölümlerini etkilemiştir. Bu konunun daha kısa bir incelemesi için Esbab-ı Mucibe Layiha'sının (ratio legis) düzenlemelere ilişkin kendi açıklamalarını tartışmak faydalı olacaktır:

"Gerek müslim gerekse gayr-ı müslim bi'l-umum Osmanlılara âm ve şamil olacak bir suretde ve sırf memleket ve milletle asrın ihtiyacını

⁶⁹ MANSURİZADE SAİD, "Taaddüd-i Zevcat İslamiyet'te Men' Olunabilir", *İslam Mecmuası*, Yıl: 1, Sayı: 8, s. 233.

⁷⁰ MANSURİZADE SAİD, "Şeriat ve Kanun", *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı: 8/ 604-605, 10/295-297; AYDIN, "Osmanlı Toplumunda..", s. 172-173.

⁷¹ AHMET NAİM, "Taaddüd-i Zevcat İslamiyette Men olunabilir mi?" (Mansurizade Said'in aynı isimli makalesine cevap), *Sebilür-Reşad*, Sayı: 298, s. 219.

nazar-ı itibara alarak tedvin-i kanun kaziyyesi bu hususda en evvel nazar-ı dikkati câlib bir tarık olarak düşünülebilirse de şu suret ne müslimlerin ne de gayrı müslimlerin ve ne de maslahatın icabına tevafuk etmez. Asırlardan beri aile umurunu ahkâm-ı diniyeye tevfiğ eden bir kavmin bütün ananâtını bir anda ve hiç bir usul-ü tedric ve istifaya riayet etmeksizin tebdil etmek, kanunu her türlü nüfuz-ı manevîden mahrum ve kabiliyet-i tahkikiyesini pek esaslı bir surette rahnedar eder⁷²”.

Bu ifade, HAK’ın belirli bir ideolojiyi önceliklendirmekten ziyade, toplumun tarihî tecrübelerini, dinî düzenlemelerini ve dönemin ihtiyaçlarını gözetecek bir denge arayışında olduğunu göstermektedir.

Toplu bir bakışla Batıcılar, İslamcılar ve Türk Milliyetçilerinin her birinin HAK üzerindeki etkisi incelendiğinde, radikal Batıcıların etkisinin diğer iki gruba göre çok daha zayıf olduğu söylenebilir. Öte yandan, Celal Nuri ve arkadaşlarının başını çektiği ılımlı Batıcıların HAK üzerinde, özellikle evlilik sözleşmelerinin kayıt altına alınması konusundaki fikirlerinin dikkate alındığı ve ılımlı bir etkisi olduğu görüldü.

Aynı değerlendirme İslamcılar için de yapılabilir. İslamcılarının görüşleri ve özellikle de birden fazla eş sahibi olma konusundaki argümanları HAK’ta bir bütün olarak hâkim olmamıştır. Bu konuda en önemli adımlarından biri İslam hukuku sınırları içinde atılmıştır; erkek ikinci bir eşle evlenmek için ilk eşinden izin almak zorundadır, eğer kadın kabul etmezse kocasından boşanabilir. Bu, birden fazla eşe sahip olmanın tamamen ortadan kaldırılmasına giden yolda atılan ilk adımdır. Bu kararda Türk Milliyetçilerinin küçük bir etkisi olduğu da görülebilir. Ziya Gökalp ve Mansurizade Said çok eşlilikle ilgili eleştirilerini defalarca tekrarlamalarına rağmen, alınan nihai karar onların istedikleri çok eşliliği kaldırma şeklinde tecelli etmemiştir. Bu da bir kez daha göstermektedir ki, gelenek ve caiziyet fikirleri HAK’ın nihai kararlarını pek de etkilememiştir⁷³.

IV. KARARNAME’NİN HAZIRLANMASI VE UYGULANMA SÜRESİ

HAK’ın hazırlanmasıyla ilgili hazırlıklar kapsamında önce bir Aile Konseyi kurulmuş ve bu Konsey ilk toplantısını 22 Mayıs 1916 tarihinde yapmıştır.

Konsey şu beş üyeden oluşmakta idi:

⁷² AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, s. 316-317.

⁷³ AYDIN, “Osmanlı Toplumunda..”, s. 178; KURNAZ, II. *Meşrutiyet Döneminde..*, s. 109; FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, *Code Familial*, Paris 1936, s. 29-30.

1. Mahmud Esad Efendi; Meclis Başkanı, Isparta Milletvekili.
2. Hafız Şevket Efendi; Üye, Fetvahaneye Müfettişi.
3. Mansurizade Said Bey; Üye, Menteşe Vekili.
4. Mustafa Fevzi Efendi; Üye, Vakıf Mahkemesi Hakimi.
5. Ali Baş Hamza Efendi; Üye, Devlet Konseyi Üyesi.

Bu Konsey, Yahudi ve Hristiyanlarla ilgili kanunların hazırlanması sırasında danıştığı alt konseylere de sahipti⁷⁴. Konsey tarafından hazırlanan HAK'ın tamamı iki cilt ve 157 maddeden oluşmuştur. Evlilik isimli ilk kitap 6 bölüm, 11 fasıl ve 101 maddeden oluşmaktadır. Boşanma isimli ikinci kitap ise 3 bölüm, 5 fasıl ve 51 maddeden oluşmaktadır.

Kararname, İslam'ın dört mezhebi de dikkate alınarak hazırlanmıştır. Yahudi ve Hristiyanların evlenme veya boşanmalarına ilişkin kanunlar kendi dinlerine göre yazılmıştır. Ancak dini liderlerin evlilik sözleşmeleri ve bunların feshi, nafaka ve evlilik sorunlarıyla ilgili kararlar üzerindeki hakları ellerinden alınmıştır. Böylece Osmanlı Devleti'nde hem Müslümanlar hem de gayrimüslimler için aile hayatına ilişkin ilk resmi düzenleme yapılmıştır⁷⁵.

İşlemlerin bitmesinin ardından Kararnâme, 25 Ekim 1917 tarihinde Padişah Mehmet Reşat, Sadrazam Mehmet Talat ve Adliye Nazırı Halil Bey tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiş⁷⁶ ve 31 Ekim 1917 tarihinde resmi gazete olan Takvîm-i Vekâyi'de yayımlanmıştır⁷⁷. Bundan bir gün sonra, 1 Kasım 1917 tarihinde Meclis-i Mebusan toplanmıştır⁷⁸. Ancak, Meclis-i Mebusan'ın ilk toplantısında ele alınamamış olan Kararnâme, resmi gazetede yayımlandıktan on beş gün sonra⁷⁹, yani 15 Kasım 1917 tarihinde Meclis'in beşinci toplantısında gündeme alınmış ve buradaki uzun tartışmaların ardından, incelenmek üzere Adliye Encümenine gönderilmiştir. Bu süreç, Kararnâme'nin kabulü ve uygulamaya girmesi açısından önemli bir aşama olarak kayda geçmiştir. HAK, kuru-

⁷⁴ CİN, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2. Baskı. Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1988, s. 292; CİN, Halil - AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1996. I, 79.

⁷⁵ CİN, s. 292; CİN- AKGÜNDÜZ, I, s. 79.

⁷⁶ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, *Takvîm-i Vekâyi'*, Sayı: 3046, İstanbul 1917, s. 10.

⁷⁷ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, *Takvîm-i Vekâyi'*, Sayı: 3046, İstanbul 1917. s. 3-10.

⁷⁸ *Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi*, 3. Dönem, 4. İctima, 1. İn'ikad, Cilt: I, 1917.

⁷⁹ "Aydın Mebusu Emanuel Emanuelidi Efendinin Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası İçin Bir Encümeni Mahsus Teşkiline Dair Takriri", *Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi*, 3. Dönem, 4. İctima, 5. Birleşim, Cilt: I, 1917, s. 30.

ilan komisyonlar tarafından incelenip Meclis-i Mebusan tarafından onaylanmayı bekleyen 500 kadar Muvakkat Kanun'un olduğu bir dönemde çıkarılmış⁸⁰ ve Muvakkat Kanun şartlarını taşımadığı hâlde, bu tür bir kanun olarak ilan edilmiştir⁸¹. Muvakkat Kanunlar, genellikle Meclis tarafından onaylanmadan önce geçici olarak uygulamaya girse de, bu durum HAK için geçerli olmamış, Meclis tarafından onaylanmadan, yürürlükte kaldığı yaklaşık 21 ay boyunca hukuki geçerliliğini sürdürmüştür. 19 Haziran 1919 tarihinde ise gerekli onay alınmadığı için yürürlükten kaldırılmıştır⁸². Bu durum, HAK'ın geçici bir düzenleme olarak kalması gerektiği fakat dönemin koşulları nedeniyle uzun süre geçerli kaldığına işaret eder.

Türünün ilk örneği olan ve büyük umutlarla hazırlanan Kararname sınırlı bir uygulama alanına sahip olmuş ve sadece şehirlerdeki az sayıda kadın bundan yararlanabilmiştir⁸³. Örneğin, Aile Kanunu'nun çok eşlilikle ilgili hükmünü ilk kullanan çift Halide Edip Adıvar ve Salih Zeki Bey'dir⁸⁴. Aile Hukuku'nun uygulama açısından bu kadar sınırlı kalmasının nedenleri arasında, kısa ömürlü olması ve kadınların kendi haklarının farkında olmamaları gösterilebilir.

HAK'ın bu kadar kısa ömürlü olma sebepleri arasında, İttihat Terakki İktidarının değişmesi, Sebilürreşad gibi dergilerdeki aleyhteki yazılar ve aile hukukuyla ilgili hüküm verme yetkisi elinden alınan kilisenin ve gayrimüslimlerin yabancı devletler nezdindeki müracaat ve baskıları etkili olmuştur. Yaşanan süreç, Osmanlı İmparatorluğu'nun çalkantılı dönemlerinden birinde, modernleşme çabalarının ve farklı toplumsal kesimlerin beklentilerinin nasıl çatıştığını gösteren önemli bir örnektir.

V. HAK'IN KADINLARLA İLGİLİ GETİRDİĞİ YENİLİKLERE GENEL BİR BAKIŞ⁸⁵

HAK'da evlilik sözleşmeleri konusunda bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Osmanlı tarihinde ilk kez evlilik için yaş şartı getirilmiş ve evlilikte vekillik

⁸⁰ “Ahmet Rıza Beyin Muvakkat Kanun ve Kararnameler Hakkındaki Teklifi”, *Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi*, 3. Dönem, 4. İctima, 23. İn'ikad, Cilt: I, 1918, s. 338.

⁸¹ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, *Takvîm-i Vekâyi*, Sayı: 3046, İstanbul, 1917, s. 3-10.

⁸² 8 Muharrem 1336 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Lağvı, *Düstur*, İkinci Tertip, Cilt: XI, s. 299.

⁸³ TAŞKIRAN, Tezer, *Cumhuriyetin 50. Yılında Türk Kadın Hakları*, Ankara, 1973, s. 48.

⁸⁴ ORTAYLI, İlber, *Osmanlı Toplumunda Aile*, İstanbul, 2020, s. 155.

⁸⁵ Konuyla ilgili geniş bir çalışma için bkz. KONAN, Belkıs, “Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Düzenlemeler”, *II. Türk Hukuk Tarihi İslam Hukuku Kongresi Bildirileri Cilt 1*, Ed. Fethi GEDİKLİ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 323-352.

konularında da değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, tam evlenme ehliyetine sahip olmak için artık kadınların 17, erkeklerin ise 18 yaşında olması getirilmiştir⁸⁶. HAK, aynı zamanda asgari bir evlilik yaşı da tanımlamış ve 12 yaşını doldurmamış erkek ve 9 yaşını doldurmamış kız çocuklarının hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır⁸⁷.

HAK'ın evlilik sözleşmesiyle ilgili gündeme getirdiği en önemli konulardan biri de çok eşlilikle ilgili 38. maddedir. Bu maddeye göre evlilik, erkeğin başka bir eş almayacağını ve ancak boşandıktan sonra tekrar evlenebileceğini garanti eder⁸⁸. HAK çok eşliliği tamamen yasaklamamakta ancak Hanbeli mezhebinden istifade yoluyla bunu ilk eşin izninin alınmasına bağlamaktadır. Bu hükme göre kadın evlilik sözleşmesine çok eşliliği yasaklayan bir madde konulmasını isteyebilmekte ve böylece isterse kendisini çok eşlilikten koruyabilmektedir.

Kararname, boşanma konusunda da klasik Osmanlı aile hukukunda reform niteliğinde yeni hükümler getirmiştir. HAK'ın "Müfarakat" başlığı altında boşanma hükümlerini içeren ikinci kitabına göre talak ehliyetine sahip olan kişi koca olmakla beraber böyle bir durumda, devletin boşanmaya müdahale etmesi ve boşanmanın hâkim kararıyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu, evlilik birliğinin sona ermesi konusunda daha dengeli ve adil bir sürecin sağlanmasını amaçlamaktadır⁸⁹. Yine HAK, zorla yapılan evlilikleri kusurlu (fasit) ve zorla yapılan boşanmaları geçersiz saymaktadır⁹⁰.

Kararname'nin en dikkate değer bölümlerinden biri, kadına belirli durumlarda kazaî boşanma hakkı tanıyan bölümdür. Önceki uygulamalarda ancak iktidarsızlık, akıl hastalığı, cüzzam, baras gibi durumlar tefrik sebebi iken HAK, diğer mezheplerden de yararlanarak boşanma hakkını genişletmiştir. Bu sebepler; evliliğe engel bir kusur nedeniyle tefrik, hastalık (akıl hastalığı, cüzzam, baras ve zührevî hastalıklar) nedeniyle tefrik, gaiplik nedeniyle tefrik ve geçimsizlik nedeniyle tefrik şeklinde belirlenmiştir⁹¹. 126. maddeye göre eğer koca ailesinden uzaklaşıp kaybolur veya bir yerde gizlenirse ve evin geçimini sağlamak kadın için güç hale gelirse, kadının mahkemeden tefrik (ayrılık) isteme

⁸⁶ HAK, Madde: 4.

⁸⁷ HAK, Madde: 7.

⁸⁸ HAK, Madde: 38.

⁸⁹ AYDIN, "Aile.", s. 198.

⁹⁰ HAK, Madde: 105.

⁹¹ AYDIN, "Aile.", s. 203.

hakkı doğmaktadır. Başvuru üzerine hâkim, gerekli araştırmayı yaparak tefrike karar verebilmektedir. Bu düzenleme, Kararname'nin getirdiği önemli yeniliklerden biridir.

Yine HAK'tan önce genellikle boşanma sebebi olarak görülmeyen ile içi geçimsizlik Kararname'yle yeniden düzenlenmiş ve Maliki Mezhebinin bir aile meclisi kurulması ve olası bir boşanmaya bu meclisin karar vermesi yönündeki görüşünü esas almıştır⁹².

Toplu bir gözden geçirmeyle HAK, en çok kız çocuklarını mağdur eden erken yaşta evliliklere bir alt yaş sınırı getirmiş, zorla yapılmış evlilikleri ve boşanmaları geçersiz kabul etmiş, kadınların evlilik sözleşmelerine, kocalarının ikinci bir kadınla evlenmelerini yasaklayan bir madde koymalarına izin vermiş, ilk defa kadınlara boşanma hakkı getirmiş, iddet sisteminde yapılan reformlarla da kadınların hayatlarını kolaylaştırmayı amaçlamıştır. Bu maddeler yanında boşanma ve nesep durumunda çocukların velayetine ilişkin herhangi bir kanun bulunmaması HAK'daki başlıca eksiklik olarak görülebilir. Bu kabil eksikliklerine rağmen HAK, İslam'ın dört hukuk ekolünden de yararlanılarak kadınların karşılaştığı pek çok sorunu çözebilmiştir. Osmanlıdaki kısa ömrüne mukabil HAK uzun yıllar Lübnan, Suriye, Filistin ve Ürdün gibi İslam ülkelerinde yürürlükte kalmış ve sonraki kanunlar üzerinde de etkili olmuştur.

VI. HAK'IN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN SONRAKİ TEPKİLER VE TARTIŞMALAR

Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe girdiği andan itibaren yeni bir tartışma dalgasına yol açmış ve bazı yönleriyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirileri iki ana maddede toplamak mümkündür: 1. Genel bakış açısı ve yön-temle ilgili eleştiriler. 2. Tek tek maddeler hakkındaki eleştiriler. Biz bu eleştirilerin tamamını değil sadece kadınları ilgilendiren kısımlarını özetlemeye çalışacağız.

Bahsi geçen eleştiri ve yorumlar bilhassa geleneksel kanadı temsil eden Babanzâde Ahmed Naîm (1872-1934)⁹³ ve Sadreddîn Efendi gibi âlimlerden

⁹² HAK, Madde: 130.

⁹³ Bağdatta doğan Babanzade Ahmet Naim, Babanzâdeler'den Mustafa Zihni Paşa'nın oğludur. Galatasaray Sultânisi ve Mülkiye Mektebi'nde okudu. Bir ara Hariciye Nezâreti Tercüme Kalemî'nde çalıştıktan sonra Maarif Nezâreti Yüksek Tedrisat müdürlüğüne getirildi (1911-1912). Galatasaray Sultânisi'nde Arapça okuttu (1912-1914) ve Maarif Nezâreti Telif ve Tercüme Odası üyeliğinde bulundu (1914-1915). Daha sonra Dârülfünun Edebiyat Fakültesi'nde felsefe, mantık, ruhiyat ve ahlâk dersleri müderrisliğine başladı (1915); bu görevini Dârülfünun'un lağvedilmesine kadar (1 Temmuz 1933) aralıksız sürdürdü. Bu tarihte

gelmiştir. Kararnameyi daha çok yöntem ve amaç bakımından eleştiren Ahmed Naim, Osmanlı Devleti'nin giderek laik bir yapıya doğru evrildiğini ve bu durumun toplumun ahlaki ve sosyal yapısını da derinden sarsacağını dile getirir.

Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'ne yönelik en sert eleştirileri getiren isimlerden biri Abdülkadir Sadreddin Efendi olmuştur⁹⁴. Sadreddin Efendi, bu konuda *Sebilürreşâd* dergisinde toplam 20 makalelik bir seri kaleme alarak Kararnâme'yi detaylı bir şekilde eleştirmiştir⁹⁵.

Sadreddin Efendi, öncelikle Kararnâme'nin hazırlanışında izlenen yöntemi hatalı bulur. Özellikle Kararnâme'yi hazırlayan komisyonun yaptığı düzenlemele-

üniversite yeniden kurulurken açıkta bırakıldı. 13 Ağustos 1934 tarihinde secdeye vefat etti. Kabri Edirnekapı Mezarlığı'nda, dostu Mehmed Âkif Ersoy'un mezarının yanındadır. Garp ilminin âşığı, fakat maddeciliğin amansız düşmanı bir felsefe âlimi idi. Kayınpederi Fâtih türbedarı Ahmed Amiş Efendi'ye müntesip olan Ahmet Naim, İslâm birliği ve kardeşliği konusunda çok titiz ve dikkatliydi. Felsefe, mantık ve kelamla ilgili tercüme ve telif eserleri yanında hadisle de ilgilenmiş ve *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Şarih Tercemesi ve Şerhi* (İstanbul 1346, ilk üç cilt; daha sonraki ciltler Kâmil Miras tarafından tercüme edilmiştir) isimli eseriyle haklı bir şöret kazanmıştır. Ayrıca çeşitli dergilerde, özellikle *Sırât-ı Müstakim* ve *Sebilürreşâd*'da birçok makalesi yayımlanmıştır. (bkz. ÇAKAN, İsmail Lütfi, "Babazade Ahmet Naim", *DİA*, IV: 375-76).

⁹⁴ Abdülkadir Sadreddin Efendi, 28 Mart 1855 tarihinde İstanbul'da dünyaya gelmiştir. Hayatı hakkında detaylı bilgiler sınırlı olmakla birlikte, muhaddislik ve fakihlik konularındaki yetkinliğiyle tanınmıştır. 18 Şubat 1328'de (1912) Dârü'l-Fünûn'un Hikmet-i Teşri' müderrisliğine atanmış, ardından 5 Mart 1329'da (1913) Dârü'l-Fünûn'un İlahiyat Şubesi'nde görev yapmaya başlamıştır. Ancak, 1331 yılında gerçekleşen yeniden yapılanma süreci sonucunda, 13 Teşrin-i Evvel 1331'de (1915) bu görevine son verilmiştir. Sadreddin Efendi, Tetkik-i Mesâhif ve Müellefât-ı Şer'iyye Meclisi'nde üyelik yapmış, daha sonra 20 Eylül 1336 (1920) tarihinde Darü'l-Hikmeti'l-İslâmiyye üyeliğine atanmıştır. Ancak bu görevinde de uzun süre kalamamış ve 16 Teşrin-i Evvel 1336'da (1920) bu üyeliği sona ermiştir. Kısa süreli görevleri ve akademik çalışmaları, onun dönemindeki siyasi ve dini gelişmelerin etkisi altında şekillenmiştir. Sadreddin Efendi, 14 Şubat 1931 tarihinde İstanbul'da vefat etmiştir. Mezarı, Karacaahmet Mezarlığı'nda bulunmaktadır. İlmi birikimi ve çalışmaları, özellikle Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'ne yönelik eleştirileri ile dikkat çekmiş, yaşadığı dönemin önemli İslâm âlimlerinden biri olarak anılmıştır. (KÜÇÜKTİRYAKİ, Ahmet Yasin, *Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009; BENLİ, Ali, "Abdülkadir Sadreddin Efendi ve Miftâhu Kunûzi'l-İslâm Adlı Fehrese Türü Eserinin Tefsir Literatürüne Katkısı", *Osmanlı Toplumunda Kur'an Kültürü ve Tefsir Çalışmaları*, Cilt: 2, s. 483-487.).

⁹⁵ Sadreddin Efendi, *Sebilürreşâd Mecmuası*nda yayımlanan ilk makalesinde, Hukûk-ı Âile ve Usûl-u Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnâmeleriyle ilgili eleştirilerini şu şekilde ifade etmiştir: "Hukûk-ı Âile ve Usûl-u Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnâmeleri hakkında Dârü'l Fünûn mülğâ İlahiyat Şubesi Hikmet-i Teşri' müderrisi müteahhirin ulemâdan muhaddis, fakih-i şehîr Sadreddin Efendi hazretleri tarafından evvelce kaleme alınıp, hükûmet-i sâbıkaca neşrine müsaade edilmeyen lâyihayı kemâl-i ehemmiyetine mebnî derç ediyoruz. Meselenin Meclis-i Mebusanca mevzu-ı bahs olduğu şu günlerde milletvekillerinin bu lâyihayı mevzunun ehemmiyetiyle mütenâsib sûrette takip ve tetkik edecekleri kaviyyen me'muldur." (*Abdülkadir Sadreddin Efendi, Hukuk-ı Aile ve Usûl-u Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnâmeleri Hakkında*, *Sebilürreşâd Mecmuası*, Cilt: 15, Sayı: 382, s. 321.) Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, Sadreddin Efendi'nin Kararnâme'ye yönelik tepkisi yalnızca içeriksel değil, aynı zamanda siyasi ve idari boyutlara da dayanmaktadır. Hükûmet tarafından daha önce yazılarının yayımlanmasının engellenmesi, onun bu meseleye duyduğu tepkiyi daha da artırmıştır. Bu makale, Sadreddin Efendi'nin Kararnameyi İslami prensiplerden sapma olarak görmesine ve bu nedenle yoğun eleştirilerde bulunmasına zemin hazırlamıştır. Özellikle milletvekillerine hitaben yaptığı çağrı, meselenin sadece bir hukuk düzenlemesi değil, aynı zamanda toplumsal ve dini bir mesele olduğunu vurgulama gayretini ortaya koymaktadır.

rin, bazı hususları “îcâbât-ı medeniyye” (medenî hayatın gerektirdiği ihtiyaçlar) olarak değerlendirdiğini; Mecelle’de belirtilen “Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz” (Zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi inkâr edilemez) kaidesinin Komisyon Heyeti tarafından yanlış bir şekilde yorumlandığını ve bu yanlış anlamanın Kararnâme’nin hükümlerine de yansıdığını belirtir⁹⁶. Aşağıda da tekrar ele alacağımız üzere Sadreddin Efendi eleştirilerini bu genel mülâhazalarla sınırlı tutmamış, oldukça detaylı bir şekilde dile getirmiştir⁹⁷.

Hukuk Fakültesi müderrislerinden Abdurrahman Münip ve Alaaddin Ruhi ile Ahmet Şi’rani de Kararnâmenin çeşitli yönlerden düzeltilmesi gerektiğini, özellikle şer’î açıdan eksik olduğunu vurgulamışlardır⁹⁸.

Ahmed Şirânî⁹⁹, Kararnâme’nin halkın temayülleri ve menfaatleriyle çelişen birçok maddesi arasında; gayr-i meşru ilişkilerin kayın hısımlığı haramlığı açısından dikkate alınmaması, nikâh akdi için kızların ve kadınların mahkeme huzuruna çıkarılması ve erkek doktorlara muayene ettirilerek evlenmeye engel bir hastalığı olmadığına dair rapor alınması gibi hükümleri saymış, bu maddelerin toplumun gelenekleri ve değerleriyle bağdaşmadığını, ifade etmiştir¹⁰⁰.

HAK’a dini gerekçelerle karşı çıkmalar yanında Türk Milliyetçileri ve Batıcılar da yapılan değişiklikleri yeterli bulmamışlardır. “İkdam” gazetesinde yayınlanan bir makalede: ‘Kararnâmenin yetersizliği nedeniyle aile ve kadın krizi yaşanıyor ve kararname tam olarak uygulanamıyor¹⁰¹’ şeklinde yazılar çıkmıştır.

⁹⁶ SADREDDİN EFENDİ, s. 322.

⁹⁷ SADREDDİN EFENDİ, s. 321; Sadreddin Efendi Kararnâme’de yer alan Müslümanlarla ilgili 103 maddeden 40’dan fazlasının alûd (bozuk, karışık) olduğunu ifade etmiştir. (bkz. SADREDDİN EFENDİ, s. 321). Şer’î şerife aykırılık bakımından eleştirdiği maddelere 4, 5, 6, 7, 8, 9, 19, 33, 37, 53, 75, 104, 105, 110, 130’uncu maddeler örnek verilebilir.

⁹⁸ ALAEDDİN RUHİ, “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’nin Lağvı Münasebetiyle”, *İ’tisâm* 36 (İstanbul 1919): 360.

⁹⁹ Ahmet Şirani 1879 yılında Şiranda doğdu. Memleketindeki ilk tahsilinden sonra İstanbul’a gelerek medrese eğitimi gördü ve 1909 yılında icazet aldı. 1914 yılında da Medresetü’l-Kuzat’dan mezun oldu. II. Meşrutiyet yıllarında medreselerin ıslahı hususunda Şeyhülislam Ürgüplü Hayri Efendi ve İttihat idaresiyle ters düştü ve iki seneye yakın hapiste kaldı. 1917 yılında eski görevine iade edilen Şirani diğer bazı görevler yanında Sahn Medresesi fıkıh müderrisliği ile Darü’l-hikme azalığı yaptı. Medreselerin kaldırılması üzerine 1924 yılında işsiz kaldı. Tevhid-i Efkar ve Sebilürreşad Dergilerinde yazıları çıkan Ahmet Şirani bu sebeple İstiklal Mahkemesinde yargılandıysa da beraat etti. 1925 ve 1926 yıllarında Konya ve İstanbul İmam Hatip Mekteplerinde görev yapan Şirani’nin hayatı hakkında daha fazla bilgi yoktur. İslam birliği taraftarı olan ve medrese sistemini savunan Şirani döneminde din karşıtı fikirlere karşı sert polemic yazılarıyla tanınmış cesur ve alim bir şahsiyet idi. (bkz. TOZLU, Seyfettin, “İkinci Meşrutiyet Döneminde Bir İlimiyeli: Ahmet Şirani Efendi”, *Türkiye Günlüğü*, 1997, s.42-59).

¹⁰⁰ AHMET ŞİRANİ, s. 421.

¹⁰¹ FINDIKOĞLU, *Aile Hukukunun Tedvini Meselesi*, İstanbul, 1944, s. 51; KURNAZ, *II. Meşrutiyet..*, s. 110.

Şimdi yukarıda genel bakış açısıyla ilgili özetlediğimiz fikir sahiplerinin Kararname hakkındaki görüşleri üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak duracağız. Bu fikir sahipleri arasında bilhassa İstanbul Üniversitesi hocalarından Sadreddin Efendi kaleme aldığı seri makalelerinde, Aile Kanunu’nun Hanefi hukukunda yaptığı tüm değişiklikleri eleştirmiştir¹⁰². Sadreddin Efendi, Kararnâme ile ilgili kaleme aldığı ilk makalesinde, Kararnâme’nin genel yapısı, ruhu ve birçok maddesinin Kânûn-i Esâsî’ye, şer‘-i ma‘luma, naslara ve toplumun maslahatlarına uygun olmadığını ileri sürmüş, daha sonraki yazılarında ise Kararnâme’nin maddelerini tek tek ele alarak eleştirmiştir. Bu çalışmamızda, Sadreddin Efendi’nin eleştirileri detaylandırılmadan, kadın haklarıyla ilgili konulara odaklanılmıştır. Bu maddeler, kadınların hakları, boşanma süreçleri ve aile içindeki rolleri gibi bahislere dairdir¹⁰³.

Sadreddin Efendi, Kararnâme’nin evlenme ehliyetine ilişkin ikinci faslında yer alan sekiz maddenin yedisinin (4 ila 11. maddeler) şeriata ve maslahata uygun olmadığını iddia etmiş ve bunlardan bilhassa 4. maddeyi eleştirmiştir. Bu madde, “Ehliyet-i nikâhî hâiz olmak için hâtibin (damadın) on sekiz, mahtûbenin (gelinin) on yedi yaşını itmâm etmiş olmaları şarttır” şeklinde bir yaş sınırlaması getirmektedir. Şeriat açısından, nikâh akdi için yaş sınırı bulunmadığına işaret eden Sadreddin Efendi, yaşın yalnızca zıfâf ehliyeti için bir şart olarak kabul edildiğini, bunun da kızlarda dokuz, erkeklerde on iki yaşını tamamlama anlamına geldiğini belirtmektedir¹⁰⁴.

Sadreddin Efendi, 17-18 yaşından önce evlenmeyi memleketin en büyük “musibetlerinden biri” olarak gören komisyonun yaklaşımını esefle karşılamıştır. Evlilik hakkını insanların değil, Allah’ın bahsettiğini belirten Sadreddin Efendi, evlenmenin ehl-i İslâm’ın çoğalmasına vesile olduğunu ve asırlardır bilinen birçok faydasının bulunduğunu vurgulamıştır. Sadreddin Efendi, diğer akitlerin yürürlüğe girmesi için evlenme çağına gelmeyi ve nikâha ehil olmayı hem nassan hem de icmaan bir ön şart olarak kabul etmiştir¹⁰⁵.

Sadreddin Efendi, Kararnâme’nin 7. maddesindeki düzenlemeyi de detaylı bir şekilde eleştirmiştir. Bu madde, “On iki yaşını itmâm etmemiş olan küçük

¹⁰² SADREDDİN EFENDİ, “Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer’iyye Kararnameleri Hakkında”, *Sebilürreşad*, s. 382-445.

¹⁰³ Sadreddin Efendi’nin daha ayrıntılı eleştirileri için bkz. ENSAR, Durmuş, *1917 Tarihli Hukûk-ı Âile Kararnamesi’ne Yöneltilen Eleştiriler*, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017.

¹⁰⁴ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşad* 15/385, İstanbul, 1918, s. 369.

¹⁰⁵ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşad* 15/383, İstanbul, 1918, s. 337-338.

erkek çocuğu (sağır) ve dokuz yaşını itmâm etmemiş olan küçük kız çocuğu (sağire) hiçbir kimse tarafından tezvic edilemez (evlendirilemez)” şeklindedir. O bu hükmün müçtehitlerin genel görüşüne aykırı olduğunu savunmuştur. Bu argümanı desteklemek için, Hz. Aîşe’nin Hz. Peygamber (sav) ile evliliğini ve sahabenin birçok evlilik akdini delil olarak göstermiştir. Bu evlilikleri, küçüklerin evlendirilebileceğine dair tarihî ve pratik örnekler olarak veren Sadreddin Efendi, meselenin nas (Kur’an ve hadis) ile belirtilmiş ve üzerinde icma (toplum görüşü) edilmiş bir mesele olduğunu, ümmetin imamlarının “Küçük erkek ve kız çocuğunu babaları evlendiremezler, evlendirirlerse bu evlilik yürürlüğe girmez” şeklinde bir görüş belirtmediklerini ifade etmiştir. Bu nedenle, Kararnâme’nin 7. maddesindeki düzenlemenin geçersiz olduğunu ve mevcut şariat hükümleriyle çeliştğini öne sürmüştür¹⁰⁶.

Kararnâme’nin kadınları ilgilendiren diğer bir hükmü de 104. maddede geçen, “Sarhoşun boşaması muteber değildir” hükmüdür. Konuyla ilgili ayrıntılı fıkhi bilgiler veren Sadreddin Efendi, bütün bu bilgilerden sonra, sarhoşun boşamasının geçersiz sayılması yönündeki düzenlemenin dayanaklarının sağlam olmadığını, buna mukabil, sarhoşun boşamasının geçerli olduğuna dair çok sayıda delil bulunduğunu, dört mezhep imamının da icma ettiğini ifade ederek, aksine fetvâ vermenin uygun olmadığını savunmuştur. O, sarhoşun boşamasını geçersiz saymanın ailenin ve kadının maslahatına değil, zararına olacağını ileri sürmüş, bu nedenle, sarhoşun boşamasını geçerli sayan geleneksel görüşün daha uygun olduğunu savunmuştur¹⁰⁷. Aynı kanaatte olan Şirânî de, bu düzenlemenin potansiyel suiistimallere açık olduğu fikrindedir. Örneğin, bir kişinin sarhoş değilken eşini boşayıp, sonrasında “Ben eşimi sarhoşken boşadım” diyerek iki tanık bulması mümkündür. Ona göre sarhoşluğun normalleştirilmesi ve bu tür durumların yasal bir zemin kazanması, toplumda daha geniş bir ahlaki çöküşe yol açabilecektir¹⁰⁸.

Kararnâme’nin 105. maddesindeki “İkrah (tehdit, zorlama) ile vuku bulan talâk muteber değildir” hükmünün Malikî mezhebinden alındığına dair iddiaların yanlış olduğunu öne süren Sadreddin Efendi, İmam Malik’in böyle bir görüşü bulunmadığını ileri sürmektedir. O, kocanın, tehdit altında kalarak karısını boşama kararının sahih ve geçerli olduğunu, din âlimleri ve mezhep sahipleri arasında bu konuda bir ihtilaf bulunmadığını ileri sürmekte; ihtilafın, ikrah al-

¹⁰⁶ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd* 15/384, İstanbul, 1918, s. 355-357.

¹⁰⁷ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 16/396, İstanbul, 1919, s. 67-68.

¹⁰⁸ AHMET ŞİRANİ, “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi”, *İ’tisâm* 40, İstanbul, 1335, s. 418.

tında bulunan kişinin boşama niyetini dile getirmesiyle alakalı olduğunu açıklamakta ve netice olarak ilgili maddenin şu şekilde düzeltilmesini teklif etmektedir: “Talâk-ı mükreh muteberdir. Meğer ki ikrah olunan kimse tatliki (boşamayı) niyet etmemiş olsun¹⁰⁹”.

Sadreddin Efendi, nikâhta velilerin sırasını ele alırken, kadının velisinden habersiz dengiyle evlenmesinin hukuki sonuçlarını da detaylı bir şekilde tartışmıştır. Bu bağlamda, eğer kadın, emsal kadınlara verilen mehirden (mehr-i misil) daha az bir mehirle evlenmişse, bu durumda velinin nikâhı feshettirme yetkisinin bulunmadığını vurgular. Bu durum, kadının hakları ve velinin rolü açısından oldukça kritik bir meseledir. Zira nikâhın geçerliliği konusunda kadının iradesinin önemi üzerine yaptığı vurgular, toplumda kadının konumunu ve haklarını güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Sadreddin Efendi, kadınının bilgisi dışında onun dengi olmayan biriyle evlendirilmesi durumunda ise veliye veya kadına nikâhı feshetme yetkisini vermenin gerekliliğini savunmuştur.

Sadreddin Efendi, mehr-i mislin hesaplanmasıyla ilgili detaylara da değinmiştir. Bu hesaplamanın adaletli bir şekilde yapılması, kadının haklarının korunması açısından kritik öneme sahiptir. Ayrıca, kinâyeli sözlerle boşama ve üç boşamayla boşanan kadının eski eşine dönme hakkı gibi konulara da temas etmiştir.

Kararnâme’nin 37. maddesi, nikâh akdini düzenleyen önemli bir hükümdür. Bu maddeye göre, nikâh akdinin, damat ve gelinin ikametgâhı bulunan kaza hâkimi veya bu hâkim tarafından yetkilendirilmiş nâibin huzurunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu akdin tescil edilmesi ve akitnâmenin tanzim edilmesi de zorunludur. Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası’nda, nikâh akitlerinin düzensiz bir şekilde yapıldığı ve bunun toplumda ciddi sorunlara yol açtığı belirtilmiştir. Sözelimi, yalnızca iki şahit bulunarak yapılan nikah akdi şer’en geçerli olmakla birlikte, bu tür uygulamaların sonucunda birçok yolsuzluğun ortaya çıktığı, bazı durumlarda şer’î engelleri olan kişilerin de nikâh akdi yapıldığı ileri sürülmüştür. Nikâh akdinin, bir hâkim veya yetkili bir kişinin huzurunda yapılması ve resmi kayıt altına alınması, gelecekte akdin varlığı, mehrin miktarı gibi konularda ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu, sadece nikâh akdinin geçerliliği açısından değil, aynı zamanda daha sonraki olası uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir delil teşkil edecektir. Sonuç olarak, bu madde, nikâh akdinin düzenli ve denetimli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamayı amaçlamakta ve böylece toplumda hukuki güvenliği artırmayı hedeflemektedir.

¹⁰⁹ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 16/398, İstanbul, 1919, s. 84.

Sadreddin Efendi bu maddeye ve gerekçelerine de itirazlar getirmektedir. O, bu maddenin gerekçesi olarak belirtilen nikâh akitlerindeki olumsuzlukların Lâyiha’da abartıldığını ileri sürer. Ona göre, nikâhın icra edilmesi için bir hükümet memurunun görev almasından ziyade asıl önemli olanın, nikâhın adaletle tanınmış ve fazilet sahibi şahitler huzurunda, takva sahibi kişiler tarafından kısılması olduğunu iddia eder¹¹⁰ Sadreddin Efendiye göre hakimler yerine, nikâh kıyma yetkisinin geleneksel olarak imamlara verilmesi halkın maslahatına, yerel örf ve âdetlere daha uygundur¹¹¹.

Aynı maddeyi eleştiren Ahmed Şirânî’ye göre de Müslüman kadınların, herhangi bir resmi mahkeme veya meclis huzuruna çıkarak nikâhlarının kısılmasını istemeleri, hayâ ve terbiyeleri açısından uygun değildir. O, birçok ailelerin “Kızımı resmi dairelerde dolaştırarak evlendireceğime, evlenmesin daha iyi!” diyerek bu durumu reddedeceğini iddia etmiştir¹¹².

Kararnâme’nin 122. maddesinde: “Cüzam ve baras ve illet-i zühreviyye gibi bilâ- zarar birlikte ikamet mümkün olmayan illetlerden birinin zevce vücuduna ba’d-e-n-nikâh muttali olur veya muahharan böyle bir illet tahaddüs ederse, zevce hâkime bi’l-müraca’a tefrikini taleb edebilir. İlet-i vâkıanın zevâli ümid olunursa hâkim tefriki bir sene te’cil eder. Bu müddet zarfında zâil olmadığı ve zevce talâka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hâkim tefrika hükmeyleyler. Amma kör veya topal olmak gibi uyûbdan birinin zevce bulunması tefriki mûcib olmaz” denilmiştir. Kararnâme’nin 123. maddesinde de: “Âkd-i nikâhtan sonra zevce tecennün edip (delirip) de zevce hâkime bi’l-müraca’a tefrikini talep etse hâkim tefriki bir sene müddetle te’cil eyler. Bu müddet zarfında cinnet zâil olmadığı ve zevce musır bulunduğu halde tefrika hükmeyleyler” denilmiştir. Sadreddin Efendi, belirtilen iki maddenin içerdiği düzenlemelerin, herhangi bir mezhep veya görüşe dayandırılmadığını, özellikle, cüzam ve alaca hastalıkları gibi “ilel-i zühreviyye” olarak adlandırılan hastalıkların, mahkeme kararıyla boşanma (tefrik) sebebi olarak değerlendirilmesinin, İslam hukuku kurallarına aykırı olduğunu; bu tür düzenlemelerin, hastalığa yakalanmış bireylerin eşlerinin, hasta kocalarını terk ederek boşanmak veya başka biriyle evlenmek için mahkemelere başvurmasına neden olabileceğini, dolayısıyla aile yapısını tehdit ederek, evlilik kurumuna olan güveni sarsacağını ve toplumsal huzursuzluk yaratacağını iddia etmiştir.

¹¹⁰ AYDIN, *Osmanlı Aile...*, s. 59-66.

¹¹¹ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 15/387, İstanbul, 1919, s. 400-402.

¹¹² AHMET ŞİRÂNİ, s. 420.

Sadreddin Efendi, bu tür sağlık meselelerinin sosyal ve ahlaki boyutlarının da göz önünde bulundurulması gerektiğini, bu meyanda frengi gibi bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla evlenecek kişilerden doktor raporu talep edilmesinin uygun bir yaklaşım olmadığını, zira, bu tür düzenlemelerin çeşitli suiistimallere yol açabileceğini, sağlık raporu almakta zorlanan veya bu imkânı bulamayan bireylerin evlenme şanslarının kalmayacağını, bu durumun da onları zinaya sürükleyebileceğini iddia etmiştir. Bu yaklaşım, bireylerin ve ailelerin sağlığını korumanın yanı sıra, toplumsal normların ve değerlerin de sürdürülmesine katkı sağlamayı hedeflemektedir¹¹³.

Ahmed Şirânî de, evlenecek kızların ve kadınların erkek doktorlara muayene olmasının doğru bir uygulama olmadığı hususunda aynı kanaattedir. Şirânî, evlenebilmenin şartı olarak erkek doktorlara muayene olmayı öne sürmenin mantıksız olduğunu ifade ettikten sonra, bu tür uygulamaların pratikte uygulanma şansı olmadığına dikkat çekmektedir¹¹⁴.

Kararnâme'nin 126. maddesinde: “Bir kadının zevci, ihtifa veyahut müddet-i sefer veya daha karib bir mahalle giderek tegayyüb edip veya mefkud olup nafaka tahsili mu'tezer olur ve zevce tefriki talep ederse hâkim tahkikât-ı lâzime icrasından sonra beynlerini tefrika hükmeder” denilmiştir¹¹⁵. Sadreddin Efendi, bir erkeğin kaybolması veya gizlenmesi durumunda eşinin başka biriyle evlenmesini mümkün kılan bu madde hakkında da önemli eleştiriler getirmiştir. Bir erkeğin kaybolmasının sebepsiz olmadığını, genellikle bu durumların savaş gibi olağanüstü şartlardan kaynaklandığını, vatanları için zorluklara katlanan askerlerin, yıllar sonra geri dönünce eşini başka biriyle evlenmiş bulmasının adaletle bağdaşmadığını, kocanın kayb olduğu dönemde eşinin kendi malıyla ve çalışarak geçinebileceğini, gerektiğinde akrabalarının da ona destek olabileceğini savunmuştur. Dolayısıyla, bu maddenin hem gereksiz olduğu ve hem de fakihlerin görüşleri ile toplumun genel menfaatleriyle çeliştiğini ileri sürmüştür¹¹⁶.

Kararnâme'nin 127. maddesinde: “Nafaka cinsinden mal terk ettiği halde tegayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bi'1-müraca'a tefrikinin talep etse, hâkim o kimse hakkında icrây-ı tahkikât eder. Nerede olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından ye's hâsıl olur ise ye's tarihinden itibaren dört sene te'cil eyler. İşbu müddet zarfında haber alınamadığı ve zevce talebin-

¹¹³ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 15/414, İstanbul, 1919, s. 216-218.

¹¹⁴ AHMET ŞİRANİ, s. 420.

¹¹⁵ “Hukûk-ı Âile Kararnamesi”, *Takvîm-i Vekâyi'* 3046, s. 8.

¹¹⁶ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 16/419, İstanbul, 1919, s. 22.

de musır bulunduğu halde tarefeyni tefrik eder. Eğer zevc muharebede gaybubet etmiş ise hâkim tarefeyn-i muharibeynin (savaşanların) ve üserânın (esirlerin) yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürur eyledikten sonra tefrika hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler¹¹⁷” denilmiştir. Sadreddin Efendi, Malikî mezhebine dayanılarak hazırlanan bu maddeye de karşı çıkar. Çeşitli fıkhi delillerden sonra, yalnızca Hz. Ömer döneminde kaybolan eş geri döndüğünde, eğer isterse kadının evliliğini sonlandırıp eski eşine dönmesine izin verildiğini, ancak bu uygulamasının zamanla değiştiğini ve dolayısıyla kaybolan eş geri döndüğünde kadının tefrik edilmemesi konusunda icma oluştuğunu savunur.

Sadreddin Efendi, Malikî mezhebi memleketimizde yaygın olmamasına rağmen, halkı ilgili maddeye dayanak olan bu mezhebin hükümleriyle hareket etmeye zorlamanın doğru olmadığını, esasen kaybolan kocasından bu hükme dayanarak boşanan bir kadının kendisiyle evlenecek birini bulmasının zor olduğunu ve bu durumun, kadının sahip olduğu nafakadan ve gelecekteki eşinin mirasından mahrum kalmasına da neden olabileceğini belirtmiştir¹¹⁸.

Kararnâme’nin 130. maddesinde: “Zevceyn beyninde niza (çekişme) ve şikak (geçimsizlik) zuhur edip de tarefeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim, tarefeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kişi bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarefeynin ifadât ve mudafaâtını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Kâbil olmadığı surette kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâla’a eyler. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim evsaf-ı lâzimeyi hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarefeyne karâbeti (akrabalığı) olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat’i ve nâ-kâbil-i itirazdır” denilmiştir¹¹⁹. Sadreddin Efendi, Lâyiha’da Malikî mezhebinden alınan ve kadınlara haksızlığa uğradıklarında mehri iade ederek boşanma imkânı sunacağı ifade edilen bu maddenin, uygulanabilirliğini sorgulamıştır, toplumun kültürel ve sosyal dinamiklerine uygun olarak tasarlanmadığı için beklenen etkiyi yaratmayacağını ve dolayısıyla kadınların gerçek sorunlarına çözüm üretmekten uzak kalacağını ileri sürmüş, geçimsizlik yaşayan ailelerin genellikle mahkemelerde uzlaştırıldığını, tatlılıkla boşama veya muhâlea gibi

¹¹⁷ “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi”, Takvîm-i Vekâyi’ 3046, s. 8.

¹¹⁸ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 17/431, İstanbul, 1919, s.117-118.

¹¹⁹ “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi”, Takvîm-i Vekâyi’ 3046, s. 8.

yollarla sorunları çözmenin daha makul olduğunu ifade etmiştir¹²⁰. Diğer taraftan Sadreddin Efendi, 136. ve 138. maddelerde gayrimüslimlerin kendi mezheplerine tabi tutulduğundan hareketle Müslümanların da kendi mezheplerinin hukukuna uyması gerektiği fikrindedir. Dini ve milli değerleri korumanın gerekliliğine vurgu yapan Sadreddin Efendi, bu düzenlemeyi Avrupa'dan gelen hürriyet ve eşitlik fikirlerinin etkisine bağlamakta ve bunun Osmanlı toplumunun yapısına zarar verebileceği konusundaki kaygılarını dile getirmektedir. Bu tutum, Sadreddin Efendi'nin toplumsal değerler ve dini inançlar konusundaki hassasiyetini ortaya koymaktadır¹²¹.

Alaaddin Ruhi ise, aynı maddeye olumlu yaklaşımda, maddenin şer'i hükümlerle uyumlu olduğunu ama sosyal yapının ve geleneklerin kadının bu hakkı kullanmasını kısıtladığını, artık erkeklerin inhisarındaki boşanma hakkının kadınlara da tanınması gerektiğini savunmaktadır. Ruhi, kadınların haklarının tanınmasının, sadece adaletin sağlanması açısından değil, aynı zamanda toplumsal düzenin sağlıklı işlemesi bakımından da gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Alaaddin Ruhi'nin düşünceleri, toplumsal ilerleme ve bireysel hakların korunması açısından kritik bir perspektif sunmakta, İslami öğretilerin esnekliği ve bireylerin haklarının genişletilmesi gerektiği fikrini desteklemektedir. Bu yaklaşım, geleneksel kalıpların dışına çıkarak daha adil bir toplumsal yapı oluşturma çabasının önemli bir parçasıdır¹²².

Hukuk-ı Aile Kararnâmesi, sadece yukarıda örneklerini verdiğimiz İslam âlimlerinin değil, aynı zamanda gayrimüslim cemaatlerin ruhani liderlerinin de sert eleştirilerine hedef olmuştur. Kararnâmenin, gayrimüslimlere ilişkin hükümlerinde gayrimüslim cemaatlere ait olan dini mahkemelerin aile hukuku konusunda yargı yetkilerini ortadan kaldırması patrikhanelerle hahambaşılık makamlarının güçlü bir karşı kampanya başlatmasına yol açmıştır¹²³. Aydın Mebusu Emanuel Emanüelidi Efendi'nin, Meclis-i Mebusan'daki Karanhameye ilişkin eleştirel konuşmaları bu tutumun bariz örneklerindendir¹²⁴. Ancak bu bahisler konu çerçevemizi aştığı için ayrıntılara girmeye lüzum görmüyoruz.

¹²⁰ *Ceride-i İlmiyye* 34 (1336), s. 1020.

¹²¹ SADREDDİN EFENDİ, *Sebilürreşâd*, 17/439, İstanbul, 1335/1919, s. 182-183; 18/445: 29-31.

¹²² ALAADDİN RUHÎ, s. 361.

¹²³ *Das Türkische Ehegesetz Vom (Türk Evlilik Yasası)*, Avusturya Devlet Arşivi, Siyasi Arşiv, Türkiye Bölümü, (04.02.2025).

¹²⁴ "Aydın Mebusu Emanuel Emanuelidi Efendinin Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası İçin Bir Encümeni Mahsus Teşkiline Dair Takriri", *Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi*, Üçüncü Devre-i İntihabiyye Dördüncü İftima Beşinci İn'ikad, s. 30-32. (04.02.2025).

SONUÇ

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi hakkında yaptığımız bu analizler ışığında ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

Kadın hakları ile ilgili tartışmalar yaklaşık iki asırdan beri dünya gündemini işgal etmektedir. Tanzimatla Batıya açılan Osmanlı toplumu da bu tartışmalardan nasibini almış ve bunun bir çok sosyal ve hukuki yansımaları olmuştur. Kadın hakları ile ilgili en büyük sorunlar, aile hukuku çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Gerek Batıyla ilgili kültürel etkileşim ve bunun yol açtığı toplumsal değişime ve gerekse I. Dünya Savaşı'nın kadınlarla ilgili ağır şartları kadın haklarına yönelik iyileştirmelerin yapılmasını zorunlu kılmış ve bu anlayış HAK'ta tecessüm etmiştir. Bu Kararname'nin geleneksel şer'î sistemle modern ihtiyaçların dengelenme projesi olduğu söylenebilir. HAK, eksik kısımlarına rağmen evlenme ve boşanmayı bir bütün olarak ele almakta ve kendi içinde çelişkiye düşmeden birçok konuya değinmektedir. Bu bakımdan Aile Hukuku Kararnamesinin, kadın hakları açısından İslam dünyasındaki en önemli hukuki çalışma olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Ne var ki, HAK'ın yürürlükte olduğu dönemde çok farklı toplumsal taleplerin ve çatışan fikir akımlarının olması, HAK'ın otoritesini ve sürekliliğini zayıflatmıştır. Diğer taraftan Osmanlı Devleti'nin işgal kuvvetleri altında bulunduğu zor bir süreçte yürürlüğe giren HAK'ın bilhassa kadın haklarıyla ilgili maddelerinin bu kaos içinde kaybolduğu ve büyük şehirlerdeki az sayıda münevver kadının dışında kadınların büyük çoğunluğunun yasalarla elde ettikleri haklardan haberdar bile olmadığı söylenebilir.

HAK ilga edildikten sonra da hem bir bütün olarak hem de kadın hakları bağlamında Türk Medeni hukuku üzerinde kısmen, Mısır, Ürdün, Pakistan, Irak, Suriye, Malezya gibi ülkelerdeki kanunlaştırma hareketlerinde ise daha geniş tesirler bırakmış, kadınlara yönelik yasaların hazırlanmasında önemli bir bilgi kaynağı olarak işlev görmüştür. Bugün hâlâ bu işlevini sürdürdüğü gibi, büyük olasılıkla gelecekte de aynı önem ve değeri korumaya devam edecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

AHMED NAİM. “Taadüd-i Zevcat İslamiyette Men olunabilir mi?”, *Sebilürreşad*, Sayı: 298, s. 219.

AHMED RIZA (1324). “Vazife ve Mesuliyet”, *Kadın*, Paris.

AHMED ŞİRÂNÎ (1335). “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi”, *İ’tisâm* 40, İstanbul, s. 418.

AKGÜNDÜZ, Ahmet (1986). *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır.

ALAADDİN RUHÎ (1919). “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’nin Lağvı Münasebetiyle”, *İ’tisâm* 36, İstanbul, s. 360.

AYDIN, M. Akif (1985). *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul.

AYDIN, M. Akif (2005). “Osmanlı Toplumunda Kadın ve Tanzimat Sonrası Gelişmeler”, *Sosyal Hayatta Kadın*, Ensar Yay., s.161-62.

AYDIN, M. Akif. “Aile”, *DİA*, II: 196-200.

AYDIN, M. Akif. “Kadın, İslamda Kadın”, *DİA*, XXIV: 88-91.

AYDIN, M. Akif (2002). “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi”, *Türkler*, X, Ankara, s. 15 vd.

AZERTÜRK, Semine İmge - **AKMAN**, Tuğçe (2018). “Konfüçyüs’ün Kadın Görüşü Üzerine”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 19, S. 1, Haziran, s. 19-37.

BAYKARA (1919), Tuncer. *Osmanlılarda Medeniyet Kavramı*, İzmir.

BIÇAK, S (2007). *Türkiye Selçuklu toplumunda kadın (XI-XIV. yy)*, Marmara Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Yüksek lisans Tezi, İstanbul.

BURSALI MEHMET TAHİR. “Nisaiyyata Ait Eserler”, *İslam Mecmuası*, Yıl: I, Sayı: V: 139-141.

BÜYÜKŞAHİN, Şefika (2017). “Tanzimat Sonrası Osmanlı Kadını”, *Cappadocia Journal Of History And Social Sciences*, Vol.8-April 2017, s.2 84-94.

CELAL NURİ (1331). *Kadınlarımız*, Matbaa-i İctihad, İstanbul.

CİN, Halil (1988). *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2. Baskı. Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi.

- CİN**, Halil (1988). *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya.
- CİN**, Halil-**AKGÜNDÜZ**, Ahmet (1995-96). *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul.
- ÇEKER**, Orhan (2017). *Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, 5. Baskı. Konya: Mehir Vakfı Yayınları.
- ÇINAR**, Hüseyin (2000). *18. Yüzyılın İlk Yarısında Ayıntâb Şehri'nin Sosyal ve Ekonomik Durumu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul.
- DEMİRCAN**, Adnan (2015), *Cahiliyeden İslam'a Kadın ve Aile*, İstanbul: Beyan Yayınları.
- DURMUŞ**, Ensar (2017). *1917 Tarihli Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, Çanakkale 18 Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.
- DÜZBAKAR**, Ömer (2008). “Osmanlı Toplumunda Çok Eşlilik: 1670-1698 Yılları Arasında Bursa Örneği”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, C. 23, S. 23, s. 85-100.
- EMANUEL EMANUELİDİ** (1333/1917). “Aydın Mebusu Emanuel Emanuelidi Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası İçin Bir Encümeni Mahsus Teşkiline Dair Takriri”, *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi*, 3. Devre 4. İçtima 5. İn'ikad, 1: 30-32.
- FAROQHİ**, Suraiya (2009). *Orta Halli Osmanlılar*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul.
- FAROKHİ**, Suraiya (1988). “Onaltıncı ve Onyedinci Yüzyıl Kadı Sicillerinde Kaydolan Ev Satışlarıyla İlgili Belgelerin Şekil Açısından Değişimi”, *Tarih Boyunca Paleografya ve Diplomatik Semineri: Bildiriler*, Ed. Mübahat S. Kütükoğlu, İstanbul, s. 201-202.
- FATMA ALİYE** (1316). *Taaddüd-i Zevcat-Zeyl*, K.M. Kütüphanesi.
- FINDIKOĞLU**, Ziyaeddin Fahri (1944). *Aile Hukukunun Tedvini Meselesi*, İstanbul.
- FINDIKOĞLU**, Ziyaeddin Fahri (1936). *Code Familial*, Paris.
- GALANTİ**, Avram (2023). *Hititler ve Kanunları*, Dorlion Yayınları, Ankara, 27-29.
- GÖKALP**, Ziya (1992), “Aile Ahlakı ve Türk Ailesinin Temelleri”, *Yeni Mecmua*, I, Sayı 22, s. 421-24; “Aile Ahlakı”, *Sosyo-kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, III, Ankara.
- G.Ş.S.**, (Galata Şer'iyye Sicillleri) 259/36A.
- HARMAN**, Ö. Faruk, “Kadın, İslam Öncesi Dinlerde ve Toplumlarda”, *DİA*, XXIV: 82-83.
- HOCA SADEDDİN EFENDİ** (1979). *Tâcü't-Tevârîh*, C. I. (Yay. Haz. İsmet Parmaksızoğlu), Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara.
- İNALCIK**, Halil (1958). “Osmanlı Hukukuna Göre Örfî-Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları,” *A.Ü.S.B.F.D.*, XIII/2, s.102/126.

- JENNINGS**, Ronald (1975), “Women in early 17th Century Ottoman Judicial Records of the Sharia Court of Anatolian Kayseri”, *JESHO*, XVIII/1.
- KARAHAN**, Ümran Ozan (2004). *Kadeş Savaşı ve Anadolu Tarihi Üzerindeki Etkileri*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya.
- KASER**, Max (1938), “Der Inhalt der patria potestas”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (SZ), C. 58, s. 70-71.
- KONAN**, Belkıs (2016). “Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Düzenlemeler”, (Ed.) Fethi GEDİKLİ, *II. Türk Hukuk Tarihi İslam Hukuku Kongresi Bildirileri Cilt 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 323-352.
- KÖSE**, B. A. (2023). “İlk Dönem Emevî Hilâfetinde Kadının Siyasî ve İçtimaî Hayattaki Yerine Dair Değerlendirme”, *Anasay*, C. 24, s. 3-32.
- KURNAZ**, Şefika (1992). *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını*, İstanbul.
- KURNAZ**, Şefika (1996). *II. Meşrutiyet Döneminde Türk Kadını*, İstanbul.
- KÜÇÜKTİRYAKİ**, Ahmed Yasin (2009). *Sadreddin Efendinin Hukuk-ı Âile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- M. ŞEMSEDDİN**. “İslam’da Kadının Mevki-i İçtimaisi-I” *İslam Mecmuası*, Yıl: I, Sayı: V; Sayı: VI.
- MANSURİZE SAİD**. “Cevazın Ahkâm-ı Şer’iyeden Olmadığına Dair”, *İslam Mecmuası*, Yıl: I, Sayı: X, s. 295-303, 397-403.
- MANSURİZE SAİD**. “Müdafaa”, *İslam Mecmuası*, Yıl: 2, Sayı: 22, s. 553-554; s. 570-575.
- MANSURİZE SAİD**. “Taaddüd-i Zevcat İslamiyet’te Men’ Olunabilir”, *İslam Mecmuası*, Yıl: 1, Sayı: 8 ve 9.
- MANSURİZE SAİD**. “Şeriat ve Kanun”, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı: 8/ 604-605, 10/295-297.
- MARTHA**, T. Roth (1995). *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Scholars Press, Atlanta.
- MİDİLLİ**, Muharrem (2019). *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, Klasik Yayınları, İstanbul.
- MUMCU**, Ahmet (1963). *Osmanlı Devletinden Siyaseten Katl*, Ankara.
- ORTAYLI**, İlber (1992). “Osmanlı Aile Hukukunda Gelenek Şeriat ve Örf”, *Sosyo-kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Ankara.
- ORTAYLI**, İlber (2000). *Osmanlı Toplumunda Aile*, Pan Yayıncılık, İstanbul.
- ORTAYLI**, İlber (1980). “Anadolu’da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler”, *Osmanlı Araştırmaları*, I, s. 33-40.

- ÖZDEMİR**, Rifat (1991). “Tokat’ta Ailenin Sosyo-Ekonomik Yapısı” (1771-1810), *Aile Yazıları I, Temel Kavramlar Yapı ve Tarihi Süreç*, Derleyenler: Beylü Dikeçli-gil, Ahmet Çiğdem, Aile Araştırmaları Kurumu Yayınları, Ankara, s. 411-456.
- ÖZLÜ**, Zeynel (2002). *Kassam Defterlerine Göre XVIII. Yüzyılın İkinci Yarısında Gaziantep*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara.
- PARİBENİ**, R (1935). “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, çev. Şemseddin Talip, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, s. 236.
- PEKDEMİR**, Şevket (2024). “İslam Hukukunda Reşit Kızın Veliden İzinsiz Nikahlanma Yetkisi Bağlamında Üniversiteli Kız Öğrencilerin Evliliğinin Değerlendirilmesi”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 56, ss. 67-95, s. 69-78.
- SADREDDİN EFENDİ** (1918-19). “Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında”, *Sebilürreşâd* 15-18/382-445, İstanbul.
- SAFA**, Peyami (1981). *Türk İnkılabına Bakışlar*, Ankara.
- SAİD HALİM PAŞA** (1919). *Buhranlarımız*, İstanbul.
- ŞEMSEDDİN SAMİ** (1311). *Kadınlar*, Mihran Matbaası, İstanbul.
- ŞEYHÜLİSLAM MUSA KAZIM** (1992). “Hürriyet- Müsavat”, *Sosyo-Kültürel Değişim Sürecinde Türk Ailesi*, III, Ankara.
- ŞEYHÜLİSLAM MUSTAFA SABRİ** (1992). “Aile Hayatı, Tesettür Meselesi, Kadın Hukuku”, *Sosyo-Kültürel Değişim Sürecinde Türk Ailesi*, III, Ankara.
- TAŞKIRAN**, Tezer (1973). *Cumhuriyetin 50. Yılında Türk Kadın Hakları*, Ankara.
- TEZOKUR**, M. Hadi (2021), *Hinduizm ve Kadın*, Akademisyen Kitabevi, Ankara.
- TİMURTAŞ**, Faruk Kadri (1987). *Mehmet Akif ve Cemiyetimiz*, Ankara, s. 75-79 ve 138-142.
- TUNAYA**, Tarık Zafer (1970). *Türkiye’nin Siyasi Hayatında Bâtılaşma Hareketleri*, İstanbul.
- TÜCCARZADE İBRAHİM HİLMİ** (1332). *Avrupalılaşmak, Felaketlerimizin Esbabı*, D. Matbaa-ı Hayriye.
- YAZICI**, Abdurrahman (2015), “Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri”. *EKEV Akademi Dergisi*, 62: 567-584.
- YURTSEVEN**, Yılmaz (2003). “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, s. 199-250.

Özel Hukuk

Private Law

İngiliz Hukukundaki 2023 Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu'na Bir Bakış^(*)

An Overview of the Electronic Trade Documents Act 2023 in English Law

Mehmet Çelebi CAN^(**)

Öz:

Dijitalleşen dünya her alanı etkilediği gibi ticari hayatı da etkilemekte, ticari işlemlerin gerçekleşmesi bakımından söz konusu olan pek çok süreç, artık kağıt temelli ticaret belgeleri ile değil, elektronik ortamdaki kayıtlarla takip edilmektedir. Akıllı sözleşmeler, dijital platformlar, dijital paralar ve dijital belgeler, ticari hayatı ve özellikle de uluslararası ticareti klasik olandan yani kağıt temelli sistemden elektronik kayıtlara dayanan bir dijital sisteme dönüştürmüştür. Bahsi geçen tüm bu yeniliklerin daha doğru bir ifade ile ticari hayatta dijital dönüşümünün uygulanabilmesi için öncelikle ulusal ama nihayetinde mutlaka uluslararası yeni yeknesak kurallar ve standartların olması kaçınılmaz bir gerçekliktir. Bununla ilgili olarak Birleşmiş Milletler, BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından *Devredilebilir Elektronik Kayıtlara İlişkin Model Kanununu (MLETR)* ile bir aksiyon almıştır. Bu Model Kanunun tetiklediği en önemli ulusal mevzuat değişikliği ise *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı*'nda 20 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe giren Electronic Trade Documents Act 2023 ("ETDA")'dır. Bu Kanun ile *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı* hukukundaki (İngiliz hukukundaki) klasik yaklaşımın iz düşümü olan kağıt ticaret belgelerinin yanı sıra dijital dönüşümün ticari hayata yansımaları olan elektronik ticaret belgelerinin varlığı kabul edilmiş ve bunlara da aynı hüküm ve sonuçlar bağlanarak günümüz uygulamasında zaten var olan elektronik evraka yasal fonksiyon kazandırılmıştır. MLETR kaçınılmaz olarak Türk mevzuatına da yansiyacaktır. Buna dair kanun teklifinin hazırlanmasıyla ilgili çalışma grupları ve/veya bilimsel akademik projeler için Electronic Trade Documents Act 2023 ("ETDA") doğrudan bir iktibas kaynağı olmasa dahi ilham alınması gereken bir düzenlemedir. Bu nedenle huzurdaki çalışmada, klasik özel hukuk/ticaret hukuku bakış açısından sıyrılıp dijital dönüşümle nasıl uyumlu hale gelinebileceğine dair önemli bir örnek olan ETDA incelenmektedir.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1760328

Bu makaleye atıf için: CAN, Mehmet Çelebi, "İngiliz Hukukundaki 2023 Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu'na Bir Bakış", **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 925-955

^(**) Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: celebi.can@hbv.edu.tr
Orcid: 0000-0001-7177-6998

Anahtar Kelimeler:

Elektronik Ticaret Belgeleri, Uluslararası Ticaret, Dijital Dönüşüm, MLETR, ETDA.

Abstract:

The digitalization of the modern world has inevitably influenced commercial life as well, whereby numerous processes concerning the execution of commercial transactions are now carried out not via paper-based trade documents, but through electronic records maintained in digital environments. Smart contracts, digital platforms, digital currencies, and digital documents have transformed commercial life -and particularly international trade- from the traditional, paper-based system into a digital system based on electronic records. The effective realization of these innovations -or, more accurately, the digital transformation of commercial life- necessitates the development of new uniform rules and standards, initially at the national level, but ultimately on an international scale. In this regard, the United Nations, through the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), has taken action by adopting the Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR). The most significant domestic legislative development triggered by this Model Law is the Electronic Trade Documents Act 2023 ("ETDA"), which entered into force in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on 20 September 2023. Through this Act, the existence of electronic trade documents -as a manifestation of the digital transformation of commercial life- has been recognized alongside traditional paper-based trade documents, which reflect the classical approach. By attributing the same legal effects and consequences to electronic documents, the Act confers legal functionality upon electronic records that already exist in contemporary commercial practice. The MLETR will inevitably be reflected in Turkish legislation as well. Although the Electronic Trade Documents Act 2023 ("ETDA") of the United Kingdom may not serve as a direct source for legal transposition, it constitutes a significant legislative model that should be studied and drawn upon in the drafting of national proposals, academic initiatives, or legislative working groups. Accordingly, the present study examines the ETDA as an important example of how to move beyond the classical perspective of private/commercial law and align legal norms with the requirements of digital transformation.

Keywords:

Electronic Trade Documents, International Trade, Digital Transformation, MLETR, ETDA.

Extended Summary:

The digitalization of the modern world has inevitably influenced commercial life as well, whereby numerous processes concerning the execution of commercial transactions are now carried out not via paper-based trade documents, but through electronic records maintained in digital environments. Smart contracts, digital platforms, digital currencies, and digital documents have transformed commercial life -and particularly international trade- from the traditional, paper-based system into a digital system based on electronic records. The effective realization of these innovations -or, more accurately, the digital transformation of commercial life- necessitates the development of new uniform rules and standards, initially at the national level, but ultimately on an international scale. In this regard, the United Nations, through the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), has taken action by adopting the Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR). The most significant domestic legislative development triggered by this Model Law is the Electronic Trade Documents Act 2023 ("ETDA"), which entered into force in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on 20 September 2023. Through this Act, the existence of electronic trade documents -as a manifestation of the digital transformation of commercial life- has been recognized alongside traditional paper-based trade documents, which reflect the classical approach. By attributing the same legal effects and consequences to electronic documents, the Act confers legal functionality upon electronic records that already exist in contemporary commercial practice. The MLETR will

inevitably be reflected in Turkish legislation as well. Although the Electronic Trade Documents Act 2023 (“ETDA”) of the United Kingdom may not serve as a direct source for legal transposition, it constitutes a significant legislative model that should be studied and drawn upon in the drafting of national proposals, academic initiatives, or legislative working groups. Accordingly, the present study examines the ETDA as an important example of how to move beyond the classical perspective of private/commercial law and align legal norms with the requirements of digital transformation.

The Electronic Trade Documents Act 2023 (ETDA) consists of eight sections. Section 1 defines paper trade documents. Section 2 sets out the criteria that must be met for a document to be recognized as an electronic trade document, stipulates the essential elements such documents must contain, and outlines the characteristics required of electronic document systems. Section 3 governs the possession of electronic trade documents, their endorsement, and their legal effects. Section 4 explains the processes for converting between paper and electronic trade documents. Sections 5 and 6 address specific exceptions to the application of the Act, the scope of such exceptions, the authority responsible for enacting them, and the procedural rules governing their implementation. Section 7 contains amendments to existing legislation and repeals of certain provisions. Finally, Section 8 regulates the entry into force, scope, and the short title of the Act.

With the enactment of the ETDA, the following objectives have been implemented by the UK legislator, thereby aligning its domestic legal framework with the requirements of digital transformation:

- to overcome the structural limitations inherent in paper-based trade documents;
- to enable the legal recognition and effective use of electronic trade documents, ensuring legal certainty and clarity;
- to accelerate commercial transactions, reduce costs, and eliminate legal barriers to digitalization in international trade;
- to facilitate the application of the concept of possession in an electronic environment;
- to ensure that the transfer of ownership and the exercise of disposal rights can be securely effected through digital documents.

Although Turkish legislation, in line with the traditional approach, is based on paper-based trade documents, it is not unfamiliar with records that function as such despite lacking physical form. Indeed, the dematerialization introduced for capital market instruments -which also functions as a form of ‘book-entry system’ institutionalized under Turkish law- constitutes a significant example demonstrating that Turkish law is not unfamiliar with such concepts. Under this system, capital market instruments are not issued in physical form; instead, they are monitored electronically by Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. (the Central Securities Depository of Turkey). This existing experience may prove valuable for legislative working groups involved in processes aiming to introduce ETDA-like regulations into Turkish law.

With similar objectives in mind, the Turkish legislator should also implement regulatory reforms akin to the Electronic Trade Documents Act 2023 -the most prominent practical embodiment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records- and should not lag behind in adapting to digital transformation. Accordingly, this study briefly examines the said UK Act with the aim of stimulating legislative working groups and/or academic research projects that may be initiated in preparation for a potential draft law, or, if such initiatives already exist, of drawing their attention to the legislative process and substantive content of the 2023 Act.

GİRİŞ

Dijitalleşme, tüm dünyayı her alanda etkilediği gibi günümüz ekonomisindeki -ve özelinde ticaretindeki- tüm parametreleri de etkileyen başlıca faktörler arasında yer almaktadır. Gerek ulusal ticarete gerekse uluslararası ticarete kullanılan çok çeşitli ticari belgeler bulunmaktadır. Dünyadaki dijitalleşmeye bağlı gelişmeler kaçınılmaz olarak ticarete kullanılan bu belgelerin günümüz ihtiyaçlarına göre nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair yeni öneri ve uygulamalara da kapı aralamaktadır. Çalışma konumuz bakımından sınırlayıcı olmayacak şekilde ticari belgelere örnek olarak konişmento, kambiyo senetleri (poliçe-bono), çek, sigorta poliçeleri, depo makbuzları ve taşıma senetleri gibi devredilebilir belgelerin ve araçların adlarını zikrederek başlamak faydalı olacaktır. Bunların yanı sıra, mal satış sözleşmeleri, ticari faturalar, paketleme listeleri, denetim sertifikaları, ihracat ve ithalat lisansları, akreditifler ve gümrük beyannameleri de ticari belgeler arasında yer alır. Ancak ticari belgeden ne anlaşılması gerektiği ve ulusal/uluslararası ticarete tatbik edilen ticari belgelerin ne olduğu, bunların çeşitleri, hukuki nitelendirmesi ile hüküm ve sonuçları işbu çalışmanın kapsamına alınmamıştır. Burada sadece şu tespiti yapmakla yetinmekteyiz: Dijitalleşen dünyada gelinecek nokta da, **“Electronic Trade Documents Act 2023”** adlı yasada örnek olarak sayılsın ya da sayılmasın, bu Yasa kapsamına girebilecek olan tüm ticari belgeler bakımından elektronik olma vasfı tanınabilir.

Uluslararası ticarete en fazla mevzuu edilen ticari belgelerden biri konişmento olduğu bilinen bir olgudur. Bu yüzden de, elektronik ticari belgeler konusundaki uluslararası boyuttaki çerçeve düzenleme -*The Model Law on Electronic Transferable Records/MLETR*- ile ulusal düzeydeki yasal düzenlemelerin ana ekseninde yer alan ticari belgenin de, *elektronik konişmento/electronic bill of lading (eBL)* olduğunu söylemek yanlış bir ifade olmayacaktır. Bu noktada elektronik konişmento konusunda gerek Türk literatüründe gerekse yabancı literatürde pek çok çalışma yapıldığı da görülmektedir. Ancak çalışma konumuz kapsamına elektronik konişmentonun değerlendirilmesi girmemekle birlikte, ana eksenindeki ticari belgenin konişmento olma sebebinin, konişmentonun fonksiyonları olduğu gerçeğini de belirtmeden geçemeyiz. Şöyle ki; konişmento, hem mülkiyet belgesi olması hem taşıma sözleşmesini kanıtlaması hem de malların alındığının makbuzu niteliğinde olması bakımından üç işlevi yerine getirmekte ve çoğu zaman ciro edilebilir bir belge olarak düzenlenmektedir. Dolayısıyla elektronik ticari belgeler hakkında yasal düzenleme çalışması yapıldığı durumlarda düzenlenmesi gereken odak noktalarının bu fonksiyonlar ve benzerleriyle ilgili olması gerektiğine de böylece vurgu yapılmaktadır.

Elektronik ticaret belgelerine dair yasal düzenleme çalışmalarının söz konusu olduğu ve MLETR'ye dayanan ya da ondan etkilenen çeşitli ülkeler olduğu BM kayıtlarından da takip edilebilmektedir. Ancak bu ülkeler arasında yer almakla birlikte, bunlara kıyasla uluslararası ticarete niceliksel ve niteliksel bakımdan çok büyük etkisi olan *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı*'ndaki yasal düzenlemenin yeri ayrı olup, özel olarak ele alınması bir zaruret. Bu nedenle de, **“Electronic Trade Documents Act 2023”** adlı yasanın yürürlüğe girmiş olması, huzurdaki çalışmanın hazırlanmasını tetiklemiştir. Her ne kadar henüz taslak halindeyken Türk literatüründe konu hakkında kalem oynatanlar¹ olmuşsa da, artık mer'i olan bu yasanın yürürlüğe girdiği haliyle de, yasalaşma süreci ve hükümleri bakımından tarafımızca ele alınmasının ve değerlendirmelerde bulunulmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Çalışmamız münhasır olarak **“Electronic Trade Documents Act 2023”** düzenlenmesini konu almıştır. Bunun amacı ise, Türk kanun koyucusunun MLETR ekseninde buna benzer şekilde yapacağı ve/veya yapmakta olduğu elektronik ticaret belgelerine dair yasal düzenleme çalışmalarına katkı sağlamaktır. Bu nedenle de ilgili Yasa metninin içeriği ve buna ilişkin çıkarılan *açıklayıcı notlar* ile hukuk komisyonu tarafından hazırlanan danışma belgesi² esas alınarak ve bu metinlere bağlı kalınarak konu ele alınmıştır. Yasaya ilişkin yabancı literatür³ tarandığında da yukarıda sıralanan resmi metinlerin içeriklerini tekrar eden açıklamalara yoğun şekilde rastlanılması bu yöntemin sağlıklı bir yaklaşım olduğunu ve temel kaynağın esas alınması gereğini göstermektedir.

¹ Bu hususta kıymetli tüm çalışmalar arasında bizim de atf yaptığımız örnek kaynaklar için bkz. TAŞ, Alperen Furkan, “Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı 2022”, **SDÜHFD**, C. 13, S. 1, 2023, s. 903; AKSOY, Pınar Çağlayan /HÜRYAŞAR, Menekşe /ŞENGÖZ, Meral, “Tedarik Zincirlerinde Kağıtsız Ticaret Dönemine Doğru: Dijital Dünyadaki Gelişmeler ve Blokzincir Teknolojisi Elektronik Ticaret Dokümanları Bakımından Neler Getirecek?”, **BATİDER**, C. 39, S. 1, 2023, s. 67. Ayrıca Kanun yürürlüğe girdikten sonra konuya dair önemli bir çalışma için bkz. ŞENGÖZ, Meral, “Dış Ticarete Dijitalleşme Yazı Serisi 3”, **Dış Ticarete Durum Blog**, Ağustos 2023, s. 1-8, s. 1. (Çevrimiçi) https://www.turktrade.org.tr/upload/media_center/3-yazi_08-2023_-hukuksal-gelis-meler-v1.pdf, E.T: 17.04.2025.

² Özellikle danışma belgesinin özeti kanunun içeriği, amacı ve etkisi bakımından özet mahiyetinde bilgiler içermektedir. Bkz. (Çevrimiçi) Digital assets: electronic trade documents, summary of consultation paper (https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109120654mp_/https://cloud-platform-e218f50a48129_67ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2021/04/6.7434_LC_Digital-assets-consultation-sum_mary_web3.pdf, E.T: 17.06.2025).

³ Pek çok eser arasından örnek olarak WYNNE, Geoffrey/COOK, Jacqueline, “The Electronic Trade Documents Act 2023: the key to the future?”, **Butterworths Journal of International Banking and Financial Law**, October 2023, p. 587.

I. ELEKTRONİK TİCARET BELGELERİNE DAİR YASAL DÜZENLEMELERE DAİR ÇALIŞMALAR

Dünyanın ve özelde ticaretin dijital dönüşümü büyük ivme kazansa da, uluslararası ticaret ve tedarik zincirlerinin büyük kısmı, -teknik zorluklar ve yasal düzenlemenin bulunmaması gerekçeleriyle- esas olarak 40'tan fazla resmi ve ticari belge aracılığıyla yürütülen kağıt formlara, analog süreçlere ve temel bilgi alışverişi biçimlerine dayalı klasik tarza güvenmeye devam etmektedir⁴. Halbuki, yapay zeka ile birlikte, büyük veri standartları ve algoritmalarla ilgili teknik zorlukların aşılması artık ne imkansız ne de vakit alıcı zorluktur, bilakis son derece kolaydır. Buradaki tek gerçekçi bariyer, ticarete elektronik kayıtların geçerliliğini henüz tanımayan, daha doğru ifade ile varaka muadilleriyle aynı yasal etkiye ve geçerliliğe sahip kılacak yasal düzenlemelerin bulunmadığı hukuk sistemlerinin çoğunlukta olmasıdır. Birleşmiş Milletler (BM) uzun süredir ticarete elektronik kayıtların geçerliliğine yönelik yasal alt yapının oluşması için uluslararası düzeyde hazırlamış olduğu çerçeve düzenlemenin ulusal mevzuatlara yansımaları izlemektedir.

BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), “Devredilebilir Elektronik Kayıtlara İlişkin Model Kanununu (*The Model Law on Electronic Transferable Records /MLETR*)”⁵ çerçeve bir düzenleme olarak hazırlamış, bu düzenleme 13 Temmuz 2017’de kabul edilmiş, 7 Aralık 2017 tarihli BM Genel Kurulu toplantısında yapılan konuya ilişkin duyuru da 18 Aralık 2017 tarihinde yayımlanmıştır⁶. Model Kanun⁷, devletlerin düzenleme hükümlerini yürürlüğe koymalarına yardımcı olmak ve metnin diğer kullanıcılarına rehberlik sunmak amacıyla arka plan bilgisi sağlayan bir *Açıklayıcı Not*⁸ ile birlikte sunulmaktadır. Genel kurul mezkur duyurusunda; *BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonunun kurulduğunu belirtip, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletişimin Kullanımına İlişkin BM Sözleşmesini, Elektronik Ticarete ilişkin Model Kanununu, Elektronik İmzalara İlişkin Model Kanununu* hatırlatarak bu hususlardaki

⁴ Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.dsi.iccwbo.org>, E.T: 16.03.2025.

⁵ Model Kanunu Türk literatüründe içerik olarak ilk sunan çalışmalardan biri için bkz. BER, Ahmet Said, “Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlara İlişkin Uncitral Model Kanunu”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, s. 445.

⁶ Genel Kurulun Resmi Kayıtları, Seventy-second session, Agenda item 79 (A/72/458), 17-22151 için bkz. (Çevrimiçi) <https://docs.un.org/A/RES/72/114>, E.T: 16.03.2025). Model Kanun için bkz. (Çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf, E.T: 16.03.2025.

⁷ Bu çalışmada yer alan *Model Kanun* ifadesi aksi belirtilmedikçe MLETR için kullanılmıştır.

⁸ Bkz. (Çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf, E.T: 16.03.2025.

olumlu değerlendirme ve tavsiyelerine atıf yapmış; uluslararası ticarette elektronik kayıtların işlem görmesini mümkün kılma ve kolaylaştırmada bu düzenlemelerin fayda sağlamakla birlikte eksik kaldığını, bu eksiklikler nedeniyle de elektronik olarak devredilebilir kayıtların hukuki niteliğine ilişkin yasal belirsizliklerin uluslararası ticarete engel teşkil ettiğini, 2011 yılında verilen yetkiye istinaden bu hususta çalışıldığını, elektronik devredilebilir kayıtların kullanımıyla ilgili olarak devletlerin mevzuatını geliştirmeleri veya mevzuat oluşturmalarına katkı sağlamak üzere bu Model Kanunun hazırlandığını duyurmuştur. Sonda söyleyeceğimizi başta söylemek gerekirse de, Model Kanunun amacı, klasik anlamda kağıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrak ile *elektronik* ortamdaki *kayıt* arasında işlevsel eşitliğin sağlanmasıdır. Dolayısıyla bu doğrultudaki ulusal mevzuat çalışmalarında mezkur amaç takip edilmelidir. Yani ticarette sadece münhasır olarak *elektronik* ortamdaki *kayıtların uygulanmasından* - klasik anlamda kağıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrakı ikame edip, onun uygulamasını ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeden- ziyade, hem kağıda dayalı ticaret belgelerinin hem de elektronik ticaret belgelerinin her ikisine birlikte uygulanma imkanı tanıyan düzenlemelere yer verilmelidir.

Elektronik ticaret belgelerine dair yasal düzenleme çalışmalarının söz konusu olduğu ve MLETR'ye dayanan ya da ondan etkilenen ülkeler Bahreyn (2018), Belize (2021), Fransa (2024), Kribati (2021), Papua Yeni Gine (2022), Paraguay (2021), Singapur (2021), Doğu Timor (2024), Birleşik Arap Emirlikleri- Abu Dabi Küresel Pazarı (2021), Büyük Britanya ve Kuzay İrlanda Birleşik Krallığı (2023) olarak sıralanır⁹.

MLETR'ye dayalı ya da ondan etkilenerek elektronik ticaret belgelerine dair yasal düzenlemelere kavuşan yukarıda sayılı ülkeler arasında *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı* ayrı bir yere sahiptir. Zira yukarıda anılan diğer ülkelere kıyasla uluslararası ticarette niceliksel ve niteliksel bakımdan etkisi çok büyüktür. Zaten ticaret hukukunda önemli pek çok kurumun ortaya çıkışı ve gelişiminde bu ülkenin öncü rolü ve tetikleyici etkisi inkar edilemez bir gerçekliktir. Bu nedenle de ***“Electronic Trade Documents Act 2023”*** mutlak suretle ele alınıp incelenmesi gereken bir düzenlemedir.

⁹ (Çevrimiçi) https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records/status, E.T: 30.05.2025.

II. 2023 ELEKTRONİK TİCARET BELGELERİ KANUNU

A. Genel Bilgi

Electronic Trade Documents Act 2023 (“ETDA”), İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu’nun tavsiyeleri doğrultusunda hazırlanmış ve 20 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰. Ayrıca bu Kanunun¹¹ anlaşılmasına yardımcı olmak için *açıklayıcı notlar*¹², Bilim, Yenilik ve Teknoloji Bakanlığı (DSIT) tarafından hazırlanmıştır. Ancak, bu açıklayıcı notlara dair düzenleme içeriğine bakıldığında, bunların açıkça yasanın bir parçası olmadığı ve parlamento tarafından onaylanmadığı hususuna dair yapılan vurguya dikkat çekmek gerekir. Bu notlar, Kanunun kapsamlı bir açıklaması olmasa ve böyle bir amaçla da hazırlanmamış olsa dahi, kanunun uygulamada nasıl fonksiyon göreceğine dair bilgiler içermesi bakımından faydalıdır.

Kanun, belirli şartları sağlayan elektronik belgelerin “elektronik ticaret belgesi” statüsü kazanmasını ve dolayısıyla zilyetliğe konu olabilmesini sağlamaktadır¹³. Böylece, elektronik belgeler de kağıt belgeler gibi devredilebilir ve ciro edilebilir hale gelmiştir. Kanunun açıklayıcı notlarında yer alan bu tespitlerin doğal sonucu olarak Roma hukukundan gelen, İsviçre ve Alman hukukunda da kabul gören -buna Türk hukuku da dahil- zilyetlikten bahsedilebilmesi için maddi varlığı temel alan klasik görüşün terkedilip istisnai bir düzenlemeden ziyade yeni bir esasın getirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu düzenleme ile Birleşik Krallık’taki klasik görüşün yansımaları olan 1992 tarihli Deniz Yoluyla Mal Taşıma Kanunu’nun 1(5) ve 1(6) sayılı bölümlerinin yürürlükten kaldırıldığı ve 1882 tarihli Kambyo Senetleri Kanunu’nun 89B(2) sayılı bölümünde buna bağlı değişiklikler yapıldığı belirtilmektedir¹⁴. Türk hukuku ve mevzuatı, bu noktada bahsi geçen klasik görüşün terkedilmesi olarak kabul edilmese de istisnası sayılabilecek bir düzenlemeyi barındırması bakımından, aslında maddi varlığı olmasa dahi bu şekilde fonksiyon gören kayıtlara yabancı değildir. Şöyle ki; Sermaye Piyasası Araçları için getirilen *kaydileştirme*, bir kurum

¹⁰ Kanunun tam metni için bkz. (Çevrimiçi) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/pdfs/ukpga_20230038_en.pdf, E.T: 16.03.2025.

¹¹ Bu çalışmada tek başına yer alan *Kanun* ifadesi aksi belirtilmedikçe ETDA için kullanılmıştır.

¹² Söz konusu açıklayıcı notlar işbu çalışmada kısaca “*Açıklayıcı Notlar/Explanatory Notes*” olarak anılıp, burada kaynak gösterilen metne yapılmış atıflar olarak kabul edilmelidir. Bu açıklayıcı notlara dair tam metin için bkz. (Çevrimiçi) https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/pdfs/ukpgaen_20230038_en.pdf, E.T: 16.03.2025.

¹³ Explanatory Notes, p. 4.

¹⁴ Explanatory Notes, p. 4.

olarak da “*kaydi sistem*” benzeri bir fonksiyon görmesi ve Türk hukukunun konuya yabancı olmadığını göstermesi bakımından önemli bir örnektir. Kaydi sistemde; sermaye piyasası araçları fiziki olarak bastırılmamakta, bunun yerine Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. (MKK) tarafından kayden izlenmektedir¹⁵. Bahsi geçen tecrübenin, Türk mevzuatı için ETDA benzeri yasalaştırma süreçlerinde olan çalışma grupları bakımından faydalı olabileceği kanaatindeyiz¹⁶. Türk hukuku bakımından diğer bir örnek olarak *İşletmenin Muhasebesiyle İlgili Olmayan Ticari Defterlerin Elektronik Ortamda Tutulması Hakkında Tebliğ*¹⁷ ile getirilen elektronik ticari defter sistemi (ETDS) gösterilebilir. Bu tebliğ; Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler, holdingler, bankalar, sigorta şirketleri ve kuruluşu ile esas sözleşme değişikliği Ticaret Bakanlığı iznine tabi anonim şirketler için 1 Temmuz 2025 tarihinde; yeni kurulacak şirketler bakımından ise 1 Ocak 2026 tarihinde, mevcut şirketler bakımından ise isteğe bağlı olmak üzere ETDS'ye geçişi düzenlemektedir. Ticaret şirketlerinin pay defteri, yönetim kurulu karar defteri, müdürler kurulu karar defteri, genel kurul toplantı ve müzakereler defterlerinin ve bu defterlere yapılan kayıtların elektronik ortamda oluşturulmasına, tutulmasına, saklanmasına ve ibrazına imkân sağlayan ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan ETDS, işbu çalışmanın konusu olan ETDA'da bahsi geçen elektronik ticaret belgelerine yönelik kurulan “güvenilir sistem” için Türk hukukunda bir uygulama örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Son derece güncel bu uygulamanın da, Türk hukukundaki olası ETDA benzeri yasalaştırma süreçlerinde dikkate alınacağını değerlendirmekteyiz.

ETDA, Birleşik Krallık'ta elektronik ticaret belgelerinin yasal geçerliliğini tanıyarak, ticarete ve ticaret finansmanında kullanılan belirli belge türlerinin elektronik formda da kullanılabilmesine olanak tanıyan ve bu belgeler üzerinde zilyetlik kurulabilmesini sağlayan, hem ulusal hem uluslararası ticaretin dijital

¹⁵ Kaydi sistem, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun ile eklenen 10/A maddesi ile Türk mer'î mevzuatına girmiştir, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 28.10.2005 tarih ve 43/1318 sayılı kararı ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem gören hisse senetleri 28.11.2005 tarihinden itibaren Merkezi Kayıt Kuruluşu AŞ (MKK) sisteminde kayden izlenmeye başlanmıştır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununu yürürlükten kaldırıp 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13'üncü maddesi sermaye piyasası araçlarının kaydedilmesini düzenlemektedir.

¹⁶ Mer'î mevzuatımızda hala yer almamış olsa da bir kanun teklifine yönelik çalışmaların olduğu ve hatta ilgili bakanlık nezdinde olası bir Kanun teklifine yönelik bir taslağın da oluşturulduğu “Elektronik Çek ve Bono” konusu da Türk hukuku bakımından 2019 yılından itibaren tartışılan bir diğer örnek olarak verilebilir. Bu konudaki pek çok eserler arasından biri için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet/YALÇIN, Cihan, “Elektronik Çek ve Bono Kanun Teklifinde Yer Alan Elektronik Çeke İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hasan Pulaşlı'ya Armağan**, Ankara, 2023, s. 421.

¹⁷ RG, 14.02.2025, S. 32813.

dönüşümüne öncülük eden reform niteliğinde bir düzenlemedir. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Birleşik Krallık hukukunda, zilyetlik yalnızca maddi varlıklarla ilişkilendiriliyor; elektronik belgeler hukuken zilyetliğe konu edilemiyordu¹⁸. Bu durum, teknoloji sayesinde mümkün olan dijital ticaret uygulamalarının önünde ciddi bir engel teşkil etmekteydi. Zira 1882 tarihli Kambiyo Senetleri Kanunu temel bir yasa olarak önemli bir bariyerdi. Şöyle ki, bono ve poliçe bakımından maddi olmayan bir varlığa sahip olma ihtimali o gün için doğal olarak öngörülmemiştir. Bugün ise dijitalleşen dünyada maddi olmayan varlıklar yadsınamaz bir gerçektir. Kanun koyucular dijitalleşme ile gerçekleşen dinamizmin epey gerisinde kalmışlardır. Tüccarlar tarafından yüzlerce yıl önce geliştirilen ve herbiri ayrı bir yapıya dönen uygulamalar, temel yasalar içinde yasal kurum ve kavramlar olarak varlığını sürdürürken, dijitalleşme ile birlikte günümüzde yine tüccarlar tarafından fonksiyon atfedilen elektronik ticaret belgelerinin kullanımına bariyer teşkil etmekteydi. ETDA geleneksel bu yapıyı dönüştürmesi bakımından İngiliz kanun koyucunun dijitalleşmeyi selamlaması ve artık dijitalleşmeye dönük yeni kurum ve kavramları mevzuata kazandırması olarak kabul edilmektedir.

ETDA ile birlikte Birleşik Krallık ve onunla ekonomik ilişkideki sujeler bakımından elektronik ticaret belgelerinin kullanımı yaygınlaşacaktır. Böylece ticaret daha fazla dijitalleşecek ve bu durum, işlemlerin hızlanmasına, bürokratik gecikmelerin azalmasına ve genel verimliliğin artmasına katkı sağlayacaktır. Öte yandan, belge düzenlenmesi, fiziksel depolama ve nakliye gibi operasyonel giderlerin azalmasıyla birlikte önemli mali avantajlar söz konusudur. Ayrıca, kağıt kullanımının azalmasıyla birlikte çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine de önemli bir katkı sağlanmaktadır. Güvenlik açısından bakıldığında ise, elektronik ticaret belgeleri dijital imzalar ve ileri düzey şifreleme yöntemleriyle korunabildiğinden, dolandırıcılık ve belge kaybı riskleri en aza inecektir. Aslında bu paragrafta sayılanlar, dijitalleşme ile birlikte avantaj olarak öne sürülen tüm argümanların ETDA özelinde tekrar dile getirilmesinden ibarettir.

Kanunun temel amacı, elektronik ticaret belgelerinin kağıt muadilleriyle aynı yasal statüye ve etkiye sahip olmasını sağlamaktır. Zaten bu da aşağıdaki paragrafta da değinildiği üzere Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law*) tarafından geliştirilen *Devredilebilir Elektronik Kayıtlara İlişkin Model Kanun (MLETR)*'un “*klâsik anlamda kâğıt üzerinde düzenlenen kıymetli evrak ile*

¹⁸ Explanatory Notes, p. 4.

elektronik ortamdaki kayıt arasında işlevsel eşitliği sağlama” amacı¹⁹ ile uyumludur. Bu, ticarete elektronik belgelerin kullanımına olan güveni artırmak için çok önemli bir adımdır. ETDA’dan önce, özellikle mülkiyet devri, sözleşmeye dayalı hakların kanıtlanması veya ödemelerin kolaylaştırılması gibi işlemler için, hala kağıt belgelerin varlığına ihtiyaç duyuluyor ve hatta bu yasal bir zorunluluk olarak kabul ediliyordu. Bu da, dijital ticaretin geniş ölçekli uygulanmasını sınırlandıran bir unsurdur. ETDA sayesinde, teknolojik imkanların uygulanmasını engelleyen tezatlık giderilmiş, elektronik ticaretin öne yasal olarak da açılmıştır. Kanun, elektronik ticaret belgelerinin yaygın bir şekilde benimsenmesi için yasal bir temel oluşturmakta ve Birleşik Krallık’ın yasal çerçevesini küresel eğilimlerle uyumlu hale getirmektedir.

Birleşik Krallık’ta gerçekleştirilen bu yasal reform, ticaret belgelerine ilişkin mevzuatın dijital çağın gereklerine uygun şekilde modernize edilmesine yönelik küresel ölçekli girişimlerin ulusal düzeydeki bir yansıması niteliğindedir. Bu bağlamda, UNCITRAL tarafından hazırlanan MLETR, uluslararası ticarete elektronik belge kullanımını kolaylaştırmayı amaçlayan temel bir referans metin olarak öne çıkmaktadır. Zaten 2023 tarihli ETDA da, bu Model Kanun gözetilerek çıkarılmıştır.

B. Kanunun Nicel Özellikleri

ETDA, sekiz maddeden oluşmaktadır. Birinci madde, kağıt ticaret belgelerini²⁰ tanımlamaktadır. İkinci madde, bir belgenin *elektronik ticaret belgesi*²¹ olarak kabul edilebilmesi için karşılaması gereken kriterleri, belgelerin esasları ve elektronik belge sistemlerinin nasıl olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Üçüncü madde, elektronik ticaret belgelerinin zilyetliğini, ciro edilmesini ve etkisini düzenlemektedir. Dördüncü madde, kağıt ve elektronik belgeler arasında dönüşüm süreçlerini açıklamaktadır. Beşinci ve altıncı maddeler, belirli durumlarda Kanunun uygulanmayacağı istisnaları ve bu istisnaların kapsamının

¹⁹ ŞENGÖZ, Meral, “Dış Ticarete Dijitalleşme Yazı Serisi 8”, **Dış Ticarete Durum Blog**, Nisan 2025, s. 1. (Çevrimiçi) https://www.turktrade.org.tr/upload/media_center/nisan-2025-sengoz-karsanaliz-mletr.pdf, E.T: 17.06.2025. MLETR’in amacına dair nispeten güncel bir çalışma için bkz. ŞENGÖZ, Meral, “Dış Ticarete Dijitalleşme Yazı Serisi 5”, **Dış Ticarete Durum Blog**, Ocak 2024, s. 1. (Çevrimiçi) https://www.turktrade.org.tr/upload/media_center/5-dis-ticarete-dijitallesme.pdf, E.T: 17.04.2025.

²⁰ Madde de yer aldığı şekliyle “*paper trade document*”, kağıt temelli geleneksel fiziksel ticaret belgesini ifade etmek için kullanılmış olup, bu çalışmada kağıt ticaret belgesi ifadesi kullanılmıştır.

²¹ Elektronik ticaret belgeleri sıklıkla “ticaretin dijitalleşmesi”, “ticaret teknolojisi” ve “kağıtsız ticaret” olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.business.gov.uk/export-from-uk/learn/categories/selling-across-borders-product-and-services-regulations-licensing-and-logistics/get-your-goods-into-the-destination-country/un-derstand-electronic-trade-documents>, E.T: 17.06.2025.

nasıl ve kim tarafından düzenlenebileceğini, ayrıca bu düzenlemelerin hangi usulle yürürlüğe konulacağını ele almaktadır. Yedinci madde, mevcut bazı düzenlemelerde yapılan değişiklikleri ve yürürlükten kaldırmaları kapsamaktadır. Son olarak sekizinci madde, Kanunun yürürlüğe giriş tarihini, kapsamını ve nasıl isimlendirilebileceğini düzenlemektedir.

C. Yasalaşmayı Tetikleyen Sebepler

1. Bir Kanunun Gerekliliği

ETDA'nın gerekliği tek bir cümle ile açıklanacaksa o da, *İngiliz kanun koyucusunun Dijital Dönüşümün Altyapısı'nı oluşturma yükümlülüğüdür*. Yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmasının sebebi yukarıda ifade edilen klasik bakış açısıyla maddi varlığın mevcudiyetine münhasır bağlı kalan yasal çerçevenin dönüşümünün amaçlanmasıdır. Böylece;

- kağıt temelli ticaret belgelerinin neden olduğu yapısal kısıtlamaları aşmak,
- elektronik ticaret belgelerinin yasal olarak tanınmasını (hukuki belirlilik ve kesinlik gereksinimini) ve etkin kullanımını mümkün kılmak,
- ticaretin hızlanmasını, maliyetlerin azalmasını ve uluslararası ticarette dijitalleşmenin önündeki hukuki engellerin kaldırılmasını sağlamak,
- zilyetlik kurumunu elektronik ortamda uygulayabilmek ve
- mülkiyet devri ve tasarruf haklarının dijital belgeler üzerinden güvence altına alınmasını temin etmek mümkün olacaktır.

Son yüzyılda her alanda olduğu gibi küresel ticaretin de dijital dönüşümü, ticaret belgeleri bakımından kapsamlı bir reform ihtiyacını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Tarihsel olarak uluslararası ticaret; konişmentolar, kambiyo senetleri ve depo makbuzları gibi kağıt temelli ticaret belgelerine dayanmıştır. Ancak bu belgelerin fiziksel olarak düzenlenmesi, devredilmesi ve doğrulanması süreçleri, hem zaman alıcı hem hataya açık olması nedenleriyle, modern ticaretin hız ve güvenlik beklentileriyle uyumsuz hale gelmiştir. Buna karşın, teknolojik gelişmeler, ticaret belgelerinin daha hızlı, güvenli ve düşük maliyetli bir şekilde işlenebilmesi için yeni fırsatlar sunmaktadır. Bununla birlikte, birçok ülkenin hukuki düzenlemelerinin dijital gelişmelere uyum sağlayamaması²², bu

²² Bu uyumsuzluğun önüne geçmek ve uluslararası ticaretin dijitalleşmesini standartlaştırmak için Şubat 2022'de BIMCO, DCSA, FIATA, ICC ve SWIFT arasındaki bir iş birliği olan Geleceğin Uluslararası Ticaret İttifakı (FIT Alliance) adı altında Elektronik Konşimento Beyannamesi için mutabakat muhtıraları da imzalanmaktadır. Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.fit-alliance.org>, E.T: 17.06.2025.

teknolojik ilerlemenin ticari hayata yansımaları önemli ölçüde sınırlamıştır. Elektronik belgelerin hukuken açıkça tanınmaması, özellikle uluslararası işlemlerde uygulayıcılar için önemli verimsizliklere, ek maliyetlere ve süreçlerde gecikmelere yol açmıştır. Bu nedenle de UNCITRAL, model kanun MLETR ile ulusal mevzuatlarda bu yöndeki çalışmaları tetiklemeyi hedeflemiştir. Nitekim İngiliz Kanun Koyucu buna ETDA ile cevap vermiştir.

ETDA'nın gündeme gelmesi, kağıt temelli ticaret belgelerinin doğurduğu sorunların çözümüne yönelik hukuki reform ihtiyacının ve ticari işlemlerdeki dijitalleşmenin bir sonucudur. Bu yasal dönüşümün arka planını anlamak için, kağıt temelli belgelerin ve mer'i mevzuatın dijitalleşme karşısındaki katı ve/veya engelleyici yapısının ve dijitalleşmenin potansiyel faydalarının ortaya konulması gerekir.

Elektronik ticaret belgelerinin yaygın biçimde benimsenememesinin temel sebebi, mevcut yasal çerçevenin dijitalleşmeyi öngörmeyen bir önceki yüzyılın temel dinamiklerine göre hazırlanmış olması ve maddi olmayan varlık tasavvuruna kapalı biçimde şekillenmesidir. Ticari işlemlerde kağıt belgelerin kullanımı, hem ulusal mevzuatta hem de çeşitli uluslararası sözleşmelerde köklü şekilde yerleşmiş olup, bu normatif yapılar genellikle fiziksel (kağıt) ticaret belgeleri esas alınarak oluşturulmuştur. Elektronik ticaret belgelerinin hukuki statüsüne ilişkin açık yasal hükümlerin bulunmaması, dijital alternatifler mevcut olmasına rağmen geleneksel kağıt belgelerin kullanılmasına neden olmaktadır.

Taşıma, zilyetlik/mülkiyet devri ve ödeme gibi işlemler için kullanılan ticaret belgeleri, yalnızca içerikleri ispatlamakla kalmaz, aynı zamanda belirli hakları ve yükümlülükleri somutlaştırarak devredilebilir hale getirir²³. Bu nitelik, belgenin zilyetliğinin devredilmesiyle birlikte alıcıya ilgili mal üzerinde tasarruf hakkı kazandırır. Özellikle taşıma belgeleri (örneğin konişmentolar), hak sahibine yalnızca mal üzerinde hak talep etme yetkisi tanımakla kalmayıp, bu hakkı belgenin fiziki zilyetliği yoluyla üçüncü kişilere devretme imkanı da sunar. Bu bağlamda, zilyetlik kavramı ticaret belgelerinin işlevselliğinde merkezi bir rol oynamaktadır. Buna karşın, Birleşik Krallık hukukunda zilyetlik kavramı yıllar boyunca yalnızca maddi (*tangible*) varlıklarla ilişkilendirilmiş ve bu nedenle elektronik belgeler (diğer bir ifade ile maddi varlığı olmayan belgeler), hukuki anlamda zilyetliğin konusu olarak kabul edilmemiştir²⁴. Bu durum, belgelerin yalnızca kağıt olarak kullanılmasına yol açmış ve dijital dönüşümün önünde

²³ Explanatory Notes, p. 4.

²⁴ Explanatory Notes, p. 4-5.

ciddi bir engel oluşturmuştur. Nitekim, 2020 yılında *Digital Container Shipping Association* tarafından yayımlanan verilere göre, okyanus taşımacılığı sektöründe düzenlenen 16 milyon orijinal konşimentonun %99'undan fazlası halen kağıt formatında hazırlanmakta ve fiziksel dolaşıma tabi tutulmaktadır²⁵.

Elektronik belgelerin kullanımı yalnızca teknolojik değil, hukuki altyapının da değiştirilmesini ve geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira maddi varlığı olmayan elektronik belgelerin belirli kurallar çerçevesinde maddi varlığı olan belgelerle eş-değer konumda değerlendirilmesi için elektronik belge kullanımını kısıtlayan veya engelleyen hukuki sorunların çözülmesi gereklidir. Örneğin, elektronik belgeler üzerinde zilyetlik kurulabilmesi için geleneksel kavramların dijital çağın gereklerine uyarlanması (fiili hakimiyet yerine kontrol kavramının²⁶ kullanılması gibi) ve Birleşik Krallık hukukunda köklü bir değişiklik yapılması gerekliydi. Nitekim, bu Kanunun ortaya çıkmasının başlıca nedenlerinden birisi ETDA öncesi Birleşik Krallık hukukunda elektronik belgelerin zilyetliğe elverişli olmamasıdır.

2. Kağıt Temelli Ticaret Belgelerinin Dezavantajları ve Elektronik Ticaret Belgelerinin Avantajları

Yüzyıllar boyunca uluslararası ticaret işlemleri, kağıt temelli belgeler aracılığıyla yürütülmüştür. İşlerin bu şekilde yürütülmesi, kağıt belgelerin düzenlenmesi, transfer edilmesi ve saklanması yüksek maliyet, düşük hız, hata riski ve çevresel olumsuzluklar gibi önemli yapısal dezavantajları barındırmaktadır. Teknolojik çağda işlem sayılarının devasa boyutlara ulaşması söz konusu bu dezavantajların olumsuz etkilerini de artırmıştır. Buna karşılık, elektronik ticaret belgeleri, geleneksel kağıt belgelere kıyasla verimlilik, tasarruf, güvenlik ve çevresel sürdürülebilirlik gibi önemli avantajlar sunmaktadır. Şöyle ki; 2024 verilerine göre Birleşik Krallık'ta uluslararası ticaretin değerinin yaklaşık 1,266 trilyon sterlin olduğu hesaplanmaktadır. Bu ticaretin gerçekleştiği esnada özellikle küresel konteyner taşımacılığı baz alındığında, dünya çapında yılda milyarlarca kağıt belge, sınır ötesi mal taşıma süreci, taşımacılık, sigorta, finans ve lojistik hizmetlerinde kullanılmaktadır. Maddi varlık taşıyan bu yazılı evrakın yerine, dijitalleşmenin sağladığı güvenli platformların²⁷ imkanlarından yararlan-

²⁵ Explanatory Notes, p. 5; DCSA, Streamlining International Trade by Digitalising End-to-End Documentation (February 2022) p. 3. Bkz. (Çevrimiçi) https://go.dcsa.org/ebook-eb1/?utm_source=dcsa&utm_medium=display&utm_campaign=ebook-eb1, E.T: 16.03.2025.

²⁶ Elektronik kayıt üzerinde “kontrol” kavramı ve bunun “güvenilir yöntem” ile tesisi hakkında bkz. ŞEN-GÖZ, Dış Ticarette Dijitalleşme Yazı Serisi 5, s. 2.

²⁷ Sektör, güvenli platformlara yabancı değildir. Elektronik konşimento hizmet sağlayıcıları arasında en büyüklerinden biri CargoX, faaliyet alanından bahsederken şu ifadelere yer vermiştir: “Orijinal bir belge-

narak elektronik ticaret belgelerine fonksiyon bahşedildiği takdirde, hiç şüphe yok ki, finansal ve verimlilik kazanımları ile çevresel faydalar da dahil olmak üzere pek çok potansiyel avantaj sağlanacaktır.

a. Verimlilik

Kağıda dayalı ticaret belgeleri, düzenlenme, taşıma ve saklama süreçleri nedenleriyle yüksek işlem maliyetlerine ve zaman kayıplarına yol açmakta, bu da tedarik zincirinde gecikmelere ve verimlilik kaybına neden olmaktadır. Belgelerin iletiminin günler hatta haftalar sürebilmesi, sevkiyat ve ödeme süreçlerini olumsuz şekilde etkileyerek ticaretin işleyişini yavaşlatmaktadır. Buna karşın, elektronik sistemler, belgelerin sınırlar ötesinde dahi neredeyse anlık iletilmesini sağlamakta, bu da işlem sürelerini büyük ölçüde azaltarak iş süreçlerini hızlandırmaktadır²⁸. İş süreçlerinin hızlanması ise ödemelerin daha hızlı yapılmasını ve tedarik zincirlerinin daha hızlı olmasını sağlar. Özellikle zaman kavramının çok önemli olduğu nakliye, lojistik ve finans sektörlerinde, elektronik ticaret belgelerinin sağladığı hız ve işlem kolaylığı ticari büyümeyi desteklemekte, uluslararası mal ve sermaye akışının verimliliğini artırmaktadır.

b. Maliyet Tasarrufu

Elektronik ticaret belgelerinin benimsenmesi, kağıt belgelerin basımı, fiziksel iletimi ve arşivlenmesi gibi süreçleri ortadan kaldırarak doğrudan kaynak ve operasyonel maliyetlerde önemli tasarruf sağlama fırsatı tanır. Ayrıca işletmeler, fiziksel belgeler için gerekli olan depo alanlarına ilişkin masraflardan kurtulmakta; belgelerin kaybolması veya gecikmesi durumunda oluşabilecek yenden gönderim maliyetleri büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Böylece işlem süreçlerinin toplam maliyeti düşerken, kurumsal operasyonların etkinliği artmaktadır.

Uluslararası alanda yapılan ekonomik analizler de bu yönde reformların potansiyel etkilerini desteklemektedir. Bu avantajlara dair istatistikleri vermek gerekirse, Uluslararası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*), elektronik ticaret belgelerinin ikame kullanımının 2024 yılına kadar 25 milyar

yi blockchain'e kaydetmek ve belgenin mülkiyetini takip etmek için kullanılır. Güvenin en önemli olduğu kısım burasıdır, çünkü belgenin mevcut sahibi dışında hiç kimsenin (CargoX dahil) belgeyi değiştirme hakkına sahip olmasını istemiyoruz". Bkz. (Çevrimiçi) <https://cargox.io/technology>, E.T: 17.06.2025.

²⁸ Bu hususu daha somut şekilde ifade eden Trade Finance Global'a göre, ticaret sözleşmelerinin işlem süreleri yedi ila on gün arasında değişirken, bu Kanun ile birlikte bu süre 20 saniyeye kadar düşecektir. İlgili haber için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.gov.uk/government/news/paperless-trade-for-uk-businesses-to-boost-growth>, E.T: 17.04.2025.

sterlinlik yeni ekonomik büyüme sağlayabilmesinin yanı sıra, 224 milyar sterlinlik de verimlilik tasarrufu sağlayabileceği öngörülmüştür²⁹.

c. Güvenli Ticaret

Kağıt temelli ticaret belgeleri, kaybolma, çalınma ve tahrif edilme gibi güvenlik açıklarına karşı savunmasızdır. Bu belgelerin fiziki dolaşımı, özellikle uluslararası ticarete, kontrolsüz erişim riskini artırmakta ve sahteciliğe bir zemin oluşturmaktadır. Ek olarak, bu belgeleri doğrulamak veya yapılan işlemleri şeffaf biçimde izlemek kolay değildir. Buna karşın, elektronik ticaret belgeleri gelişmiş dijital güvenlik teknolojileri aracılığıyla daha etkili bir biçimde güvence altına alınabilir. Elektronik imzalar, şifreleme protokolleri ve blokzincir tabanlı sistemler gibi teknolojiler, kimlik doğrulamakta ve içerik bütünlüğünü sağlamaktadır. Bu teknolojiler, belgelerin bütünlüğünün korunmasını sağlayarak yetkisiz değişiklikleri önler. Bu sayede dolandırıcılık, yetkisiz müdahale, hırsızlık ve hata riski önemli ölçüde azaltılabilir.

d. Çevresel Etki

Kağıt temelli ticaret belgelerine olan bağımlılık, sadece verimlilik ve güvenlik açısından sorunlara neden olmamakta, aynı zamanda ciddi çevresel sonuçlar da doğurmaktadır. Ticari işlemlerde kullanılan büyük hacimli belgeler, yoğun kağıt tüketimini beraberinde getirmekte ve bu durum ormansızlaşma, doğal kaynakların tükenmesi ve yüksek seviyede karbon emisyonu gibi olumsuz çevresel sorunlara neden olmaktadır³⁰. Bu çerçevede, elektronik ticaret belgelerine geçiş, olumsuz çevresel etkileri azaltmak ve sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak açısından önemli bir adım niteliğindedir. Elektronik belge kullanımı, şirketlerin kağıt tüketimini ve buna bağlı karbon ayak izlerini azaltarak daha çevre dostu bir ticaret ortamı sağlar.

D. Yasalaşma Süreci

1. Tasarının Şekillenmesi

ETDA'nın yürürlüğe girme süreci, elektronik ticaret belgelerinin kullanımını kapsayan meselelerin derinlemesine incelenmesiyle başladı. Birleşik Krallık hükümeti, hukuk alanında reformlar önermekten sorumlu olan Hukuk Ko-

²⁹ ICC, Aligning National Laws to the UNCITRAL Model Law on Transferable Records, UK Business Case (2021).

³⁰ Tipik bir uluslararası ticaret işlemi, yaklaşık 20 kuruluşun katılımını ve 10 ila 20 arasında belgeyi içerirken, bu belgelerin toplamı 100 sayfayı aşabilmektedir. Explanatory Notes, p. 4.

misyonu'nu mevcut yasal çerçeveyi gözden geçirmekle görevlendirdi. Hükümet, Hukuk Komisyonu'ndan, elektronik ticaret belgelerine ilişkin mevcut hukukun yol açtığı sorunların çözümüne yönelik tavsiyelerde bulunmasını ve bu tavsiyeleri uygulamak üzere taslak mevzuat hazırlamasını talep etmişti³¹. Hukuk Komisyonu, 30 Nisan 2021- 30 Temmuz 2021 arasındaki süreçte, geçici öneriler ve taslak mevzuat hakkında uluslararası ticaret katılımcıları, teknoloji şirketleri, avukatlar ve akademisyenler de dahil olmak üzere çok çeşitli paydaşlarla istişarede bulunmuş ve danışma belgesini³² oluşturmuştur. Buna göre hazırlanan Hukuk Komisyonu Raporu³³, 15 Mart 2022 tarihinde Avam Kamarası'nın talimatı ile basılmış ve 12 Ekim 2022 tarihinde Kanun Tasarısı da Parlamento'ya sunulmuştur. Böylece anlaşılmaktadır ki Hukuk Komisyonu'nun önerileri, hükümetin yasal reformlar yapma kararının temelini oluşturmuştur. Hukuk Komisyonu'nun görüşleri doğrultusunda şekillenen Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu Tasarısı'nın, elektronik ticaret belgelerine kağıt belgelerle aynı yasal statüyü vermek amacıyla ticaret belgelerinin kullanımını düzenleyen mevcut yasal çerçeveleri değiştirmek ve güncellemek üzere tasarlandığı anlaşılmaktadır.

Danışma Belgesi'nde, elektronik ticaret belgelerinin yasal olarak kağıt muadillerine eşdeğer olmasını sağlamak için yasanın modernizasyon ihtiyacı ve reform sürecinde ele alınması gereken temel zorluklar belirlenmiştir. Bunlar arasında elektronik belgelerin yasal olarak tanınması, elektronik ticaret belgelerinin zilyetlik altına alınabilir olması, hukuken kağıt muadillerine eşdeğer bir muameleye tabi tutulması ve elektronik ticaret belgeleri için "güvenilir bir sistem" kurulması ihtiyacı yer almaktadır³⁴.

Yukarıda izah edilen tasarı hazırlama sürecinden sonra, tasarının, incelemeye tabi tutulması, gerekli değişikliklerin yapılması ve nihayetinde kabul edilmesi için Parlamento'ya sunulduğuna vurgu yapmak gerekir.

³¹ Explanatory Notes, p. 5.

³² Digital Assets: Electronic Trade Documents - A Consultation Paper 254 için bkz. (Çevrimiçi) https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109104304mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2021/04/Electronic-trade-documents-CP.pdf, E.T: 17.04.2025.

³³ *Electronic trade documents: Report and Bill* için bkz. (Çevrimiçi) https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109113011mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2022/03/Electronic-Trade-Documents-final-report-AC-CESSIBLE-1.pdf, E.T: 17.04.2025.

³⁴ Digital Assets: Electronic Trade Documents - A Consultation Paper 254, p. 19.

2. Parlamento Aşamaları

ETDA Tasarısı, Parlamento'ya sunulmasının ardından hem Lordlar Kamarası (*House of Lords*) hem Avam Kamarası'nda (*House of Commons*) ayrıntılı bir yasama sürecine tabi tutulmuştur. Tasarı, kapsamlı müzakereler, değerlendirilmeler ve değişikliklerle şekillendirilmiştir.

12 Ekim 2022'de "Birinci Okuma" (*First Reading*) ile başlayan parlamento süreci, 20 Temmuz 2023'te "Kraliyet Onayı" (*Royal Assent*) ile sona ermiştir ve Kanun Kraliyet onayından iki ay sonra -20 Eylül 2023 tarihinde - yürürlüğe girmiştir. Yaklaşık bir yıl süren bu parlamento sürecinde, Tasarı ilk olarak Lordlar Kamarası'na sunuldu ve burada ilk kez resmi olarak okundu ve yayımlandı. Ardından, "İkinci Okuma" (*Second Reading*), "Rapor Aşaması" (*Report Stage*) ve "Üçüncü Okuma" (*Third Reading*) sırasıyla tamamlandı. Bu aşamalarda, Tasarının temel ilkeleri, mevzuatın hedefleri, Tasarının potansiyel sorunları tartışıldı ve Lordlar Kamarası aşaması 22 Mart 2023 tarihinde tamamlanmıştır.

Akabinde, Tasarı 23 Mart 2023 tarihinde Avam Kamarası'na sunulmuştur. Burada da benzer bir prosedür izlenmiş; Tasarı bir dizi okuma ve komite incelemesinden geçmiştir. Avam Kamarası üyeleri, Tasarının hükümlerini daha geniş bir politika çerçevesinde değerlendirerek çeşitli düzenlemeler önermiş ve gerekli değişiklikler yapmıştır.

Son olarak değişikliklerin değerlendirilmesi ve Kraliyet onayı ile beraber süreç 20 Temmuz 2023 tarihinde son bulmuştur. Parlamento'nun her iki kanadından da geçtikten sonra Kanun Tasarısı kraliyet onayını aldı ve resmen yasalaştı. ETDA, 20 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe girerek Birleşik Krallık'ta elektronik ticaret belgelerinin kullanımına ilişkin yasal çerçeveyi oluşturdu.

E. Kanunun İçeriği

1. Kapsamı ve Kısa Başlığı

ETDA m. 8/1 Kanunun bölgesel kapsamını belirlemektedir. Hükme göre, ETDA, İngiltere ve Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda'yı kapsar, ancak m. 3/4 sadece İskoçya'yı kapsar.

ETDA m. 8/2 ise Kanunun yürürlüğe girme zamanını düzenlemektedir. Hüküm, Kanunun kabul edildiği günden itibaren iki aylık sürenin sonunda yürürlüğe girmesini öngörmektedir. Kanun 20 Temmuz 2023 tarihinde kabul edilmiştir. Dolayısıyla ETDA 20 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ETDA m. 8/3, Kanunun yalnızca ileriye dönük etkiye sahip olmasını hüküm altına almıştır. Bunu, Kanunun 3. ve 4. maddelerinin, Kanunun yürürlüğe girdiği günden önce düzenlenen bir kağıt ticaret belgesi veya elektronik ticaret belgesi ile ilgili olarak uygulanmayacağını ifade ederek sağlamaktadır. Dolayısıyla, 20 Eylül 2023 tarihinden önce düzenlenen bir elektronik ticaret belgesi ETDA hükümlerine dayanarak zilyet olunamaz, ciro edilemez veya bir kağıt ticaret belgesine dönüştürülemez. Aynı durum kağıt ticaret belgesi için de geçerli olup, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce düzenlenmiş olması halinde, Kanun kapsamında kağıttan elektroniğe bir şekil veya ortam değişikliğinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır³⁵.

ETDA m. 8/4 Kanunun kısa başlığını ifade etmektedir. Söz konusu hükme göre, Kanun, “*Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu 2023*” (*the Electronic Trade Documents Act 2023*) olarak isimlendirilebilir.

2. Elektronik Ticaret Belgeleri

Elektronik ticaret belgeleri, geleneksel olarak ticari işlemler (nakliye, sigorta, ödeme vb.) sırasında kullanılan belgelerin dijital ortamdaki halidir. Elektronik ticaret belgeleri, konşimentolar, kambiyo senetleri ve deniz kargo makbuzları gibi yüzyıllardır ticaretin merkezinde yer almış, malların transferi, ödemelerin güvence altına alınması ve taraflar arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkilerin kanıtlanması için kullanılan geleneksel kağıt temelli ticaret belgeleri dijital/elektronik olarak ikame edilir. ETDA birinci maddesinde *Kağıt Ticaret Belgelerinin Tanımı* başlığı altında kanun kapsamındaki ticaret belgelerine değinirken, ikinci maddesinde *Elektronik Ticaret Belgelerinin Tanımı* başlığı altında bu belgelerin kriterlerini belirlemiştir.

a. Kanun Kapsamındaki Ticaret Belgeleri

Kanun koyucu ilk olarak kağıt ticaret belgelerini tanımlamış ve bu belgelerin karşılaması gereken şartları düzenlemiştir. ETDA m. 1/1, Kanun kapsamına girebilecek ticaret belge türlerini ortaya koymaktadır. Bunu, bir belgenin Kanunun amaçları doğrultusunda “kağıt ticaret belgesi” olarak nitelendirilebilmesi için karşılaması gereken üç kriteri ortaya koyarak yapar.

İlk olarak, ETDA m. 1/1(a), belgenin kağıt formunda olmasını gerektirmektedir. Bunun nedeni, Kanunun mevcut uygulamada kağıt formunda kullanılan

³⁵ Explanatory Notes, p. 19, 20.

ticaret belgelerin elektronik muadilleriyle ilgili olmasıdır³⁶. Nitekim, ETDA'nın temel amacı, halihazırda fiziksel biçimde kullanılan ticaret belgelerinin elektronik eşdeğerlerine hukuki geçerlilik kazandırmaktır.

İkinci kriter, ETDA m. 1/1(b)'de düzenlenmiştir. Hükme göre; belgenin, mal ticareti veya nakliyesi (m. 1/1(b)(i)) veya bu tür ticaret veya mal nakliyesinin finansmanı (m. 1/1(b)(ii)) ile bağlantılı olarak kullanılan bir türde olması gerekmektedir. Dolayısıyla, mal ticareti/nakliyesi veya bunların finansmanı ile ilgili olmayan belgeler bu Kanunun kapsamına dahil olamaz. ETDA m. 1/1(b)'de aranan diğer bir şart ise, ilgili belgenin Birleşik Krallık'ın en az bir bölgesinde ticarete yaygın olarak kullanılıyor olmasıdır. Dolayısıyla, bir belgenin örneğin yalnızca Galler'de ticarete yaygın olarak kullanılıyor olması gerekli ve yeterlidir. Bu belgenin İngiltere ve İskoçya'da kullanılmaması, belgenin ETDA kapsamına giremeyeceği anlamına gelmez.

Son olarak, ETDA m. 1/1(c), bir kişinin bir yükümlülüğün yerine getirilmesini talep edebilmesi için belgenin zilyedi olması gerektiğini öngörmektedir. Hükme göre zilyetlik, kanun, ticari teamül, kullanım veya uygulama gereği gerekli olabilir. Bu hüküm, oldukça kapsayıcı bir hüküm olup şemşiye hüküm olarak da nitelendirilir ve çok çeşitli belgelerin Kanun kapsamına girmesine olanak sağlar. Bu hükmün amacı, (diğer yasal gerekliliklerin karşılanması koşuluyla) işlevselliği nedeniyle zilyetliğinde bulundurulması gereken ticaret belgelerinin, kesin yasal veya ticari niteliğine bakılmaksızın, bu Kanun kapsamına girmesini sağlamaktır. Bugün kapsama girmeyen bir belge, gelecekte bir ticari teamül ve uygulamanın gelişmesi halinde yasa dahilinde kabul edilebilir³⁷.

ETDA m. 1(2)'de m. (1)(b)'de belirtilen şekilde yaygın olarak kullanılan temel ticaret belgelerine örnekler verilmiştir. Bu hüküm, mal ticareti/nakliyesi ya da bu tür ticaretin/nakliyenin finansmanı ile bağlantılı olarak yaygın bir şekilde kullanılan belgelerin ayrıntılı olmayan bir listesini sunmaktadır. Diğer bir ifade ile ticaret belgeleri sayılan belgeler ile sınırlı değildir, adı geçen belgeler en sık kullanılan örnek niteliğinde belgelerdir. Burada dikkat edilecek husus, listede yer alan belirli bir belge ancak 1(1) bölümündeki diğer gereklilikleri karşılaması halinde Kanun kapsamına girecek olmasıdır.

ETDA m. 1(2)'de örnek olarak verilen ticaret belgeleri şunlardır:

(a) kambiyo senedi (*a bill of exchange*);

³⁶ Explanatory Notes, p. 7.

³⁷ Explanatory Notes, p. 8.

- (b) emre yazılı senet (*a promissory note*);
- (c) konişmento (*a bill of lading*);
- (d) teslim ordinosu (*a ship's delivery order*)³⁸;
- (e) antrepo makbuzu (*a warehouse receipt*);
- (f) yükleme ordinosu (*a mate's receipt*);
- (g) deniz sigorta poliçesi (*a marine insurance policy*);
- (h) yük sigorta sertifikası (*a cargo insurance certificate*).

b. Elektronik Ticaret Belge Kriterleri

ETDA m. 2, elektronik formdaki bir belgenin Kanunun amaçları doğrultusunda “elektronik ticaret belgesi” olarak nitelendirilebilmesi için karşılması gereken kriterleri ortaya koymaktadır. Bu kapsamda ilk olarak m. 2/1'e göre; elektronik formdaki bilgilerin, kağıt formundaki bir belgede yer alması halinde belgenin kağıt ticaret belgesi olmasına yol açacak bilgiler olması gerekmektedir. Dolayısıyla, elektronik formdaki bir belgenin Birleşik Krallık hukukunda “elektronik ticaret belgesi” olarak nitelendirilebilmesi için içermesi gereken bilgiler açısından farklı bir gereklilik aranmamakta, kağıt eşdeğerinde bulunması gereken bilgilerin aynısını içermesi gerekmektedir.

ETDA m. 2/2, Kanunun amaçları doğrultusunda elektronik formdaki “belge” kavramını belirlemektedir. Hüküm, elektronik formdaki bilgilerin yanı sıra mantıksal olarak ilişkilendirildiği³⁹ ve elektronik formda olan diğer bilgilerin de, bu belgeyle ilgili olarak belirli bir işlevselliğe sahip olmak için güvenilir bir sistem kullanılması koşuluyla, Kanunun amaçları doğrultusunda bir “elektronik ticaret belgesi” olarak kabul edilmesini öngörmektedir.

Kağıt ticaret belgelerinden elektronik muadillerine geçilmesinin başlıca nedenlerinden birisi elektronik muadillerinin daha güvenli olmasıdır. Bu bağlam-

³⁸ Delivery order, taşıyan veya kaptan tarafından imza veya paraf edilmişse durum özellik arz eder. “*Ship's delivery order*” adı verilen bu belgeler, konşimentonun iadesi karşılığında kaptan tarafından tanzim ve tevdi veya konşimento hamili tarafından tanzim edildikten sonra taşıyana paraf ettirilmek suretiyle kaptana ibraz edilir. Taşıyan veya kaptanın imza ve parafını havi olmaları nedeniyle de, bundan böyle konşimentonun bir kupürü mütalaa edilerek tıpkı konşimento gibi emtiayı temsil fonksiyonunu kazanırlar ve hamillerine yükün teslimini talep ve dava hakkını sağlarlar. TEKİL, Fahiman, **Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1973, s. 45.

³⁹ Açıklayıcı Notlarda ilgili hükümde yer alan “mantıksal olarak ilişkilendirilmiş” (logically associated) ifadesinin elektronik olarak bağlı, bağlantılı veya başka bir şekilde çapraz referanslı anlamında kullanılması amaçlandığı belirtilmiştir. Explanatory Notes, p. 9.

da, elektronik ticaret belgesi sisteminin güvenilirliği oldukça önemli bir husustur. ETDA m. 2/2, elektronik formdaki belgenin kağıt muadilinin esaslı özelliklerini kopyalamak üzere tasarlanmış “güvenilir bir sistemin” kullanılmasını gerektirir. Güvenilir bir sistem, sağlıklı bir ticaretin sağlanması ve hak sahiplerinin korunması için önemli olduğu gibi, elektronik ticaret belgelerinin kullanımının yaygınlaşması için de elzemdir.

ETDA m. 2 kapsamında güvenilir bir sistemden söz edebilmek için elektronik sistemin belirli standartları⁴⁰ karşılaması gerekmektedir. ETDA m. 2/5, bir elektronik ticaret belgesi sisteminin güvenilirliğinin değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek kapsamlı olmayan faktörlerin bir listesini sunmaktadır⁴¹.

Diğer bir kriter, elektronik ticaret belgesinin kopyalarından ayırt edilebiliyor olması gerekmektedir. Bu kapsamda, ETDA m. 2/2(a) gereğince, belgenin herhangi bir kopyasından ayırt edilebilmesini sağlayacak güvenilir bir sistem kullanılmalıdır. Bu kriterin amacı, bir kopyanın orijinal olarak kullanılmamasını sağlamak için orijinal ile kopyasının ayırt edilebilmesini sağlamaktır.

Ayrıca, ETDA m. 2/2(b), elektronik ticaret belgelerinin bütünlüğünü korumasını gerektirir. Bu çerçevede, elektronik ticaret belgesinin yetkisiz müdahalelerden veya değişikliklerden korunması amaçlanmaktadır. Böylelikle, ticari işlemlerin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesi sağlanabilir ve elektronik ticaret belgelerinin kullanımı yaygınlaşabilir.

⁴⁰ Elektronik ticaret sistemlerinin güvenilirliğine ilişkin yönergeler halihazırda mevcuttur. Örneğin DCSA'nın Elektronik Konşimento Standartları (DCSA's standards for an Electronic Bill of Lading), ICC'nin Dijital Standartlar Girişimi (the ICC's Digital Standards Initiative), Future International Trade Alliance'ın rehberi ve Dijital Ticaret İşlemleri için Tekdüzen Kurallar (Uniform Rules for Digital Trade Transactions). Bkz. SUTTON, Patrick/ UNDERHILL, Sally-Ann/ ANTONIOU, Christos / WATLING, Tom, Electronic Trade Documents Act, (Çevrimiçi) <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2023/09/electronic-trade-documents-act>, E.T.: 17.06.2025.

⁴¹ ETDA m. 2/5'e göre, bir sistemin güvenilir olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlar şunlardır:

- (a) sistemin işleyişi için geçerli olan her türlü kural;
- (b) sistemde tutulan bilgilerin bütünlüğünü korumak için alınan her türlü tedbir;
- (c) sisteme yetkisiz erişimi ve kullanımı önlemek için alınan her türlü tedbir;
- (d) sistem tarafından kullanılan donanım ve yazılımın güvenliği;
- (e) sistemin bağımsız bir kurum tarafından denetlenmesinin düzenliliği ve kapsamı;
- (f) denetleyici veya düzenleyici işlevleri olan bir kurum tarafından sistemin güvenilirliğine ilişkin yapılan herhangi bir değerlendirme;
- (g) sistemle ilgili olarak uygulanan herhangi bir isteğe bağlı programın veya endüstri standardının hükümleri.

ETDA m. 2/2(c), bir elektronik belgenin kontrolünün⁴² herhangi bir zamanda yalnızca tek bir kişide bulunmasını zorunlu kılmaktadır⁴³. Bununla birlikte, anılan gereklilik, birden fazla kişinin aynı anda kontrol sahibi olmaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Birden fazla kişi elektronik formdaki bir belgenin kontrolüne sahip olabilir (örneğin, birden fazla kişi belgeyi kullanmak için gerekli güvenlik kimlik bilgilerine sahip olabilir)⁴⁴. Buna karşın, burada belirleyici olan husus, birden fazla kişi güvenlik kimlik bilgilerine sahip olsa bile bu güvenlik bilgilerini yalnızca bir kişinin kullanabilmesi ve böylece kontrolün fiilen tek elde bulunmasıdır. Mezkur koşul, aynı belgenin farklı kişilerce aynı anda bağımsız olarak devredilmesi olasılığını ortadan kaldırarak, mükerrer devri ve buna bağlı hukuki uyumsuzlukları engellemeye hizmet etmektedir.

Kanun kapsamında aranan bir diğer kriter; elektronik sistemin, *kontrolü* uygulayabilecek kişilerin belirlenmesine olanak sağlamasıdır. ETDA m. 2/2(d), belgenin kontrolünü elektronik biçimde kullanabilen herhangi bir kişinin bunu yapabildiğini gösterebilmesini gerektirir. Sistem, belgenin kontrolünü kullanabilen herhangi bir kişinin kimliğinin saptanmasına olanak verecek nitelikte olmalıdır. İlgili kişinin

⁴² ETDA'da yer alan kontrol kavramı ile ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Hukuki bir kavramdan ziyade olguya dayalı bir kavram olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla da ETDA, UCC, MLETR ve SE-TA'nın aksine, kontrolü mülkiyetin işlevsel bir eş değeri olarak ele almamaktadır. ETDA lafzi bakımından münhasır kontrol ve zilyetlik kavramları arasında boşluk yaratacak şekilde kaleme alındığından, belirsiz bir alan ve olası koruma eksikliği doğurma potansiyeli barındırmaktadır. Bunun önüne geçilmesi için münhasır kontrolün bir niyeti varsaydığı yorumu yapılabilir”. Bkz. PEJOVIC, Caslav/LEE, Unho, “Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?”, *Texas International Law Journal*, Vol. 59, No. 2, 2024, p. 101. Bu yorumdan da ortaya çıktığı üzere, kağıt belgelere dayalı klasik sistemde kabul edilmiş olan mülkiyet ve zilyetlik vb. kavramları elektronik ticaret belgelerine dair yapılan/yapılacak olan yasal düzenlemelerde birebir kullanmak mümkün olmayacaktır. Zira kağıt ticaret belgesi ile elektronik ticaret belgesine aynı işlevsel eşdeğeri vermeye çalışırken elektronik kayıtların kendine özgü yapısından kaynaklanan sınırlamaları da gözetmek gerekir. ETDA kontrol/münhasır kontrol kavramı ile bunu aşmaya çalışsa da yine de yargısal yoruma muhtaç belirsizliklerin önüne geçemediği anlaşılmaktadır. Türk kanun koyucusu da benzer eleştirilerle karşılaşacaktır. Benzer tespit ve eleştiriler için bkz. YELMEN, Adem, “Dijital Varlıkların “Kontrol”ü Kavramının Mülkiyet ve Zilyetlik Kavramlarıyla Karşılaştırılması”, *YBHD*, Y. 10, S. 1, 2025, s. 287.

⁴³ ETDA m. 2/3(a), bir kişinin bir belgeyi kullandığında, devrettiğinde veya başka bir şekilde elden çıkardığında (kişinin bunu yapmaya yasal hakkı olsun ya da olmasın), Kanunun amaçları doğrultusunda belgenin kontrolünü elinde bulundurduğunu öngörmektedir. ETDA m. 2/4 gereğince, bir ticaret belgesinin yalnızca okunması veya görüntülenmesi, m. 2/3(a)'nın amaçları doğrultusunda belgenin kullanıldığı anlamına gelmez. Örneğin, bir kişi bir belgeyi sadece okuma erişimine sahip olabilir, bu da belgeyi görüntülemesine ve okumasına izin verir, ancak başka bir şey yapmasına olanak sağlamaz. Böyle bir kişinin ilgili belgeyi ETDA'nın amaçları doğrultusunda kullanma yetkisine sahip olmadığı ve ilgili belge üzerinde kontrol sahibi olmadığı kabul edilmelidir. Explanatory Notes, p.12.

⁴⁴ ETDA m. 2/3(b), ortak hareket eden bir grup kişinin elektronik biçimdeki ticaret belgesinin kontrolünü kullanabildiği durumları kapsamaktadır. Bu durum, örneğin, birkaç kişinin farklı anahtarlar (anahtar parçalarına) sahip olduğu ve belgenin transferini gerçekleştirmek için bunların belirli bir kombinasyonunun veya sayısının gerekli olduğu çoklu-imza düzeninde ortaya çıkabilir. Bu durumda, belge üzerinde ortaklaşa kontrol uygulayabilen kişiler madde 2/2(c)'nin amaçları doğrultusunda tek bir kişi olarak değerlendirilmelidir. Explanatory Notes, p. 13.

kimliğinin tespiti, kullanılan teknolojiye bağlı olarak, sistemin elektronik ticaret belgesini belirli bir dijital adres ya da güvenli kimlik bilgileriyle ilişkilendirmesi ve kişinin bu kimlik doğrulama unsurlarına veya kontrol mekanizmalarına erişim yetkisini ispatlayabilmesi suretiyle sağlanabilir⁴⁵. Bu süreç, belgenin meşru sahibi ile dijital izler arasında güvenilir bir bağ kurulmasını mümkün kılar.

Aranan son kriter ise belgenin elden çıkarılabilir nitelikte olmasıdır. Zira ETDA m. 2/2(e) uyarınca, elektronik ticaret belgesinin elden çıkarılabilir olması gerekmektedir. Bu, belgenin devrinin hem belgenin hem de belge üzerindeki kontrolün devredilmesi -kişi devralan olması nedeniyle kontrol sahibi olmadığı sürece- anlamına gelir. Bu hüküm, bir elektronik ticaret belgesinin aynı anda birden fazla tarafça kontrol edilerek mükerrer şekilde devredilmesini önler. Elden çıkarılabilirlik ilkesi, belgeye bağlı talep hakkının yalnızca kontrol sahibi tarafından ileri sürülebilmesini temin eder.

Yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuç; güvenilir bir sistem, belgeyi sahibinin münhasır kontrolünde orijinal bir kayıt olarak tespit etmelidir.

3. Elektronik Ticaret Belgelerinin Zilyetliği, Ciro Edilmesi ve Etkisi

Elektronik ticaret belgeleri hakkındaki en önemli konulardan birisi bu belgelere ilişkin zilyetlik sorunu. ETDA ile bu sorun çözüme kavuşturulmuştur. ETDA m. 3/1, bir kişinin elektronik bir ticaret belgesi üzerinde zilyetlik kurabileceğini, onu ciro edebileceğini ve zilyetliğini devredebileceğini öngörmektedir. Bu hüküm, geçmişte elektronik formdaki belgeler üzerinde zilyetlik kurulmasını engelleyen hukuki engeli ortadan kaldırmaktadır. Belirtilen hükmün bir sonucu olarak, Birleşik Krallık hukukunda elektronik ticaret belgeleri üzerinde zilyetlik tesis edilebilir⁴⁶.

ETDA m. 3/1, elektronik ticaret belgeleri üzerinde zilyetlik tesis edilebileceğini ve bu belgelerin ciro edilebileceğini kabul etmekle birlikte, bu işlemlerin teknik olarak nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Bunun nedeni, teknolojik altyapıların çeşitliliği ve hızla gelişen dijital sistemler karşısında kanun metnine katı kurallar konulmasının esnekliği sınırlayacak olmasıdır. Bu yaklaşım, uygulamada farklı teknik çözümlerle zilyetlik ve ciro süreçlerinin sağlanabilmesine imkan tanıyarak teknolojik tarafsızlık ilkesine uygun bir çerçeve sunmayı amaçlamaktadır⁴⁷.

⁴⁵ Explanatory Notes, p. 11.

⁴⁶ Explanatory Notes, p. 13.

⁴⁷ Explanatory Notes, p. 14-16.

Bununla birlikte, zilyetliğin ve cironun kağıt ticaret belgeleri için geçerli olan yerleşmiş kuralları elektronik belgelere uyarlanabildiği ölçüde uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile ETDA m. 3 gereğince kağıt ticaret belgeleri ile elektronik ticaret belgelerine aynı maddi hukuk uygulanacaktır. Örneğin, kağıt bir kambiyo senedinin üzerinde zilyetlik kurulabilmesi için bu senet üzerinde hakimiyet ve ilgili kişide zilyetlik niyeti bulunması gerekirken, aynı şekilde elektronik versiyonu için de fiili kontrol (hakimiyet) ve zilyetlik niyeti unsurlarının bulunması şarttır. Buna karşın, nitelikleri gereği bazı farklılıklar bulunabilir. Örneğin, kağıt belgelerin arka yüzlerine ciro yapılması şeklinde yerleşmiş bir uygulama varken, elektronik bir belgenin “arka yüzü” söz konusu olmayabilir. Ancak, bu elektronik ticaret belgelerinin ciro edilemeyeceği anlamına gelmez. Zira ETDA m. 3/1 açık bir şekilde elektronik ticaret belgelerinin ciro edilebileceğini düzenlemektedir⁴⁸.

ETDA, elektronik ticaret belgeleri üzerinde teknik olarak nasıl zilyetlik tesis edilebileceğine ilişkin bir düzenleme getirmese de, elektronik belgelerde zilyetliğin devri fiziksel teslimle değil, kullanılan teknolojiye bağlı olarak sistem üzerinde gerçekleşen teknik bir kontrol aktarımıyla sağlanır. Ancak bu fark, işlemin mahiyetini değiştirmez, her iki durumda da temel olan, zilyetliğin devrinin hukuki etkilerinin aynı şekilde ortaya çıkmasıdır. Böylelikle, elektronik ticaret belgelerinin hukuki geçerliliği ve işlevselliği konusunda yeknesaklık⁴⁹ sağlanır⁵⁰.

Elektronik ticaret belgelerinin kullanımının yaygınlaşması ve kullanımından kaynaklanan hukuki uyumsuzlukların çözülemeyecek sorunlara neden olmaması için bu belgelerin, kağıt muadilleri ile aynı yasal etkiye ve işlevselliğe sahip olması ve aynı hukuk kurallarının her iki tür için de geçerli olması gerekirdi. Benzer şekilde, elektronik ticaret belgesiyle ilgili olarak yapılan herhangi bir işlem, kağıt muadili ile ilgili olarak sahip olacağı etkiyle aynı etkiye sahip olması gerekirdi. Nitekim kanun koyucu, elektronik ticaret belgelerin kağıt muadilleriyle aynı hukuki statüye ve etkiye sahip olmasını sağlamak amacıyla, ETDA m. 3/2 ve 3/3 hükümleriyle açık bir eşdeğerlik rejimi öngörmüştür. Kanun koyucu, ticari işlemlerde güvenlik, işlevsellik ve hukuki kesinlik sağlamak

⁴⁸ Explanatory Notes, p. 14-16.

⁴⁹ ICC Bankacılık Komisyonu, ticaret işlemlerinin tamamen dijital olarak gerçekleştirilmesini mümkün kılmak için terimler ve tanımlara ilişkin “*Dijital Ticaret İşlemleri için Birörnek Kuralları (Uniform Rules for Digital Trade Transactions (URDIT) Version 1.0)*” yayımlamıştır. bkz. (Çevrimiçi) <http://www.icc.tobb.org.tr/docs/2022/ICC-URDIT-102T-ebook.pdf>, E.T: 17.06.2025.

⁵⁰ Explanatory Notes, p. 14-16.

adına, elektronik ticaret belgelerinin tıpkı kağıt belgeler gibi aynı kurallara tabi olmasını ve aynı hukuki sonuçları doğurmasını sağlamıştır⁵¹.

ETDA m. 3/2'e göre, bir elektronik ticaret belgenin muadili olan bir kağıt ticaret belgesi ile aynı etkiye sahip olduğunu öngörmektedir. Örneğin, bir kağıt konşimento taşıyıcıya karşı yük üzerindeki tasarruf yetkisini içeriyorsa; bu yetki, elektronik konşimento bakımından da aynı şekilde geçerli olacak ve hamiline aynı tasarruf yetkisini sağlayacaktır. Benzer şekilde, elektronik bir ciro işlemi, kağıt belgedeki ciroyla aynı hukuki etkiye sahip olacak ve hak sahipliğini devretmek bakımından eşdeğer işlev görecektir. Bu yaklaşım, dijital dönüşüm sürecinde ticaret belgelerinin hukuki geçerliliği konusundaki belirsizlikleri ortadan kaldırarak, uluslararası ticaretin dijitalleşmesini destekleyecektir⁵².

ETDA m. 3/3, bir elektronik ticaret belgesiyle ilgili gerçekleştirilen herhangi bir işlemin, eşdeğer bir kağıt belge bakımından doğuracağı hukuki etkiyle (varsa) aynı sonucu doğurmasını sağlar. Örneğin, bir kağıt konişmentonun zilyetliğinin devri, alıcının ilgili mallar üzerinde iddiada bulunma ve bunu üçüncü kişilere karşı ileri sürebilme hakkını doğuruyorsa, bu hak elektronik muadili bakımından da aynı şekilde geçerli olacaktır⁵³.

4. Şekil/Ortam Değişikliği

ETDA m. 4, bir ticaret belgesinin şeklinin veya ortamının elektronikten kağıda ve kağıttan elektroniğe değiştirilmesini mümkün kılmaktadır. Bunun nedeni ticaret belgelerinin sıklıkla uluslararası işlemlerde kullanılması ve her ülke hukukunun elektronik ticaret belgeleri tanımamasıdır. Örneğin, Birleşik Krallık hukukuna dayanarak İngiltere'de düzenlenen bir elektronik konişmentonun, elektronik konişmentoya yasal değer atfetmeyen ve bu konişmentoyu tanımayan bir ülkede işleme alınması gerektiğinde bu elektronik konişmentonun kağıt eşdeğeri ile değiştirilmesi gerekebilir.

Belgenin sadece şekli/ortamı değiştirilebilir. Belgenin içeriğinde bir değişiklik ETDA m. 4 kapsamında bir değişiklik olarak kabul edilemez. Belgenin içeriğinde esaslı bir değişiklik olursa, şekil değişikliği söz konusu olmadığı, yeni bir belge düzenlendiği kabul edilmelidir⁵⁴.

⁵¹ Explanatory Notes, p. 14-16.

⁵² Explanatory Notes, p. 14-16.

⁵³ Explanatory Notes, p. 14-16.

⁵⁴ Explanatory Notes, p. 17.

ETDA m. 4/1 uyarınca bir ticaret belgesinin elektronik ortamdan kağıt ortama ve kağıt ortamdan elektronik ortama dönüştürülmesi için iki koşulun yerine getirilmesi gerekir. İlk koşul, belgenin dönüştürüldüğüne dair bir ifadenin yeni şekliyle belgeye dahil edilmesidir. Örneğin, kağıttan elektronik biçime dönüştürülen bir belgenin, elektronik biçiminde, “bu belge kağıttan elektronik forma dönüştürülmüştür” gibi bir ifade içermesi gerekir. Bu koşul, şekli değiştirilen belgeyi devralan kişinin, belgenin başlangıçta farklı bir biçimde düzenlendiğinin farkında olmasını sağlamakla birlikte, belgenin herhangi bir özel gereklilikle uyumluluğunu belirlemesini sağlar⁵⁵. İkinci koşul ise belgenin dönüştürülmesine ilişkin her türlü sözleşmeye dayalı veya varsa diğer gerekliliklere uyulmasıdır.

Hükümün ikinci fıkrasında ise geçerli bir şekil değişikliğinin sonuçları düzenlenmektedir. Hükme göre, bir ticaret belgesi ETDA m. 4/1 kapsamında dönüştürüldüğünde, eski biçimindeki belgenin geçerliliği sona erer ve belgeye ilişkin hak ve yükümlülükler yeni biçimindeki belgeyle birlikte geçerli olmaya devam eder. Böylelikle, geçerli bir şekil değişikliği sonucunda belgenin eski şeklinin geçerliliği sona erer ve aynı belgeye bağlı olan borcun birden fazla ifa edilmesi engellenerek hak sahiplerinin korunması sağlanır⁵⁶.

5. İstisnalar

ETDA m. 5 hükmünde istisnalar düzenlenmiştir. ETDA m. 5/1, m. 3'ün uygulanmaması gerektiğine dair bir niyetin belgede veya belgeyle ilgili olarak geçerli olan şartlarda yer alması veya bunlardan makul bir şekilde çıkarım yapılabilmesi halinde, Kanunun 3. ve 4. maddelerinin bir elektronik ticaret belgesi ile ilgili olarak uygulanmayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla, taraflar ETDA hükümlerine dayanmak yerine, düzenleyecekleri bir sözleşmeye dayanarak belgeleri elektronik biçimde kullanabilir ve ciro edebilirler.

ETDA m. 5/2(a), 2001 tarihli Belgesiz Menkul Kıymetler Yönetmeliği (*the Uncertificated Securities Regulations 2001*) kapsamında ilgili bir sisteme girilen belge veya araçları Kanunun 1 ila 4. maddelerinin kapsamı dışında bırakmaktadır. Bu istisnanın temel amacı, elektronik belge veya araçlarla ilgili olarak iki farklı yasal rejimin uygulanmasından doğabilecek normatif çatışmaları önlemektir. Nitekim, teknik anlamda bir senet olan ve “ticari senet” (*commercial paper*) olarak bilinen borç senedi türü, hem anılan Yönetmeliğin gereklerini

⁵⁵ Explanatory Notes, p. 17.

⁵⁶ Explanatory Notes, p. 17.

karşılayabilir hem de ETDA kapsamında değerlendirilebilir. Buna karşın, Yönetmelik, zilyetlik kavramlarına dayalı bir rejimden tamamen farklı bir yasal rejim öngördüğünden, bu kapsamda yer alan belge ve araçların ETDA'nın uygulama alanı dışında tutulması yerinde görülmektedir⁵⁷. Bununla birlikte, ETDA m. 5/3, bu istisnanın İlgili Bakan tarafından yapılan düzenlemelerle değiştirilebileceğini veya kaldırılabilceğini öngörmektedir.

ETDA m. 5/2(b), uygun makam tarafından yapılacak düzenlemelerde söz konusu belge veya aracın belirtilmesi yoluyla bir belge veya araç türünün Kanunun 1 ila 4. maddelerinin kapsamı dışında bırakılmasına yönelik bir yetki vermektedir.

6. Tamamlayıcı Hüküm

ETDA m. 6 ile birlikte kanun kapsamındaki elektronik ticaret belgelerinin İngiliz mevzuatına genel uyumunun sağlanması için 1882 tarihli Kambyo Senetleri Yasası ile 1992 tarihli Deniz Yoluyla Eşya Taşıma Yasası'nda düzenlemeler yapılmıştır⁵⁸.

SONUÇ

Dijitalleşen dünya her alanı etkilediği gibi ticari hayatı da etkilemekte, ticari işlemlerin gerçekleşmesi bakımından söz konusu olan pek çok süreç elektronik ortamdaki kayıtlarla takip edilmektedir. Akıllı sözleşmeler, dijital platformlar, dijital paralar ve dijital belgeler dijitalleşmenin getirmiş olduğu tüm bu yeniliklerin uygulanabilmesi için öncelikle ulusal ama nihayetinde mutlaka uluslararası yeni kural ve standartların olması kaçınılmaz bir gerçekliktir. Hakikaten, uluslararası ticaretteki işlem yoğunluğu bakımından bu durum artık bir tercih olmaktan çıkmış ve adeta işin doğası gereği bir zorunluluk olmuştur. Kağıda dayalı şekilde bu süreçlerin devam etmesi gerektiğini iddia etmek, günümüz ticari hayatını hele ki uluslararası ticareti hiç anlamamak demektir. Dolayısıyla bugün artık kağıt ticaret belgeleriyle bu süreçlerin yürütülmesi de mümkün olmadığı gibi, gerçekçi de değildir. Yasal düzenlemeler çoğu zaman ekonomik gerçeklerin gerisinde kalmıştır. Kağıt ticaret belgelerine dayalı hukuk sistemleri ile dijitalleşen ulusal ve uluslararası ticaretin gerçekleri arasında bir çatışma mevcuttur. Klasik ticaret hukuku ve ticari işlemlere konu diğer mevzuat hüküm-

⁵⁷ Explanatory Notes, p. 18.

⁵⁸ ETDA m. 6'da, m. 5 kapsamında yapılacak düzenlemeler ve bu düzenleme yapma yetkisinin nasıl kullanılabileceği öngörülmektedir.

lerinin dijital dönüşüme uyumunun sağlanabilmesi için Birleşmiş Milletler bir aksiyon almıştır. BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), “*Devredilebilir Elektronik Kayıtlara İlişkin Model Kanununu (The Model Law on Electronic Transferable Records /MLETR)*” çerçeve bir düzenleme olarak hazırlamıştır. 2017 yılı itibari ile gerçekleşen bu gelişme ülkelerin ulusal mevzuatlarını da etkilemiştir. Bunlardan en önemlisi *Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı*’nda çıkarılan, *Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu* (Electronic Trade Documents Act / *ETDA*)’dır. ETDA, 20 Temmuz 2023 tarihinde kabul edilmiş ve 20 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu ülkedeki mevzuata dair düzenlemeler görünüşte ulusal düzeyli olsa da, gerçekte uluslararası etkiye sahiptir. Bunun sebebi de, geçmişten günümüze ülkenin uluslararası ticaretteki niceliksel ve niteliksel büyük etkisidir.

ETDA ile birlikte aşağıda hedeflenen amaçlar İngiliz kanun koyucu tarafından hayata geçirilmiş ve kendi mevzuatı dijital dönüşüme uyum sağlamıştır:

- kağıt temelli ticaret belgelerinin neden olduğu yapısal kısıtlamaları aşmak,
- elektronik ticaret belgelerinin yasal olarak tanınmasını (hukuki belirlilik ve kesinlik gereksinimini) ve etkin kullanımını mümkün kılmak,
- ticaretin hızlanmasını, maliyetlerin azalmasını ve uluslararası ticarette dijitalleşmenin önündeki hukuki engellerin kaldırılmasını sağlamak,
- zilyetlik kurumunu elektronik ortamda uygulayabilmek,
- mülkiyet devri ve tasarruf haklarının dijital belgeler üzerinden güvence altına alınmasını temin etmek.

Türk kanun koyucusu da bu hedeflerle *Devredilebilir Elektronik Kayıtlara İlişkin Model Kanunu*’nun uygulamadaki en önemli yansıması olan *2023 Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu*’nun benzeri mevzuat düzenlemelerini hayata geçirmeli, dijital dönüşüme uyum gösterme bakımından geç kalmamalıdır. Bu nedenle de huzurdaki çalışmada, olası bir kanun teklifinin hazırlanmasıyla ilgili çalışma gruplarını ve/veya bilimsel akademik projeleri tetiklemek, hali hazırda mevcutsalar, *2023 Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu*’nun yasalaşma sürecine ve içeriğine dikkatlerini çekmek amacıyla bu İngiliz Kanunu kısaca incelenmiştir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

AKSOY, Pınar Çağlayan/HÜRYAŞAR, Menekşe/ŞENGÖZ, Meral, “Tedarik Zincirlerinde Kağıtsız Ticaret Dönemine Doğru: Dijital Dünyadaki Gelişmeler ve Blokzincir Teknolojisi Elektronik Ticaret Dokümanları Bakımından Neler Getirecek?”, **BATİDER**, C. 39, S. 1, 2023, s. 67-125.

BER, Ahmet Said, “Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlara İlişkin Uncıtral Model Kanunu”, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2019, s. 445-452.

ÖZDAMAR, Mehmet/YALÇIN, Cihan, “Elektronik Çek ve Bono Kanun Teklifinde Yer Alan Elektronik Çeke İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hasan Pulaşlı’ya Armağan**, Ankara, 2023, s. 421-440.

PEJOVIC, Caslav/LEE, Unho, “Towards Global Legal Recognition of Electronic Trade Documents: Control or Possession?”, **Texas International Law Journal**, Vol. 59, No. 2, 2024, p. 101-114.

SUTTON, Patrick/ UNDERHILL, Sally-Ann/ ANTONIOU, Christos / WATLING, Tom, “Electronic Trade Documents Act”, (<https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2023/09/electronic-trade-documents-act>, E.T.: 17.06.2025).

ŞENGÖZ, Meral, “Dış Ticarete Dijitalleşme Yazı Serisi 3”, **Dış Ticarete Durum Blog**, Ağustos 2023, s. 1-8. (https://www.turktrade.org.tr/upload/media_center/3-yazi_08-2023_-hukuksal-gelis-meler-v1.pdf, E.T: 17.04.2025).

ŞENGÖZ, Meral, “Dış Ticarete Dijitalleşme Yazı Serisi 5”, **Dış Ticarete Durum Blog**, Ocak 2024, s. 1-5. (https://www.turktrade.org.tr/upload/media_center/5-dis-ticarete-dijitallesme.pdf, E.T: 17.04.2025).

ŞENGÖZ, Meral, “Dış Ticarete Dijitalleşme Yazı Serisi 8”, **Dış Ticarete Durum Blog**, Nisan 2025, s. 1-9. (https://www.turktrade.org.tr/upload/media_center/nisan-2025-sengoz-karsanaliz-mletr.pdf, E.T: 17.06.2025).

TAŞ, Alperen Furkan, “Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı 2022”, **SDÜHFD**, C. 13, S. 1, 2023, s. 903-909.

TEKİL, Fahiman, **Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1973.

WYNNE, Geoffrey/COOK, Jacqueline, “The Electronic Trade Documents Act 2023: the key to the future?”, **Butterworths Journal of International Banking and Financial Law**, October 2023, p. 587-589.

YELMEN, Adem, “Dijital Varlıkların “Kontrol”ü Kavramının Mülkiyet ve Zilyetlik Kavramlarıyla Karşılaştırılması”, **YBHD**, Y. 10, S. 1, 2025, s. 287-316.

İnternet Kaynakları

Digital Assets: Electronic Trade Documents - A Consultation Paper 254. (https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109104304mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2021/04/Electronic-trade-documents-CP.pdf) (E.T: 17.04.2025).

Dijital Ticaret İşlemleri için Birörnek Kuralları (Uniform Rules for Digital Trade Transactions (URDTT) Version 1.0). (<http://www.icc.tobb.org.tr/docs/2022/ICC-URDTT-102T-ebook.pdf>) (E.T: 17.06.2025).

DCSA, Streamlining International Trade by Digitalising End-to-End Documentation (February 2022). (https://go.dcsa.org/ebook-eb1/?utm_source=dcsa&utm_medium=display&utm_campaign=ebook-eb1) (E.T: 16.03.2025).

Electronic Trade Documents: Report and Bill için bkz. https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109113011mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2022/03/Electronic-Trade-Documents-final-report-ACCESSIBLE-1.pdf (E.T: 17.04.2025).

Explanatory Notes of Electronic Trade Documents Act 2023 (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/pdfs/ukpgaen_20230038_en.pdf) (E.T: 16.03.2025).

<https://www.gov.uk/government/news/paperless-trade-for-uk-businesses-to-boost-growth> (E.T: 17.04.2025).

<https://www.business.gov.uk/export-from-uk/learn/categories/selling-across-bordersproduct-and-services-regulations-licensing-and-logistics/get-your-goods-into-the-destination-country/understand-electronic-trade-documents> (E.T: 17.06.2025).

https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109120654mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2021/04/6.7434_LCDigital-assets-consultation-summary_web3.pdf (E.T: 17.06.2025).

<https://www.dsi.iccwbo.org> (E.T: 16.03.2025).

<https://docs.un.org/A/RES/72/114> (E.T: 16.03.2025).

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf (E.T: 16.03.2025).

https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records/status (E.T: 30.05.2025).

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/pdfs/ukpga_20230038_en.pdf (E.T: 16.03.2025).

<https://www.fit-alliance.org> (E.T: 17.06.2025).

<https://cargox.io/technology> (E.T: 17.06.2025).

ICC, Aligning National Laws to the UNCITRAL Model Law on Transferable Records, UK Business Case (2021).

Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Şahıs Şirketlerinde Sermaye Payı ile Sermaye Şirketinin Senede Bağlanmamış (Çıplak) Paylarının Rehin Edilebilmesi Konusunda Değerlendirme^(*)

**Evaluation on the Possibility of Liening in Partnership Companies
and Uncertified (Bare) Shares of a Capital Company in According
to the Movable Pledge Act in Commercial Transaction**

Sefer OĞUZ^()**

Öz:

Küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin teminat ihtiyacını karşılamak ve böylece finansmana erişmelerini kolaylaştırmak amacı ile Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) yasalaştırılmıştır. Ortakların taahhüt edip ödedikleri sermaye tüzel kişilerin mülkiyetinde olmakla birlikte karşılıksız değildir. Ortaklar, şirketlere koyduğu bu sermayelerin karşılığında bir paya sahip olurlar. Pay veya sermaye payı ortakların şirkete koydukları sermayenin karşılığında oluşan malvarlığı hakkıdır. Bu itibarla, pay veya sermaye payı öngörülen usule uyarak rehin edilebilir (TMK m. 955, f. III).

TİTRK m. 5, f. 1-p hükmü bütün hakların rehin edilebileceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda sermaye payı ve pay hem işletmenin malvarlığı unsuru olarak hem de münferiden rehin edilebilir. TİTRK m. 5, f. 5-ö'de ise üçüncü kişilerdeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet haklarının rehin edilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, her türlü sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacakların da rehin sözleşmesinin konusu olabileceği tanzim edilmiştir. Bu hükme paralel olarak genel hükümlerde de alacaklar ve diğer hakların rehin edilebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 954, f. I).

Bu çalışmada TİTRK hükümlerine göre şahıs şirketlerinin sermaye payı ile sermaye şirketlerindeki payın münferit olarak rehin edilmeleri konusu irdelenmiştir. Bu bağlamda şahıs şirketlerinin sermaye payı ile sermaye şirketlerindeki payın münferiden rehin edilebilecekleri sonucuna varılmıştır. Bu rehin işlemleri, şirketlerin kendi ortaklık mevzuatlarında yer alan devir usulüne uyulması ve TİTRK tarafından konulan şekil şartlarının yerine getirilmesi suretiyle yapılabilir.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.03.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 14.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1663137

Bu makaleye atıf için: OĞUZ, Sefer, “Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Şahıs Şirketlerinde Sermaye Payı ile Sermaye Şirketinin Senede Bağlanmamış (Çıplak) Paylarının Rehni Edilebilmesi Konusunda Değerlendirme”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 957-994

^(**) *Doç. Dr.*, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yalova - Türkiye
E-posta: sefer.oguz@gmail.com
Orcid: 0000-0003-4079-9665

Anahtar Kelimeler:

Rehin Hakkı, Taşınır, Şahıs Şirketi Sermaye Payı, Sermaye Şirketi Payı, Tasfiye Payı.

Abstract:

The Law on Movable Pledges in Commercial Transactions (LMPCT) was legalized in order to solve the collateral problem of small and medium-sized enterprises in accessing financing. The capital committed and paid by the partners is the property of legal entities, but it is not free of charge. Shares and capital shares are the property rights that arise in return for the capital they put into the companies. The shares that the partners of the company have in return for the capital they put in are property rights. In this respect, the capital share of a partnership company and the share of a capital company can be pledged in accordance with the procedure prescribed by law (TCC Art. 955, f. III).

LMPCT Art. 5, SubArt. 1-p regulates that all rights can be pledged. In this context, capital shares and shares can be pledged both as assets of the company and individually. LMPCT art. 5, SubArt 5-ö, it is regulated that movable assets, rights and shared ownership rights of third parties can be pledged. In addition, it has been regulated that existing or future receivables arising from any kind of contract can be subject to a pledge agreement. In this context, it is regulated in general provisions that receivables and other rights can be pledged (TCC Art. 954, SubArt. I).

In this study, the issue of individual pledge of capital shares of partnership companies according to the provisions of LMPCT has been examined. In this context, it has been concluded that the capital shares of partnership companies and shares in capital companies can be pledged individually. These pledge transactions can be made by complying with the transfer procedure in the companies' own partnership regulations and by fulfilling the formal conditions imposed by LMPCT.

Keywords:

Lien Right, Movable Property, Partnership Company Capital Share, Capital Company Share, Liquidation Share.

Extended Summary:

Credit is essential for commerce. Traditional pledges require asset delivery (CC Art. 939, SubArt. 1), hindering operations. To address this, legislators enabled registered pledges, ensuring transparency without physical delivery. This framework allows pledges via registry registration, keeping assets with the debtor.

The first regulation allowing for the establishment of a pledge on a commercial enterprise through registration in the commercial registry, without requiring delivery, was introduced in the now-repealed Commercial Enterprise Pledge Law No. 1447 (CEPL). However, this law regulated the pledging of a commercial enterprise as an economic whole. In other words, it did not allow for the pledge of individual components of a business's movable operational equipment or intangible assets separately. Article 3 of CEPL outlined the mandatory components covered by a commercial enterprise pledge under three main headings:

- The trade name and business name,
- Machinery, equipment, tools, and motor vehicles existing at the time of pledge registration and allocated for the business's operation,
- Industrial property rights such as patents, trademarks, models, designs, and licenses.

Parties could exclude components from the pledge, excluding trade/business names and operational equipment. However, the pledge's scope remained limited.

The Law on Movable Pledges in Commercial Transactions (LMPCT) was enacted to facilitate access to financing for small and medium-sized enterprises by addressing collateral-related issues.

With LMPCT, it is possible to pledge the movable properties and rights allocated to the enterprise, alone or as a whole by registering them in the registry without being delivered. In addition, it has also become easier to pledge the partner's shares in the company, which cannot be pledged under the special laws of the companies and cannot be publicly pledged according to general provisions.

Contrary to annulled CEPL, LMPCT Art. 5, SubArt. 5-p regulates that all rights can be pledged. However, while there is no problem in pledging the company shares allocated to the business as a whole with other elements, it is necessary to prove that the company shares are within the scope of movable property to pledge them in a single transaction. LMPCT Art. 5, SubArt. 5-δ, it is regulated that movable assets, rights and shared ownership rights of third parties can be pledged. In addition, it has been regulated that existing or future receivables arising from any kind of contract can be subject to a pledge agreement. In this context, it is regulated in general provisions that receivables and other rights can be pledged (CC Art. 954, SubArt. I). Since the capital committed and paid by the partners belongs to the legal entity, it is not without consideration. In return for the capital they contribute to the company, partners acquire a share.

The shares that company partners hold in exchange for their contributed capital are property rights. Accordingly, if there are special regulations concerning these partnership shares, they may be pledged by complying with those regulations and the transfer procedures for shares (of CC Art. 955, SubArt. 3). In this regard, the conditions for pledging shares must be examined separately for each type of company.

In an ordinary partnership, the capital is subject to joint ownership, meaning that it can only be pledged as a whole with the consent of all partners (TOC Art. 632; CC Art. 857, SubArt 3). The pledgee has a priority claim on the debtor's share in the profits or liquidation proceeds under joint ownership. Thus, in the event of liquidation, the pledge holder can collect their receivables from the liquidation share. In this respect, the pledge of an ordinary partnership share can be defined as a future right contingent on liquidation. The pledge of a general partnership share is established on the pledging partner's future liquidation share. This pledge agreement is a disposition transaction. According to the provisions of the Commercial Enterprise Pledge Law (LMPCT), a pledge is established upon notarization of the signatories' identities and the registration of the agreement (LMPCT Art. 4, SubArt. 1). In capital companies, since shares are divided equally, a partner may establish a pledge agreement with their personal creditor. If the articles of association of a limited liability company do not require general assembly approval for pledging shares, the pledge is established by notarizing the signatures on a written pledge agreement (TCC Art. 600, SubArt. 1-2).

In a joint-stock company, the pledge of bare shares can be established through a written pledge agreement (TCC Art. 954, SubArt. 1). However, under the provisions of the Commercial Enterprise Pledge Law (LMPCT), the pledge of bare shares is established by notarizing the signatures on the written pledge agreement and registering it in the relevant registry (LMPCT Art. 5, SubArt. 5).

Key Words: Lien right, Movable property, Private company share, Capital company share, Liquidation share.

GİRİŞ

Türkiye ekonomisinde küçük ve orta ölçekteki işletmelerin en önemli sorunlarından birisi de finansmana erişimde yaşadıkları zorluklardır. Kanun koyucu bu işletmelerin finansmana erişimini kolaylaştırmak amacıyla “6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nu (TİTRK)¹ kabul ederek yasalaştırmıştır. Bu Kanun’un uygulama usul ve esasları kısaca “Uygulama Yönetmeliği” (UY) olarak anacağız; “Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik²” ile düzenlenmiştir.

Kanun koyucu TİTRK’yi kanunlaştırmada dört amacı daha vardır. Bunlardan ilki, kredi kurumlarına taşınırın teslim şartı yerine, tescille kazandırılan aleniyet ile rehine konu taşınırın, kredi teminatı kabul edilerek yaygınlaştırılmasıdır. İkincisi, TMK m. 954-961 hükümlerine göre teslim şartlı rehine konu taşınır ve hakları genişleterek bunların teslim edilmeden rehin edilmesini sağlamaktır (TİTRK m. 5). Üçüncüsü, rehin edilen taşınır ve hakların, kanuni bir sicil olan rehinli taşınır siciline (TİTRK m. 2, f. 1-k) tescilinin sağlanarak şeffaflık ve aleniyet sağlanmasıdır. Nihayet sonuncusu ise rehin edilen taşınır veya hakkın paraya çevrilmesinde alternatif yollar sunularak, rehinle teminat altına alınan kredinin tahsil edilebilmesinin kolaylaştırılmasıdır.

Kredi kuruluşları ile işletmeler TİTRK’da öngörülen şekle uymak şartı ile karşılıklı ve bir birine uygun irade beyanları ile rehin sözleşmesini kurabilirler (TBK m. 1). Ancak, rehin hakkı, tarafların kimliğinin tespiti amacıyla imzaların noter tarafından onaylanmasından sonra tescil ile kurulur (TİTRK m. 4, f. I). Bu tescil işleminin yapıldığı sicil Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan Taşınır Rehin Sicilidir³ (TARES). Türkiye Noterler Birliği⁴ Taşınır Rehin Siciline ilişkin işlemleri, *Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği*⁵’ne (RTSY)⁵ uygun olarak elektronik ortamda tutmakla görevlidir. TİTRK m. 2, f. 1-k). Böylece, bu sicildeki tescile dayanarak üçüncü kişilerin iyi niyetli kazanımları korunmamıştır⁶.

¹ 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, RG. 28.10.2016, S. 29871.

² Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik RG.22.05.2018, S. 30428.

³ <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/TARESHiz.aspx>. (ET: 12.06.2024).

⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Noterler Birliği arasında 23.12.2016 tarihinde imzalan protokol gereğince sicil kurumu görevini yürütmektedir.

⁵ Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği, RG. 31.12.2016, S. 29935-3m.

⁶ SİRMEN, **Lale, Eşya Hukuku** (Ders Kitabı), 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 739.

Taşınırın rehin edilmesinde genel kural teslim şartlı rehin uygulamasıdır (TMK m. 939, f. 1). Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için rehin konusu taşınırın zilyetliğinin rehin alana geçirilmesi (teslim) gerekir. Bu şekilde rehin işleminin aleniyete kavuşturulması şartı, Roma Hukuku'ndaki aynı sözleşmenin kurulmasındaki şekil şartından geldiği düşünülmektedir⁷. Bu yönü ile rehin sözleşmesi bir tasarruf işlemidir⁸. Bu ilkeye göre taşınır, kanunda belirtilen istisnai durumlar haricinde, yalnızca zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehin edilebilir. (TMK m. 939, f. 1). TİTRK, ticari hayatın gelişmesi ve özellikle küçük ve orta büyüklükte tarım, hayvancılık, sanayi, ticaret ve turizm işletmelerinde rehin konusunun, rehin alana teslim zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. TİTRK ile rehine konu taşınır, rehin verende zilyet kalmasını sağlayarak, taşınır ve haklar üzerinde rehin kurabilmelerine olanak sağlamıştır. Bu sayede işletmeler, rehinli taşınırları üretimde kullanmaya devam ederken, finansmana erişimlerini de kolaylaştırmıştır.

Kanun koyucu TİTRK'da önce ticari işletme ve esnaf işletmesi hariç olmak üzere on sekiz varlık üzerinde rehin kurulabileceğini düzenlemiştir. Daha sonra Kanunda 7099 sayılı Kanunla⁹ yapılan değişiklikle “Benzeri her türlü taşınır varlık ve hak” ile kapsam genişletilmiştir TİTRK m. 5, f. 1-p). Burada “varlık” sözcüğünün bilinçli kullanıldığı ifade edilerek, taşınır eşya ve haklar olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki adi şirket ortaklık payı da dâhil olmak üzere şahıs şirketlerinin ortaklık payları ve sermaye şirketlerinin kıymetli evraka bağlanmamış (çıplak) payları cismani nitelik taşımazlar. Bu nedenle, kıymetli evraka bağlanması mümkün olmayan bu payların fiziki teslimi de mümkün değildir¹¹. Bu bağlamda, ayrıca, bu paylar rehin veren ve rehin alan kredi kuruluşuna göre üçüncü kişi konumunda olan şirketin zilyetliğinde bulunduğu kabul edilir. Kanun koyucu da üçüncü kişiler zilyetliğindeki şahıs şirketlerindeki or-

⁷ SİRMEN, s. 752-771.

⁸ SİRMEN, s. 771.

⁹ Bu hüküm 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa 15/2/2018 tarihinde kabul edilen 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 28 maddesi ile eklenmiştir. (RG: 10. 03.2018, s. 30356).

¹⁰ ARVAS, Mehmet Mücahit, **6750 sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınırlar**, Notev Vakfı Yayınları, Ankara 2017, s. 15.

¹¹ Senede (kıymetli evraka) bağlanmış hakların devri TMK m. 956'da düzenlenmiştir. Hamiline yazılı senetlerin rehin edilmesi için senetlerin rehin alacaklısına teslimi yeterlidir. Diğer kıymetli evrakin rehin edilmesi için emre ise ciro ederek teslim, nama yazılı senet ise yazılı devir beyanı yapılarak teslimi gerekir.

taklık payları ile sermaye şirketi payları üzerinde rehin kurulmasına cevaz verdiğini söyleyebiliriz (TİRK m. 5, f. 1-ö).

Öte yandan hamiline yazılı pay senetlerinin de (HYPS) rehin edilmesine değinmek gerekir. Hamiline yazılı payın senetlerinin pay sahiplerine teslim edilmelerinden önce ihraç edecek şirketin Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirim yapması mecburiyeti öngörülmüştür (TTK m. 489). Bu bildirimde, hamiline yazılı pay sahipleri ile sahip oldukları paylarla ilgili bilgiler bulunur. İhraç eden şirketin hamiline yazılı pay sahiplerinin adı MMK'nın özel algoritma ile ürettiği tekil numaralara bağlı olarak sistemine kaydedilir¹². MKK sisteminde kaydı bulunan HYPS'nin rehni, şirket ve üçüncü kişilere karşı zilyetliğin nakledildiği kişinin (HYPS rehin alan) MKK'ya bildirilmesi ile hüküm ifade edecektir (TTK m. 489, f. 1). Ancak, TTK m. 486 ile TTK m. 489, f. 1 düzenlemesinden sonra rehin bildirimi için rehin alanın hem paya zilyet olduğunu hem de rehin sahibi olduğunu yazılı olarak ispat etmesi gerekecektir. Bu rehin işleminin MKK'ya tescilini sağlamak için tek başına zilyetliğin geçirilmesi yetmeyecektir. Bu rehin işlemini bildirim için MKK sisteminde adı yazılı HYPS sahibinin senedin arkasına adını yazarak tam rehin cirosu yapması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu nedenle genel olarak ortaklık payının ne olduğunun açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç vardır. Ortakların şirkete koyduğu sermayenin toplamı tüzel kişiliğin malvarlığı haline gelir. İşte ortaklık payı, ortakların şirkete koydukları sermayenin karşılığıdır. Ortaklık payı şirket sözleşmesine göre ortağın şirketten talep edebileceği hak ve alacaklar ile ortağın şirkete karşı borçlarının bütününden oluşan hak ve borçlar demeti olarak tanımlanabilir. Bu itibarla, pay devrinin ortağın şirkete karşı olan hak ve alacaklarının bir bütün halinde devri anlamına geldiğini söylemek mümkündür. Şahıs şirketlerinde, paya bağlı hak ve borçların devri, ancak şirket sözleşmesinde yapılan bir değişiklik ile mümkün olabilir (TMK m. 206).

Şahıs şirketlerinde şirketin kuruluş sözleşmesinde öngörülen sermaye borcunu ifa ortak için bir borç olmasına karşın, onun şirketteki ortaklık hakkı şirketin tüzel kişilik kazanması ile diğer ortaklara karşı sahip olduğu bir malvarlığı hakkıdır. Bu durum adi ortaklıkta diğer ortaklara karşı sahip olunan malvarlığı

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. HYPS'leri kayda alınmasına ilişkin hüküm TTK Geçici Madde 14'de düzenlenmiştir. Ancak TTK m. 210/I, 417/V, 489, IV dayanarak Ticaret Bakanlığı tarafından 6 Nisa 2021 tarihli ve 31446 sayılı Resmi Gazetede 'Hamiline yazılı pay senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ' yayımlanmıştır. Bu tebliğin 4. maddesinde ile 5. maddesinin bulunduğu 'Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Bastırılması, Dağıtılması ve Devri' başlığı altında konu ilk dağıtılacak Hamine Yazılı Pay Senetleri (HYPS) İçin düzenlenmiştir. Bu kanunun yürürlüğe girmeden önce basılmış ve hamillerine dağıtılmış olan HYHS ile ilgili olarak Geçici 1. Madde düzenlenmiştir.

hakkıdır¹³. Başka bir deyişle, adi ortaklıkta getirilen katkı payı, tıpkı ticaret şirketlerine getirilen sermaye gibi ortağın, sözleşmede öngörülen oranda şirket malvarlığındaki hakkıdır. Ortak, bu malvarlığı hakkını, yönetim ve mali haklarını kendinde tutarak rehin edebilir.

Şahıs şirketlerinde sermaye payı, sermaye şirketlerinde paylar üzerine kurulan rehin hakkı, ortaklık payının malvarlığı cephesini oluşturan kısmı üzerine kurulur¹⁴. Rehin sözleşmesine, ortağın şirket sözleşmesine göre sadece belirli veya belirlenebilir nitelikte olan hak ve alacakları konu edilebilir (TMK m. 851-854). Rehin sözleşmesine, mevcut veya müstakbel hak ve alacaklar da konu olabilecektir (UY m. 16, f. I). Alacakta belirlilik ilkesinin gereği olarak müstakbel alacakların rehine işlemine konu edilebilmesi için belirli iş veya konu ile sınırlandırılması gerekir (UY m. 16, f. 2).

Ortaklık payları cismani nitelik taşımadığından eşya niteliğinde değildir; bu sebeple zilyetliğe de konu olamazlar. Ancak, rehin alan kredi kuruluşu açısından bakıldığında payın bulunduğu şirket üçüncü kişi olarak görünmektedir. Bu kapsamda, ortaklık payları, üçüncü kişi konumunda olan şirketin zilyetliğinde bulunmaktadır. Bu ortaklık payı şirketin türüne göre değişir. Bir ortak, ortaklık payını kanunen öngörülen usule uyarak rehin edebilir. Bir şahıs şirketi ortağının alacaklısı, alacağını o ortağa düşecek tasfiye payından alabilir (TTK m. 133, f. I). Bir sermaye şirketi ortağının alacaklısı ise alacağını, ortağın senede bağlanmamış paylarından, paylarına NYPS ya da HYPS'lerine haciz koydurarak veya tasfiye payından alabilir (TTK m. 133, f. II).

Öncelikle, TİTRK m. 5, f. 1-p'nin getirilmesiyle bir yandan rehine konu edilecek haklar genişlerken, diğer yandan belirsizleştiğini ifade etmek gerekir. Bu nedenle, konuya öncelikle, TİTRK kapsamında rehin edilemeyecek hakların belirlenmesiyle başlamanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

Bu çalışmanın devamında TİTRK hükümlerine göre rehin konusu olabilecek haklar iki ana başlık altında ele alınmıştır. Bunlardan önce tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket sermaye payı da dâhil olmak üzere tüzel kişiliği haiz şahıs şirketlerinin sermaye paylarının rehini konusu ele alınacaktır. Daha sonra sermaye şirketlerinde senede bağlanmayan rehin edilip edilemeyeceği konusu değerlendirilecektir.

¹³ BARLAS, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. B, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 48 N. 9.

¹⁴ ERDEM, Ercüment/ GÖKSOY, Can, "Limited Şirkette Payın Rehni", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Ed. Zafer Gören, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2000, s. 577-623.

Bu konuyu seçme sebebimiz, TİTRK ile ilgili birçok tez ve monografi yazılmış olmasına rağmen şahıs şirketlerindeki ortaklık sermaye paylarının rehini konusu ilgisiz bir başlık altında bir cümle hatta dipnot içinde geçirilmesi ile yetinilmesidir. Bu bağlamda bazı yazarlar sadece senede bağlanmamış anonim ve limited payların¹⁵, bazı yazarlar sadece senede bağlanmamış anonim ortaklık paylarının¹⁶, diğer bir grup yazar ise, senede bağlanmayan anonim, limite ve kolektif şirket paylarının rehin edilebileceği konusunda görüş serdetmişlerdir¹⁷. Ancak, bu hakların nasıl rehin edilebileceği konusunda bir değerlendirme yapılmamıştır.

I. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU KAPSAMINDA REHNİ KONUSUNUN BELİRLENMESİ

TİTRK’da rehin konusu varlıklar olarak taşınırlar ve mevcut veya müstakbel haklar ile alacakları saymıştır (TİTRK m. 5). Devamında 7099 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle TİTRK’da rehin konusu içinde açık olarak sayılmayan taşınır, alacak ve diğer haklar da “*Benzeri her türlü taşınır varlık ve hak*” (TİTRK m. 5, f. 1-p) ifadesi ile genişletmeye çalışmıştır (TİTRK m. 1, f. 4-5; TİTRK m. 2, f. 1-k). Ancak, TİTRK şahıs şirketlerindeki sermaye payı ile sermaye şirketlerindeki payın rehin edilmesi konusunda suskun kalmıştır.

A. Şahıs Şirketi Sermaye Payı ile Sermaye Şirketi Payının Rehine Konu Olması

Rehin sözleşmesi, rehin veren ile rehin alacaklısı arasında yapılır. Burada şahıs şirketi sermaye payı veya paylı şirket payını rehin veren borçlu veya borçlu lehine üçüncü kişi olabilir. Bankacılık uygulamasında sermaye payı veya paylar, ortaklar tarafından kendi şirketleri için rehin edilmektedir.

TİTRK’yı karakterize eden temel özelliklerden birisi de rehin alan ve rehin verenlerin sayılarak sınırlanması, sadece taşınır, hak ve alacakların konu edil-

¹⁵ ŞENOC AK, Kemal/KAHRAMAN, Zehra/TUNCER KAZANCI, İdil/ÖCAL APAYDIN, Bahar, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, Yetkin, Ankara 2019, s. 65; COŞKUNER, Gökçe, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 17.

¹⁶ ARVAS, s. 66-67; ERBAŞ KARAKUŞ, Burcu, **Ticari Alacaklarda Taşınır Rehni ve Alacaklısı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 110; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Varlıklar”, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu**, 16 Şubat 2018, (Ed. Lale Sirmen-Barış Özbilen), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 59. dn.14.

¹⁷ ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, 3. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020, s. 25; BEYAZIT, Fırat, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 100, dn. 232.

mesi ve rehin sözleşmesinin taşınır rehni siciline tescil ile kurulmasıdır. TİTRK hükümlerine göre yapılan rehin sözleşmesinde borçlandırıci işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçmiş bir arada bulunur¹⁸.

Bu tescil, rehin sözleşmesinin her iki tarafının birlikte talebi üzerine gerçekleştirilir (RTSY m. 22.1)¹⁹. Nitekim TİTRK m. 5'te taşınır rehni sözleşmesine konu edilebilecek taşınır, hak ve alacaklar örnek kabilinden sayılmıştır. TİTRK'ye göre rehin sözleşmesine konu edilebilen taşınır, hak ve alacaklar iktisadi bütünlük içinde olup olmamasına göre ikili bir tasnif yapılabilir. Bunlardan ilki, TTK m. 13, f. 3'e göre iktisadi bütünlük içinde olan esnaf işletmesi veya ticari işletmedir. Bu kapsamda ticari işletmeye özgülenmiş maddi ve gayri maddi taşınır, şahıs şirketi sermaye payı ile sermaye şirketi payları üzerinde (TTK m. 11, f. 3) bir bütün olarak (külli) rehin sözleşmesinin rehinli taşınır siciline tescil edilmesi suretiyle rehin hakkının kurulmasıdır²⁰. Bu rehin sözleşmesinde rehin kapsamı dışında tutulmayan ticari işletmenin malvarlığı içinde olan gemi, hava aracı ve motorlu taşıt gibi taşınırlar ile marka, patent ve tasarım gibi hakların kayıtlı olduğu özel sicillere bildirim yapılır (TİTRK m. 5, f. 8). Bu taşınır ve hakların kayıtlı olduğu özel sicillere yapılan kayıtların açıklayıcı veya bilgi verici fonksiyonu olduğu söylenebilir. Diğerisi ise iktisadi bütünlük içinde olmayan TİTRK m. 5'te sayılan taşınır, hak ve alacakların şahıs şirketi sermaye payı ile sermaye şirketi paylarının münferiden rehin edilmesidir.

Kanun koyucu, TTK m. 11, f. 3 hükmü devir ile birlikte “diğer hukuki işlemleri” de kapsadığından ticari işletmenin adi yazılı rehin sözleşmesi ile bir bütün halinde rehin işlemine konu edilebilmesini mümkün kılmaktadır²¹. Ticari işletmenin malvarlığı unsurlarını bir bütün olarak konu alan bu rehin sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılması geçerlilik şekli olarak öngörülmüştür. Bu rehin sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi açıklayıcı mahiyettedir (TTK m. 11, f. 3-son).

Başkasına devredilebilen, değeri para ile ölçülebilen taşınır, şahıs şirketi sermaye payı ile sermaye şirketi payları rehin edilebilir (TİTRK m. 5; TMK m. 954, f. 1). Sermaye şirketlerinin değerleri ticari defterlerine ve bilançolarına bakılarak belirlenebilir (TİTRK m. 5, f. 5; UY m. 12).

¹⁸ BEYAZIT, s. 133.

¹⁹ Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği, RG. 31.12.2016, S. 29935-3m.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. GÜNCAN, Gökhan, **6750 Sayılı Kanun Kapsamında İşletme Rehni**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2023, s.186.

²¹ Bu konuda bkz. ÖZ, Turgut, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Ed. Erol Ulusoy, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 95-120.

Sonuç olarak, TİTRK hükümlerine göre şahıs şirketi sermaye payı ve paylı ortaklık payının rehini açık bir şekilde belirlenmediğinden, önce bu kanuna göre istisna olan ve dar yorumlanarak rehin edilemeyecek varlık ve hakları ele alacağız. Devamında ise, hakların korunması ile ilgili olduğundan şahıs şirketi sermaye payının ve paylı ortaklık payının nasıl rehin edilebileceği irdelenecektir. Ayrıca, TİTRK rehinli malvarlığının paraya çevrilmesinde de özel hüküm getirmiştir. Bu hüküm şahıs şirketi sermaye payı ile sermaye şirketi paylarının rehin edilmesinde de geçerli olduğundan bu konuya da değinilecektir.

B. TİTRK Hükümlerine Göre Rehin Sözleşmesine Konu Olamayacak Varlık ve Hakları Sermaye Payı ve Payla Birlikte Değerlendirilmesi

Kanun koyucu, borca teminat teşkil etmek üzere rehin kurulacak taşınır varlıkların konusunu sayarak sınırlanmıştır (TİTRK m. 1, f. 3). Bu kapsamda TİTRK hükümlerine göre, taşınmaz, bazı taşınır, hak ve alacakların rehin sözleşmesine konu edilemeyecektir. Bunlardan bazı taşınır, hak ve alacaklar, kendi mevzuatlarında özel olarak düzenlenen rehin usulüne tabidir. Bu hükümler, TİTRK'ya göre özel kanun- genel kanun ilişkisinde öncelikle uygulanacaktır.

1. Banka Mevduat Hesabı

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na²² göre mevduatı sadece toplama izni verilen bankalar halka ilan etmek şartı ile mevduat toplayabilir (m. 3; 61). Mevduat rehininden kasıt, yazılı sözlü veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle, faiz veya faiz ödenmeden istenildiğinde veya belirli bir vadede ödenmek üzere kabul edilen para üzerinde kurulan rehindir. Bu kapsamda, mevduat sözleşmesi ile mudi, bankaya tevdi ettiği para ve değerli madenlerin alacaklısı olur. Gerek tüketim öduncü gerekse usulsüz tevdi sözleşmesi niteliğinde olan mevduat sözleşmesinin ifası amacıyla tevdi edilen şeyin, mülkiyeti bankaya geçer. Böylece mudi, bankaya karşı şahsi alacak talebi hakkına sahip olur²³.

Mevduat rehni ile mevduat sözleşmesi gereğince bankaya tevdi edilen para üzerine konulan rehini anlamak gerekir. Mevduat rehni konusu para ve para ile değerlendirilebilen değerli madenlerdir. Bu nedenle, mevduat sözleşmesi konusu olan haklar; zilyedinin elinden iradesi dışında çıkmış olsa bile, iyi niyetle iktisap eden kişiye karşı taşınır davası açılamaz (TMK m. 990). Para gibi, belirli

²² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, RG, 1.11. 2005, S. 25983 Mükerrer.

²³ İMRE Zahit, "Usulsüz Vedia Akdi Türk-İsviçre, Alman ve Fransız Hukuku Üzerinde Bir Tetkik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C. X, S. 1-2, 1944, s. 206.

bedelleri yazılı olan hamiline yazılı senetlerin iptaline de karar verilemez (TTK m. 668, f. 1). Bu nedenle, mevduat sözleşmesine konu misli nitelikte para ve değerlerin kanun mahiyeti gereği bankadan bir alacak hakkıdır. Bu durumda, bankanın rehin alacaklısı olduğu durumlarda, adi yazılı rehin sözleşmesiyle çözülecek rehin kurma işleminin, TİTRK hükümlerine tabi olması zaman kaybı ve masraflara sebep olacaktır.

Doktrinde mevduatın kapsam dışında bırakılması eleştirilmiş ve alacak hakkının kapsamına dâhil edilmesinin tutarsız olduğu kadar anlamsız olduğu da ifade edilmiştir²⁴. Bu görüşe, banka mevduatını rehin alanın asıl borçlunun kredi alacaklısı banka olduğu hallerde katılamıyoruz.

Bu kapsamda, haklı olarak banka mevduat hesabı üzerinde teslim edilmeden rehin kurulması yasaklanmıştır (TİTRK m. 1, f. 4). Kural olarak mevduatın rehin edilmesi mümkün değildir. Sermaye piyasasında işlem gören paylar da misli nitelikte mevduat hesaplarına benzer bir sistemde kayıt altında tutulmaktadır. Ancak, konumuz olan şahıs şirketi sermaye payı ile sermaye şirketleri payları böyle bir sistem yerine pay defterlerinde tutulmaktadır.

2. Sermaye Piyasası Kanunu’nda Sermaye Piyasası Araçları

Sermaye Piyasası Kanunu’nda menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere, Kurul tarafından sermaye piyasası aracı olarak kabul edilen borsalarda işlem gören varlıklar olarak tanımlanabilir (SPK m. 3, f-1ş). Bu tanımda, sermaye piyasası araçlarının “*menkul kıymetler*” ile “*diğer sermaye araçları*” olmak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir.

Bu itibarla, öncelikle menkul kıymetlerin tanımı sonra da sayma usulü ile belirlenmiş olan menkul kıymetlerin neler olduğu zikredilecektir. Bu noktada para, poliçe, çek ve bono menkul kıymet değildir. Bu kapsamda, para ve doğrudan parayı temsil eden senetlerin menkul kıymet olarak sayılmadığını söyleyebiliriz (SPK m. 3, f. 1-o).

Kanun koyucu, eSPK²⁵ m. 3, f. 1-b’de menkul kıymetin bir tanımını yapmıştır. SPK’de ise nelerin menkul kıymet olmadığını belirttiikten sonra diğer menkul kıymetleri saymıştır. Ancak, bu sayma sınırlayıcı değil, örnek kabildinden yapılan bir sayımdır. Zira, Sermaye Piyasası Kurulunun da diğer bağımsız

²⁴ ŞİT İMAMOĞLU, Başak, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, Batider, Ankara 2017, s. 10; SEVEN, Vural, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanuna Göre Taşınır (Varlık) Rehni*, 2. Bası, Filiz kitapevi, 2019 İstanbul, s. 52; KARAKUŞ ERBAŞ, 44.

²⁵ 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, RG. 30.07.1981, S. 17416.

idari otoriteler gibi düzenleme yetkisi kapsamında yeni sermaye piyasası araçları ihdas etme yetkisi bulunmaktadır (SPK m. 128, f. 1-e).

“Menkul kıymet, Kurul tarafından şartları belirlenen, kayden ihraç edilerek kayden izlenen, ortaklık veya alacak hakkı sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan ve ibareleri aynı olan kıymetli evrak” olarak tanımlanmıştır (eSPK m. 3, f. 1-b).

Bu konuda ikili tasnif yapılabilir. Bunlardan ilki, pay ile pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarıdır (SPK m. 3, f. 1-o, 1). İkincisi, borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ile varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları olarak sayılabilir (SPK m. 3, f. 1-o, 2). Kaydileştirilmiş menkul kıymet, sahibine ortaklık hakkı sağlıyorsa üzerinde çıplak pay üzerine kurulan rehin, hak rehni niteliği taşır²⁶.

Sermaye piyasası araçlarının kayden ihraç, izleme ve depolama hizmeti Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK)²⁷ tarafından sağlanmaktadır. Bu itibarla, sermaye piyasası araçları rehin eden mülkiyet sahibi ile rehin alan için üçüncü kişi konumunda bulunan MKK bünyesinde kayden saklanmaktadır (SPK m. 3, f.1-p). Sermaye piyasası araçları üzerinde tasarruf işlemi niteliğinde olan yazılı rehin sözleşmesinin yapılmasıyla rehin kurulmuş olur (TMK m. 955, f. 1). Başka bir deyişle, rehin sözleşmesinin kurulması, borçlandırıcı işlem değil tasarruf işlemidir. Bu rehin işleminin MKK’ye bildirilmesi de kurucu değil bildirici nitelik taşır. Ancak MKK’ye yapılan bildirim tarihi, rehin hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde dikkate alınır (SPK m. 13, f. 3).

Bununla birlikte, anonim ortaklık payları SPK m. 13’e göre kaydileştirilmiş veyahut ilmühaber veya senede bağlanmış ise bunların da kendine özgü mahiyetlerine uygun rehin edilme usulleri bulunmaktadır. Bunların senede bağlanmamış paylar gibi TİTRK hükümlerine göre rehin edilmesi mümkün değildir (UY m. 2 f. 2-b).

Sonuç olarak, şahıs şirketleri sermaye payları ile limited şirket paylarının sermaye piyasası aracı olması kanunen mümkün değildir. Ayrıca, sermaye piya-

²⁶ MAKARACI BAŞAK, Aslı, **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 48.

²⁷ Merkezi Kayıt Kuruluşu, sermaye piyasası araçlarını elektronik ortamda kaydileştirmek, kaydileştirilen bu araçlara bağlı hakları üyeler ve hak sahipleri itibarı ile izlemek ve merkezi saklamasını yapmak üzere kurulmuş bir anonim şirkettir (SPK m. 3; SPK m. 13).

rasında sermaye piyasası aracı olarak işlem gören senede bağlanmamış anonim ortaklık payları TİTRK hükümlerine göre rehin edilemeyecektir²⁸. Öte yandan, TİTRK'ya göre rehin edilmiş payların daha sonra bu rehin Merkezi Kayıt Kuruluşunda kayda alınmasından sonra gerekli işlemlerin yapılması şartı ile rehin hakkı burada devam edecektir.

3. Türev Araçlara İlişkin Finansal Sözleşmeleri Konu Edinen Rehin Sözleşmeleri

Öncelikle türev araçların menkul kıymetler içinde sayıldığını ifade edelim. Kanun koyucu türev araçları üç başlık altında saymış ve Kurula da diğer türev araçlarını da belirleme yetkisini vermiştir (SPK m. 3-u). Türev araçların konu olduğu sözleşmeler bir dayanak varlığın fiyat değişimlerini konu alır. Bunların ilki, menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbiri ile değiştirme hakkı veren türev araçlardır (SPK m. 3-u, 1). İkincisi, menkul kıymet, döviz, kıymetli maden veya taş ile bir malın fiyatını veya fiyat değişikliğini sağlayan türev araçlardır. Bu türev araçların konusuna Kurulca uygun görülen istatistiklere, kredi risk transferi sağlayan enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan endeks seviyesine veya değişikliklerinin konu olduğu sözleşmeleri de türev araçlara ekleyebiliriz. Ayrıca, saydığımız bu iki türev araçları değiştirme hakkı veren türev araçları da bu kapsamdadır (SPK m. 3-u, 2). Nihayet üçüncü grup türev araçları ise döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıkların konu olabileceği sözleşmelerle yapılabilecek kaldıraçlı işlemlerdir (SPK m. 3-3).

Türev sözleşmeler yukarıda sayılan varlıkların veya endekslerin dayanak olarak konu olduğu sözleşmelerdir. Öte yandan türev sözleşmenin kendisi de başka bir türev işleme dayanak olabilir. Yüksek risk taşıyan türev araçlar ise forward, swap ve opsiyon sözleşmeleridir.

Bu kapsamda, şahıs şirketi sermaye paylarının ve sermaye şirketleri payları bir endeks üzerinde fiyatlanmadığından dayanak varlık olmayacağı gibi, türev araç olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

4. Tapu Kütüğüne Herhangi Bir Nedenle Tescil Edilen Taşınırlar

Tapu kütüğüne tescil edilen taşınırlardan kasıt, malikin istemi ile taşınmaz eklentilerinin gayrimenkulün beyanlar hanesine yazılanlar ifade edilmek istenmiştir. Bu şekilde, bir taşınırın tapu kütüğüne taşınmazın beyanlar hanesine yazılması, onu

²⁸ ANTALYA/ACAR, s. 25.

bağımsız aynı hak haline getirmez. Burada kastedilen taşınmaz rehni kurulurken, beyanlar hanesine eklenti olarak yazılan taşınır da taşınmaz rehni kapsamında sayılacaklardır (TMK m. 1012). Tapuda bir taşınmaza ait beyanlar hanesine tescil edilen taşınırın, eklenti olmadığı veya beyanlar hanesine yazılan taşınmaz ile ilgili tasarruf işlemlerinden ayrı tutulmadığı sürece mülkiyet veya diğer aynı hakların kapsamı içinde kabul edilecektir²⁹. Bu noktadan hareketle tapuda beyanlar hanesinde kayıtlı olan taşınır, TİTRK hükümlerine göre rehin sözleşmesine konu olamayacaktır. Bu nedenle tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınır, TİTRK kapsamına rehin edilemeyecektir (TİTRK m. 1, f. 5).

Bir eşyaya ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar (TMK m. 686, f. I). Öte yandan, taşınmaz rehni kurulurken, taşınmazın gerçekten eklentisi olanlar beyanlar hanesine yazılmamışsa veya eklentisi olmamasına rağmen beyanlar hanesine yazılanlar taşınmaz rehni kapsamında sayılmayacaktır³⁰. Başka bir deyişle, bir taşınırın beyanlar hanesine eklenti olarak kaydı, o taşınırı eklenti yapmaz. Ancak, bu kayıt malikin gayrimenkulün eklenti olduğu yönündeki iradesini ortaya koyarak aksi ispatlanabilir bir karine yaratır³¹. Öte yandan, teslim bağli taşınır rehni kazanan kişi iyi niyetli ise, eklentinin taşınmaz veya TİTRK kapsamında rehinli olduğunu bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse rehin sıralamasında öne geçer³². Bununla birlikte, aynı aynı hak hem eklenti olarak (TMK m. 686) hem de TİTRK hükümlerine göre rehin edilmişse rehin hakkı sahibi tarihte önce olan hakta önce olur ilkesine göre belirlenmesi gerekir.

Kanun koyucunun tapuya taşınmaz mülkiyeti olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar dışında tescil edilenler dışında beyanlar hanesine tescil edilerek ipotek edilen taşınmazın eklentisi olarak tescil edilen taşınırın TİTRK kapsamı dışında bırakmıştır (TMK m. 1012). Bu kapsamda, mahiyeti gereği şahıs şirketi ortaklık payı veya sermaye şirketi payının taşınmazın eklentisi olması mümkün değildir.

5. Özel Kanuni Sicile Tescil Edilen Taşınır ve Haklar

Resmi sicil niteliğinde olan özellikle gayri maddi hakların tescil edildiği özel sicillerde o hakkın kurucu veya açıklayıcı nitelikte tescil, tadil ve terkin işlemleri yapılmaktadır. Bu özel sicillere yapılan kayıtlar bu haklara kanıt teşkil

²⁹ ÖZ, Turgut, “Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanunu”, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ’a Armağan, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, C. 16, S. 2, Temmuz 2017, s. 154.

³⁰ SİRMEN, s. 691; ANTALYA/ ACAR, s. 95-96; GÜRPINAR, s. 230.

³¹ SİRMEN, s. 691; GÜRPINAR, s. 230.

³² MAKARACI BAŞAK, s. 40.

eder (TMK m. 7, f. 1). Özel mevzuatı gereğince, resmi bir sicile tescil edilerek sahibinin mülkiyet hakkına kanıt oluşturan bu haklar üzerine rehin hakları da kurulmaktadır. TİTRK hükümlerine uygun olarak işletme rehini kurulduğunda özel siciline tescil edilmiş bu haklar üzerine de rehin kurulmuş sayılır. Ancak, TİTRK hükümlerine göre rehinleri özel sicile tescili zorunlu olan taşınır üzerinde münferit olarak rehin kurulamaz (TİTRK m. 8, f. 3).

Kanun koyucu bazı taşınırlarda mülkiyet veya fıkri mülkiyet haklarında mutlak hak sahibi kişi ile bağıni göstermek, bu durumu alenileştirmek ve kanıtlamak için kanuni bir sicile tescili zorunlu kılmıştır. Resmi sicile tescil ile bahsedilen veya açıklanan mülkiyet hakkı üzerinde üçüncü kişiler lehine kurulan sınırlı aynı haklar da aynı sicillere tescil ile kurulmaktadır. Bu resmi sicillerde, tıpkı rehinli taşınır sicili gibi aleniyet esastır.

TİTRK hükümlerine göre rehin için özel sicillere tescil edilmesi zorunlu olan taşınır veya haklar üzerinde münferit rehin kurulamaz (TİTRK m. 5, f. 8) Ancak, bu taşınır ve hakların ticari işletmenin bütünlüğü içinde işletmenin unsuru olarak rehin edilebileceği söylenebilir (TTK m. 11, f. 3; TİTRK m. 5, f. 2). Bu kapsamda, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 152'ye göre rehin için marka, patent, faydalı model ve tasarım haklarının tutulduğu sicile tescil olmadığından; bu haklar üzerinde hem kendi özel sicillerine hem de TİTRK hükümlerine göre TARES siciline tescil ile rehin hakkı kurulabilir³³. Ancak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar ile herhangi bir resmi sicile kayıtlı olmayan tescilsiz marka, tasarım, işletme adı üzerinde TİTRK hükümlerine göre rehin kurulabileceği kanaatindeyiz.

C. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Şahıs Şirketlerinin Sermaye Payı ile Paylı Şirketlerin Paylarının Rehin Edilebilirliği

Kollektif ve komandit şirket, adi şirket ile birlikte şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketleri (sermayesi paylara bölünmüş/paylı şirketler) olarak sınıflandırılabilir (TTK m. 124, f. 2). Şahıs şirketleri ile paylı şirketlerin sermaye yapısında farklılıklar bulunmaktadır.

Öncelikle üst kavram olan şahıs şirketlerinde sermaye payı bir bütünü ifade ederken; sermaye (paylı) şirketlerinde pay, bu bütünün parçalarını, diğer bir ifade ile şirket sermayesinin teşekkülünde ortaklardan her birine düşen kısımları

³³ VURAL, 80; ANTALYA/ACAR, 74; Karşı Görüş için Bkz. ŞİT İMAMOĞLU, s. 25.

ifade eder³⁴. Bu noktadan bakıldığında, pay kavramı genel nitelikteki sermaye payının bir alt türüdür, denebilir³⁵.

Şahıs şirketlerinde asgari sermaye miktarı öngörülmemiştir. Ancak paylı şirketlerde asgari sermayenin şirket sözleşmesine yazılması gerekir (TTK m. 339, 1-c; TTK m. 564 atfı; TTK m. 576, f. 1-c).

Şahıs şirketlerinde ortaklar sermaye payı koyma borcu altındadır (TTK m. 213, f. 1-d). Ancak, kar ve zararda ortaklara düşen pay sözleşmede veya alacakları bir kararla belirlenebilir (TTK m. 227).

Paylı şirketlerde esas sermaye belirli olup, payların toplamından oluşur (TTK m. 329, 564, 573). Paylı şirketlerde tek borç ilkesi geçerlidir. Şahıs şirketlerinde sermaye payı sahipleri ikinci derecede de olsa müteselsil olarak birlikte sorumludur.

Şahıs şirketinde payın devri ancak diğer ortakların rıza göstermesiyle mümkündür. Ancak, paylı ortaklıkta payın devri, şahıs şirketindeki sermaye payının devrine nazaran daha kolay ve hızlıdır.

Şahıs şirketinde sermaye payı ile haklar arasındaki ilişki zayıfken, paylı şirketlerdeki haklar payla orantılı olarak artar veya azalır. Başka bir ifade ile şahıs şirketlerinde yönetim hakkı sınırsız sorumluluğun sonucu iken, paylı şirketlerde denetim ve yönetime katılma, kar ve tasfiye payı alma hakkını, sermaye içindeki oran belirler.

Öte yanda, TMK m. 954, f. 1'e göre diğer hak niteliğindeki bir şahıs şirketi sermaye payı ile paylı şirketin senede bağlanmamış (çıplak) olan payların TMK m. 955 gereği yazılı rehin sözleşmesi ile rehin edilmesi mümkündür.

Bir ortaklıkta pay, ortağa şirket sözleşmesinde düzenlenen ortaklık bağının sağladığı mali ve kişisel haklardan müteşekkildir. Bu kapsamda bir şirketteki payın devri, devir sözleşmesi ile devralan kişiye pay sahipliğinden doğan şirketle olan ilişkinin tamamıyla devredilmesi anlamına gelir³⁶. Rehın sözleşmesinin konusunu ise sadece payın temsil ettiği malvarlığı hakları kısmını oluşturur.

Şahıs şirketindeki sermaye payı veya paylı şirketindeki payını tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü ve serbest meslek erbabı lehine rehin edilebilir (UY m. 10,

³⁴ Biraz daha farklı bir tanım için bkz. YONGALIK, Aynur “**Adi Şirkette Sermaye Payı**”, Batider, Ankara, 1991, s. 38.

³⁵ YONGALIK, s. 33.

³⁶ GÖKSOY, Can, **Anonim Ortaklıkta Payın Rehni**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 47; TÜRE, s. 9.

f. 5). Şirket ortakları, şahıs şirketindeki sermaye payını veya paylı ortaklıktaki payını şirketin kullanacağı kredinin teminatı olarak kredi kurumlarına rehin edebilir³⁷. Kanun koyucu, rehin edilen payı sermaye şirketleri genel kurullarında temsil etmek yetkisini rehin hakkı sahibine değil, pay sahibine ait olduğunu tanzim etmiştir (TMK m. 960). Bu ilkenin aksine rehin sözleşmesinde hüküm yoksa, şahıs şirketleri için de kabul edilmesi gerekir. Zira, şahıs şirketi sermaye payı veya pay üzerinde rehin kurulması mali haklar yönünden getirilen kısıtlamadır; rehin konusu hakka bahşedilen yönetim ve denetime dair kişisel hakları devretmemektedir.

Şahıs şirketindeki sermaye payı ile paylı şirketteki paylar diğer haklar kapsamında nitelendirilebilir³⁸ (TMK m. 954, f. 1). Genel hükümlere göre diğer hakların rehin edilmesi, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, rehin edilen şahıs veya sermaye şirketinde o payının devri için öngörülen şekle uyularak yapılır (TMK m. 955, f. 3). Bu hükümden hareketle, şahıs şirketindeki sermaye payı ile paylı şirketteki paylar rehin edilmesi sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılması şartına bağlı olduğu kanaatindeyiz. Bir şahıs şirketi sermaye payı veya paylı ortaklıktaki senede paylar bağlanmamış payları (eşya) taşınır olarak kabul edilemeyeceğinden mahiyeti gereği teslimine uygun değildir. Bu itibarla, diğer alacaklar kapsamında nitelenen şirket ortaklık payları üzerinde rehin hakkı tasarruf işlemi olan rehin sözleşmesinin kurulmasıyla doğar (TMK m. 955, f. 1). Şahıs şirketi sermaye payı ile sermaye şirketi payı sözleşme temelli bir alacak niteliğini taşımaktadır.

TİTRK'ya göre şahıs şirketi sermaye payı ile paylı şirket payı TMK m. 954, f. 1 başkasına devredilebildiğinden rehin de edilebilir (TİTRK m. 5, f. 1-p). Ancak, şahıs şirketi sermaye payı ile paylı şirket payının konu edildiği rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve imzaları noterin onaylamasından sonra TARES'te tescil edilmesi gerekir. Ancak, kanun koyucu TİTRK'ya göre rehin işlemi için; yazılı olarak düzenlenen bu rehin sözleşmesinin, rehinli taşınır siciline tescil edilmesi için imzaların noterde onaylanması veya rehin sözleşmesinin sicil yetkilisi huzurunda imzalanması şartını getirmiştir (TİTRK m. 4, f. IV).

Şahıs şirketlerinden birisinin sermaye payı ile paylı ortaklıklardan birisinin payın kendi devir usullerinde öngörülen kurallara göre rehin sözleşmelerinin

³⁷ Bu konuda bkz. ANTALYA/ACAR, s. 25 “sermaye piyasasında faaliyet göstermeyen anonim ortaklık çıplak payı, limited şirket ortaklarının senede bağlanan veya bağlanmayan ortaklık payı, benzer şekilde kolektif ortaklık payı TİTRK kapsamında rehin edilmesi mümkündür.

³⁸ GÖKSOY, s. 63; ERGÜNE, s. 741.

yazılı olarak hazırlanması gerekir (TMK m. 955, f. 1). TİTRK hükümlerine göre, devir usullerine uyularak yazılı hazırlanmış olan rehin sözleşmesi altındaki tüm imza sahiplerinin imzalarının noterde onaylanmasından ya da e-imza ile imzalanmasından sonra tarafların birlikte talep ettikleri sonunda tescil edilmesiyle kurulur (TİTRK m. 4, f. I).

II. ŞAHİS ŞİRKETLERİ SERMAYE PAYININ REHNİ

Şahıs şirketleri ortaklar arasındaki kişisel bağlılık ilişkileri ile karşılıklı güvene dayanır. Şahıs şirketlerinde ortakların, alacaklılarının teminatını oluşturmak üzere ortaklık payının rehin edilmesini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan, şahıs şirketlerine para ile değeri ölçülebilir mal varlığının yanında emek ve ticari itibar gibi para ile değeri ölçülmesi zor olan sermayelerin konulması ve ikinci derecede de olsa devralan ortağın geçmiş borçlardan sınırsız sorumluluğu bulunmaktadır (TTK m. 236, f. 2). Bu durum ise payın rehin edilmesinde akla bazı sorular getirebilmektedir. Bununla birlikte, kanun koyucu şahıs şirketlerinde asgari sermaye şartının bulunmaması, şirket sermayesinin öncelikle şirket alacaklılarına tahsis edilmesini de amaçlanmış olabilir. Ayrıca, şahıs şirketlerinde asgari sermaye mecburiyeti olmaması, şahıs şirketlerinde sermaye payların rehin edilmesini zorlaştırmaktadır.

Tüzel kişiliğe sahip şahıs şirketlerinin sermayenin paylara bölünmemiş olması sebebiyle şahıs şirketlerinde haczedilen payların karşılığı tasfiye sonunda ortağa düşen tasfiye payından ödenir (TTK m. 131, f. 1). Başka bir deyişle, şahıs şirketlerinde sermaye paylara bölünmediğinden, her bir ortağın payları paylı mülkiyette olduğu gibi ayrılmamıştır. Şahıs şirketlerinde sermaye payı, elbirliği mülkiyet kurallarına benzeyen ilke geçerli olduğundan, sermaye payının devrinde³⁹ olduğu gibi bütün ortakların rızasıyla bir bütün olarak rehin edilebilir⁴⁰ (TMK m. 857, f. 3). Ayrıca, ortak münferiden şahıs şirketlerinde sermaye payı üzerinde rehin hakkı, belirlenebilir durumda olan müstakbel tasfiye payı hakkı üzerinde kurulabilir. Başka bir deyişle, şahıs şirketleri sermaye payı üzerine konulan rehinden müstakbel tasfiye payı üzerinde kurulduğu şeklinde anlamak gerekir (TİTRK m. 5, f. 7; TTK m. 131, f. 1). Şahıs şirketi sermaye payı-

³⁹ Kolektif şirket sermaye payının devri için bkz. ARSLANLI, s. 402-403; KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku II- Şirketler Hukuku**, 2. B, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 279; İMREGÜN, s. 95; PO-ROY/TEKİNALP (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar** I, s. 258, N. 315.

⁴⁰ Her ne kadar daha önceden rehin konusu olan şahıs şirketlerinde şahıs sermaye payının tasfiyeden sonra belirginleştiğinden, tasfiyeden önce belirgin ortaklık payının olmaması sebebiyle ile rehin edilemeyeceği yönünde görüşünden dönüyorum (OĞUZ, Kredi, 361).

nın devrinin aksine, sermaye payının rehin edilmesi şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirmez.

Rehin alacaklısı, alacağını şahıs şirketi devam ettiği sürece hakkını şirketin bilançosu gereğince rehin eden ortağa düşen kar payından veya tasfiye sürecinin sonunda düşen paydan alabilir (TTK m. 133, f. 1). Zira şahıs şirketlerinde kar payı veya tasfiye payının dağıtılmasına karar verilmesinden sonra hak bağımsız talep edilebilir hale gelmektedir.

A. Adi Ortaklık Sermaye Payının Rehni

Adi ortaklığın, bir tüzel kişiliği olmadığından, ortaklardan bağımsız bir malvarlığı bulunmamaktadır. Bu malvarlığının sahibi, adi ortaklığı oluşturan kişilerin birliğidir. Adi ortaklıkta, ortakların ortaklığa getirdikleri katkı paylarından meydana gelen malvarlığının bütünü üzerinde elbirliği ile mülkiyet hakkı bulunmaktadır (TBK m. 638, f. 1; TMK m. 701, f. 1). Elbirliği ile mülkiyet, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler sebebi ile oluşan kişi topluluğunun birlikte mülkiyet durumunu ifade eder (TMK m. 701, f. 1). Adi ortakların tümü, adi ortaklık sözleşmesi temelinde bu malvarlığına elbirliği ile maliktir. Adi ortaklık sermayesinin elbirliği ile mülkiyete konu olması onu ortakların kişisel malvarlığından ayrı ve bağımsız bir malvarlığı hakkı haline getirir. Bu elbirliği mülkiyete konu malvarlığı artması ya da azalması, sadece ortaklara düşecek tasfiye payının miktarını etkileyecektir⁴¹. Çalışmamızda, şirket sermayesinin teşekkülünde ortaklara düşen payı ifade etmek için diğer şahıs şirketlerinde de olduğu gibi sermaye payı kavramını kullanmaya devam edeceğiz⁴².

Adi ortaklık sermaye payının rehin edilmesi hususunu ortaklık sermayesinin elbirliği mülkiyeti veya paylı mülkiyet rejimlerinden hangisinin seçildiğine göre farklı şekilde değerlendirmek gerekir. Adi ortaklığın elbirliği sermaye yapısında bir ortağın sermaye payını devretmesi ve diğer ortağın devralması bütün ortakların rızasına bağlıdır. Adi ortaklıkta ortaklardan biri, diğer ortakların onayı olmadan sermaye payını devretse dahi devralan üçüncü kişi ortak sıfatınız kazanamaz (TBK m. 632). Dolayısıyla, bu devir işlemi devreden ortak ile devralan üçüncü kişi arasında hüküm ifade eder. Ayrıca, bu kişi ortaklığa karşı ortaklık statüsünün sağladığı haklardan da faydalanamaz⁴³. Ancak, bütün ortak-

⁴¹ KENDİGELEN, Abuzer /KIRCA, İsmail *Şirketler Hukuku*, C. I (Ders Kitabı), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 52.

⁴² YONGALIK, s. 28.

⁴³ PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 86.

ların rızası ile bir ortağın sermaye payını kısmen veya tamamen devredilebileceğini kabul etmek gerekir (TBK m. 632). Adi ortaklıkta, öngörülen şekilde, ortaklardan biri sermaye payını veya payının bir kısmını diğer ortakların rızası ile devredilebileceği yönündedir⁴⁴. Doktrinde payı devralan kişi halefiyet ilkesi gereği yeni ortağın yerine geçer ve ortaklığın eski borçlarından sorumlu olur⁴⁵. Devreden ortak, payını devrettikten sonra doğan borçlardan sorumlu değildir. Aynı şekilde ortak olarak adi ortaklığa yeni katkı payı getirerek ortak olan kişi, girmesinden önce doğan borçlardan sorumlu değildir⁴⁶.

Adi ortaklık sermaye payının devredilmesi adi ortaklık sözleşmesinin oybirliği ile tadil edilmesini zorunlu kılar. Adi ortaklık sözleşmesinin kurulmasında kanuni bir şekil öngörülmemiştir. Doktrinde, şekil şartının taraflarca kararlaştırılması halinde adi ortaklık sözleşmesi tadilini hangi şekle tabi olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanunun öngördüğü şekle uyularak kurulan sözleşmelerde pay devri gibi değişikliklerin de aynı şekle uyularak yapılması gerekir. Ancak, kanunun bir şekil öngörmediği ve tarafların kararlaştırdığı şekle uygun olarak kurulan sözleşmedeki ortaklık payının devredilmesinde şekil şart aranmayacaktır⁴⁷. Diğer bir görüşe göre ise adi ortaklık sözleşmesinin ilk kurulmasında seçilen iradi şekle, ortaklık payının devredilmesinde de uyulması gerektiği yönündedir⁴⁸. Öte yandan ispat şekli olarak, adi ortaklık sözleşmesini noterde onama suretiyle yapmış olsalar bile tüm ortakların imzaladığı adi sözleşme ile adi ortaklık sözleşmesinin tadil edilebileceği görüşü de ileri sürülmektedir⁴⁹.

Öte yandan, adi ortaklık sözleşmesinde ortaklar kanuni rejim olan elbirliği mülkiyeti yerine paylı mülkiyeti de tercih edilebilirler (TBK m. 638, f. 2). Böyle bir durumda, her bir ortak yaptığı katkı payının parasal değerinin karşılığının sermaye payına sahibi olur ve bu katkı payının hak ve yükümlülüklerinden de sorumlu olur. Dolayısıyla, adi ortaklık sözleşmesinde elbirliği mülkiyet yerine

⁴⁴ KENDİGELEN, Abuzer, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil”, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde On beş Yıl, Makalelerim**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 221; YALMAN, Macit / TAYLAN, Erbay, **Adi Ortaklık**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1976, s. 161; YONGALIK, s. 89-94-96.

⁴⁵ POROY/TEKİNALP (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar I** (Ders Kitabı), N. 96a; KENDİGELEN/ KIRCA, **Şirketler Hukuku C. 1**, s.136.

⁴⁶ POROY/TEKİNALP (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar I**, N. 101.

⁴⁷ TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), Filiz Kitapevi, 7 Baskı, İstanbul 1993, s. 102.

⁴⁸ POROY/ÇAMOĞLU/TEKİNALP, **Ortaklıklar I**, N. 315; GÜNERGÖK, Özcan/ KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler** (Ders Kitabı), Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s. 102.

⁴⁹ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme** (Ders Kitabı), 4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017 § 31, N. 9.

paylı mülkiyetin seçildiği ortaklıklarda, ortaklar paylarını rehin edebilirler (UY, m. 11, f. 1-p; TMK m. 688, f. 3).

Elbirliği mülkiyette, paylı mülkiyetteki pay kavramı yerine kendine özgü işlevleri olan pay kavramı söz konusudur⁵⁰. Adi ortaklığın sermayesi, elbirliği mülkiyete tabi olduğundan bütün ortakların rızası ile bütün olarak rehin edilebilir (TBK m. 632; TMK m. 857, f. 3). Rehin alacaklısı, elbirliği mülkiyette, kazançtan veya tasfiye sonucunda ortağa düşen paydan öncelikli olarak alabilir. Burada, sermaye payının rehin edilmesi ile, rehin hakkı sahibi tasfiye payından alacağını alabilecektir (TBK m. 642). Bu itibarla, adi ortaklık sermaye payı rehin hakkı, tasfiye şartına bağlı müstakbel hak olarak tanımlanabilir. Elbirliği mülkiyetinde adi ortağın bağımsız olarak tasarruf edebileceği bir sermaye payı bulunmadığından sadece kazançtan veya tasfiyeden kendisine düşen kazanç ve tasfiye payı üzerinde münferiden tasarruf yetkisi bulunmaktadır (TBK m. 643, f. 1; TBK m. 642, f. 1; TMK m. 677). Bu ilke, şahıs şirketlerinde ortakların alacaklılarında da geçerlidir (TTK m. 133, f. I).

Adi ortaklık sermaye payının rehin işlemi üç basamaklı işlemlerin tamamlanması ile mümkündür. Bunlardan ilki, rehin eden ile rehin alan arasında rehin sözleşmesinin imzalanmasıdır. İkincisi, bu rehin sözleşmesi üzerine diğer ortaklarının hepsinin onayı alınmalıdır. Üçüncüsü ise bu imzalar ya e-imza ile atılması ya da noter önünde imzalanmalıdır (TİTRK m. 4, f. IV). Rehin sözleşmesinin taraflarının her ikisinin birlikte bu rehin sözleşmesini noterden tescil edilmesini istemesi gerekir.

B. Kollektif Şirket Sermaye Payının Rehni

Kollektif şirkette sermaye payının doğrudan devredilmesi düzenlenmemiştir. Ancak, kollektif şirket ortaklık payının devredilmesini yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu itibarla, kollektif sermaye payının devri eski ortağın payını kısmen veya tamamen ortaklardan birine veya yeni bir ortağa devretmesi suretiyle gerçekleşebilir. Bu devir iki aşamalıdır; bunlardan ilki devir sözleşmesinin kurulmasıdır. İkincisi ise bu pay devrinin diğer kollektif şirket ortaklarının oy birliği ile kabul etmesidir⁵¹. Ancak, ortakların oybirliği ile kabul

⁵⁰ SİRMEN, s. 343.

⁵¹ ARSLANLI, Halil, **Kollektif ve Komandit Şirketler** (Ders Kitabı), 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 403; İMREGÜN, Oğuz, **Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar** (Ders Kitabı), Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 95; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, (6335 Sayılı Kanun'la Değişik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre) 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 169.

etmediği pay devri sadece taraf ortaklar arasında geçerli olmasına rağmen kollektif şirkete karşı hüküm ifade etmez. Bir ortağın ortaklık payını eski ortaklardan birine ya da üçüncü kişiye devretmesi kollektif şirket sözleşmesinin değiştirilmesini zorunlu kılar⁵². Kollektif şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararların da oybirliği ile alınması zorunludur (TTK m. 226, f. 1).

Kollektif şirket pay devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması zorunludur⁵³. Kollektif şirket ortakları oybirliği ile kollektif şirket sermaye payının devrini onaylamaları halinde iç ilişkide⁵⁴ de geçerli hale gelecektir (TTK m. 226, f. 1). Ticaret siciline tescil için imzaların noter tarafından onaylanması belgelendirme şartıdır⁵⁵.

Kollektif şirket ortağının, sermaye payını üçüncü kişilere olan borcu karşılığında rehin verebileceğine ilişkin özel bir hüküm düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda, kollektif sermaye payının rehin ediliş edilemeyeceğini, genel hükümlere bakarak değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda, kollektif sermaye payı bir senede bağlanamayacağından bir menkul kıymet olarak değil diğer haklar kapsamında kabul edilmelidir. Buradan hareketle, kollektif sermaye payı “*diğer haklar*”ın devrinde aranan adi yazılı şekilde düzenlenmiş rehin sözleşmesiyle rehine konu edilebilir (TMK m. 955, f. 3). Kollektif ortaklıkta, ortağın sermaye payının rehin edilmesi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, kollektif ortaklık sermaye payının rehni, diğer kollektif ortakların oy birliği ile alacağı karar ile temin edilebilecektir⁵⁶. Taşınır rehin sözleşmesinin konusu belirlenebilir veya müstakbel bir hak olabilir. Bu kapsamda, kollektif şirket sermaye payı sermaye bütünü içinde belirlisi de olsa da paylı mülkiyet olarak kabul edilemeyeceğinden para değeri olarak tasfiyeden sonra belirlenebilir. Bu itibarla kollektif şirket sermaye payı, bütün ortakların onayı ile bir bütün olarak rehin sözleşmesine konu edilebileceği kanaatindeyiz (TMK m. 857, f. 3).

Bu kapsamda, elbirliği mülkiyet kuralları geçerli olan kollektif ortaklık sermaye payının rehin sözleşmesi rehin veren ortak, rehin alan kişi ve diğer ortakların imzalaması ile kurulur (TMK m. 857, f. 3). Kollektif şirket ortaklık

⁵² PULAŞLI, C. I, s. 455.

⁵³ KENDİGELEN, s. 226; KENDİGELEN/ KIRCA, s. 288.

⁵⁴ Öte yandan, ayrılan kollektif şirket ortağının sorumluluktan kurtulması için (TTK m. 178) pay devrini üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi, bu anlamda imzalarının onaylandığı şirket sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi gerekir (TTK m. 201).

⁵⁵ KENDİGELEN, s. 228-330; KENDİGELEN/ KIRCA, s. 289.

⁵⁶ ÇAMOĞLU ve (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar* I, s. 258 N, 315.

payının rehni, tasfiye sonucuna bağlı müstakbel tasfiye payı üzerine aynı hak tesis eder. Bu rehin sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. TİTRK hükümlerine göre rehin, sözleşmeye imza koyanlarının noterde kimliklerinin tespitinden sonra sözleşmenin tescil edilmesiyle kurulur (TİTRK m. 4, f. I).

Borçlu kolektif ortağın şahsi alacaklısı, üçüncü kişi konumunda olan kolektif şirket nezdinde tasfiye sonucunda borçlu ortağa düşen hak ve alacaklarına haciz koydurması mümkündür⁵⁷ (TTK m. 133, f. 1; İİK m. 89, f. 1).

C. Adi Komandit Şirket Sermaye Payının Rehni

Adi komandit şirkette kolektif ortak hükümlerine tabi olan komandite ortak ile sorumluluğu taahhüt ettiği sermayeyi ödemek olan komanditer ortaklardan teşekkül eder. Buradan hareketle, komandite ortağın sermaye payının devri ve rehni de kolektif ortağın tabi olduğu hükümlere tabi olacaktır. Kolektif ortak payının devri ve rehni yukarıda kolektif ortaklık başlığı altında incelenmiştir. Bu nedenle, komandite ortak sermaye payının devri ve rehni hususunda oraya atıf yapmakla yetineceğiz⁵⁸.

Komanditer ortak, ortaklık sermaye payını bu devir sözleşmesine diğer ortakların oybirliği ile verilen onay ile devredebilir (TTK m. 315, f. 1). Eğer komanditer ortağın sermaye payını devretmesine oybirliği ile onay vermezlerse bu devir sadece devreden ile devralan arasında geçerli olur. Bu itibarla devralan kişi ortaklık hakkını şirkete karşı ileri sürülemez. Bu nedenle, devralan kişinin komandit şirketin ortağı olmaktan doğacak herhangi bir borcu olmayacağı gibi herhangi bir talep hakkı da söz konusu olmayacaktır.

Komanditer ortağın, sermaye payının devri, diğer ortakların oy birliği ile kabul etmesinden sonra şirket sözleşmesinde değişiklik yapılarak tamamlanır⁵⁹. Bu adi yazılı devir sözleşmesine yeni ortağın ortak olarak girme talebini gösterdiği imzası ile diğer ortakların da kabulünü gösterdiği imzaların konulması ile gerçekleşecektir. Komanditer ortağın sermaye payını devretmesi çıkma niteliğinde olduğundan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescil ve ilan edilmesi gerekir⁶⁰. Komanditer ortağın sermaye payının devri özel olarak düzen-

⁵⁷ ŞAHİN, Çağatay Serdar, "Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kişisel Alacaklılarının Şirkete Yöneltebilecekleri Haciz Talepleri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 27, Sayı. 1, 2009, s. 167-211.

⁵⁸ Bu konuda bkz. yuk. III, B.

⁵⁹ PULAŞLI, C. I, s. 498; ARSLANLI, *Kollektif Komandit*, s. 642; İMREGÜN, *Kollektif Komandit*, s. 176.

⁶⁰ KENDİGELEN, s. 228; PULAŞLI, s. 498.

lenmiş olsa da, komandite ortağın payının devir usulünden esaslı bir farkının bulunmadığı söylenebilir⁶¹.

Komandit şirkette, komanditer ortağın şirket borçlarının sorumluluğu taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı olması, şirket sermayesinin paylı mülkiyet kurallarının geçerli olmasını engellemektedir.

Komandit şirkette, komandite ortağın sermaye payının rehin edilmesinde kollektif şirkette ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 328 atfı ile TTK m. 259). Komandite ortak sermaye payının rehin edilmesinde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, bu hakkın devri için öngörülen şekle uyulması gerekir (TMK m. 955, f. 2). Buna göre komandite ortaklık sermaye payı bütün ortakların muvafakat etmesiyle oybirliği ile alınan kararla rehin edilebilir.

Bu itibarla, taşınır rehni kurallarına göre adi komandit şirket, komandite ve komanditer ortaklık paylarını rehin eden ortaklar ile rehin alan üçüncü kişinin imzaladığı rehin sözleşmesinin diğer ortakların tümünün onaylaması ile kurulur (TMK m. 857, f. 3). Burada rehin sözleşmesinin konusunu rehin veren ortağın müstakbel hak niteliğindeki tasfiye payıdır. TİTRK hükümlerine göre yazılı rehin sözleşmesini, bu sözleşmesinin tarafları ile diğer şirket ortaklarının imzalarının onaylanmasından sonra sicile tescil ile kurulmuş olacaktır (TİTRK m. 4, f. 1).

III. SERMAYE ŞİRKETLERİNDE SENEDE BAĞLANMAYAN SERMAYE PAYININ REHNİ

Sermaye şirketlerine sadece para ile değeri ölçülebilen haklar sermaye olarak konabilir (TTK m. 127). Bu durum, payın değerini şahıs şirketlerine nazaran daha doğru belirlenmesini mümkün kılmıştır. Hükümden de anlaşılabacağı üzere, sermaye şirketlerinde payın devrini kolaylaştıran sermayenin paylara bölünmesi esası kabul edilmiştir (TTK m. 329, f. 1; TTK m. 571, f. 1; TTK m. 564, f. 1). Sermaye şirketlerinde, ortağın kişisel alacaklıları o ortağa düşen kar veya tasfiye payı hakkı yanında borçlu doğrudan ortağın senede bağlanmış veya senede bağlanmamış paylarına da haciz koyabilir. Paya konan bu haciz, talep edilirse yöneticiler tarafından pay defterine işlenebilir (TTK m. 131, f. 2).

Payı devir gibi rehin etme hakkı da sermaye (paylı) şirket ortaklarının en önemli haklarından birisidir⁶². Paylı şirketlerde de payın rehin edilmesi üç ba-

⁶¹ İMREGÜN, *Kollektif Komandit*, s. 176.

⁶² EREM, Turgut, *Ticaret Hukuku Prensipleri- Ticaret Şirketleri*, C. II, 4. Bası, Hilal Matbaacılık Koll. Şti, İstanbul, 1972, s. 288.

samak halinde işlemle yapılabilir. Bunlardan ilki, pay sahibi ile rehin alanın yazılı rehin sözleşmesini kurmasıdır. İkinci olarak, ihtiyaç varsa bedelinin tamamı ödenmemişse, bağlı nama yazılı senede bağlanacak pay ise ya da limited ortaklık esas sermaye payı ise bu rehin sözleşmesi işlemine paylı ortaklıktan onay veya icazet alınmalıdır. Nihayet, üzerindeki imzaları onanmış yazılı rehin sözleşmesi tarafların sicil görevlisine birlikte yapacakları talebi üzerine tescil ile kurulur.

A. Anonim Şirket Senede Bağlanmayan Payının Rehni

Anonim şirkette esas sözleşmenin veya sermaye artırım kararının tescili ile ortağın senede bağlanmamış (çıplak) pay üzerinde yönetim ve malvarlığı hakları doğar. Anonim ortaklıkta esas olan paydır. Her bir pay bağımsız bir bütündür ve bu bütünde hak ve borçlar bulunur⁶³. Anonim şirket payı, ortaklığın pay sahibine sağladığı kişisel ve malvarlığı haklarını temsil eder. Anonim şirketlerde pay sayısı, payların her grup içinde birbirine eşit itibari değeri ve dolayısıyla sermayesinin karşılığındaki hakları belirler veya kolayca belirlenebilir niteliktedir. Esas sözleşmesinde bir bağlam kaydı yoksa ortaklar, anonim ortaklıkta çıkma hakkı bulunmadığından, kural olarak payını serbestçe devredebilir. Anonim ortaklık çıplak paylarının devrine veya rehin edilmesine ilişkin kanuni düzenleme yoktur. Bu itibarla, senede bağlanan paylar⁶⁴ ile kaydileştirilen payın rehni⁶⁵ düzenlenirken; senede bağlanmamış (çıplak) payın rehin edilmesine ilişkin bir hükmün bulunmaması bu konuda bir kanun boşluğunun bulunduğu anlamına gelmektedir⁶⁶.

Doktrinde baskın görüş taahhüt edilen sermayenin tamamı ödendiğinde anonim ortaklık çıplak payının devrinin, alacağın devri (TBK m. 186) hükümlerine göre anonim ortaklığın onayına gerek olmadan yapılmasıdır⁶⁷. Bununla birlikte, çıplak payın taahhüt edilen sermayenin kısmen veya hiç ödenmemesi

⁶³ AYTAÇ, Zühtü, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*, Batider, Ankara, 1988, s. 68.

⁶⁴ Anonim ortaklıkta paylar, nama yazılı senede ve hamiline yazılı senede bağlanabilir. Buna göre nama yazılı senedin rehni iki şekilde yapılabilir. Bunlardan ilki, adı rehin sözleşmesi düzenleyerek nama yazılı senedin rehin alana teslimidir (TMK m. 955, f. 1). Diğeri ise, hamiline yazılı senedin yazılı devir beyanı veya rehin ciro su yapılarak teslim edilmesidir (TTK m. 689). Hamiline yazılı pay senedi ise sadece senedin teslimi ile kurulabilir (TTK m.647; TMK m. 956).

⁶⁵ Bu konuda bkz. yuk. II, B, 1.

⁶⁶ GÖKSOY, s. 46.

⁶⁷ TEKİNALP ve (Poroy/ Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, s. 618 N, 767d; PULAŞLI, C. III, s. 2176; KENDİGELEN, s. 230; Narbay, Şafak “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri”, *EÜHFD*, C. XVI, S, 3-4, 2012, s. 208; TÜRE, Murat, *Anonim Şirkette Pay ve Payın Devri*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2023, s. 131; GÖKSOY, s. 51.

durumunda ödenmeyen kısımdan şirkete karşı devralanı sorumlu kılmak için borcun nakline ilişkin hükümlerin de dikkate alınması gerekecektir (TBK m. 195-200). TBK m. 195, f. 1 hükmüne göre anonim ortaklık payı devreden taahhüt ettiği ve ödemediği borçtan payı devreden sorumlu tutulabilmesi için, anonim şirketin bu devre rıza göstermesi gerekir. Başka bir deyişle, çıplak payı devreden kişinin ödemediği pay bedeli borcundan kurtulabilmesi ancak ortaklığın rızası ile mümkündür⁶⁸. Payın devri ile çıplak payın üzerinde somutlaşan borçlar ile birlikte mali ve kişisel haklar devralana geçer.

Devredilebilen alacak ve sair haklar üzerinde rehin kurulabilir (TMK m. 954, f. I). Buradan hareketle, anonim ortaklık çıplak payı üzerinde rehin kurulabilir⁶⁹. Çıplak pay üzerinde rehin kurulduğunda çıplak payın sadece malvarlığı hakları rehinin konusunu teşkil eder. Başka bir ifade ile payın rehin edilmesi, payın temsil ettiği tüm hakların teminat kapsamına girmesini sağlamaz⁷⁰. Bunu sebebi çıplak payın sahibine sağladığı, genel kurula katılma, müzakere etme, öneride bulunma, oy kullanma bilgi alma ve dava açma haklarının paraya dönüşürülebilmesidir⁷¹.

Doktrinde anonim ortaklığın senede bağlanmamış (çıplak) pay rehinine konu edilen sözleşmenin geçerlilik şekli konusunda tartışma bulunmaktadır⁷². Bir görüşe göre, senede bağlanmamış anonim ortaklık payının rehni, TMK m. 955, f. 3 hükmünde düzenlenen kurallara uyularak yapılması gerekir⁷³. Öncelikle bu hükme göre rehin sözleşmesinin devir sözleşmesi (TBK m. 186) gibi yazılı olarak yapılması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise çıplak payların rehni alacağın devri hükümlerine tabi olduğundan yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması yeterlidir⁷⁴. “Adi alacakların rehin edilmesi, kısmen alacağın devrine” benzer⁷⁵, ancak çıplak pay sadece bir alacak hakkı değildir.”

⁶⁸ PULAŞLI, C. III, s. 2176; GÖKSOY, s. 52; NARBAY, s. 208; TÜRE, s. 15.

⁶⁹ TEKİNALP ve (Poroy/ Çamoğlu), *Ortaklıklar* I, s. 619 N, 767d; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 472.

⁷⁰ PULAŞLI, C. III, s. 2418; ERGÜNE, Mehmet Serkan, Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması, *İÜHF*, C. L, S. 2, 2016, s. 742.

⁷¹ GÖKSOY, s. 59.

⁷² OĞUZ, Sefer, *Bankacılık Hukuku Yönünden Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 361.

⁷³ TEKİNALP ve (Poroy/ Çamoğlu), *Ortaklıklar* I, s. 158 N, 1190; GÖKSOY, s. 51; ERGÜNE, s. 744; ÇOLAK, Hüseyin Bahadır, “Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Kurulan Rehin Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Batider*, C. XXXVII, S. 3, s. 143.

⁷⁴ KILIÇ, Mehmet, “Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni”, *Bankacılar Dergisi*, S. 71, 2009, s. 68.

⁷⁵ SİRMEN, s. 771.

Bu itibarla, TİTRK hükümlerine göre anonim ortaklık çıplak payının rehin edilmesi önem kazanmaktadır. Bu kapsamda, çıplak payın rehni TMK m. 955, f. 3 hükmünde düzenlenen kurallara uyularak yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Çıplak payın rehin edilmesi devri anlamına gelmediğinden ve ortaklıktan izin alınmasına yönelik bir kanun hükmü de bulunmadığından taraflar arasında kurulan adi yazılı rehin sözleşmesi ile rehin kurulur. Anonim şirket çıplak payı üzerinde TİTRK hükümlerine göre rehin kurmak mümkündür⁷⁶. Bunun için tarafların imzalarının onaylanmasından sonra rehinli taşınır siciline tescil edilmesi gerekir (TİTRK m. 4, f. I).

B. Limited Şirket Senede Bağlanmayan Payın Rehni

Limited şirket sözleşmesinde, belirli olan esas sermaye paylarının sayısı bulunmak zorundadır (TTK m. 576, f. 1-c). Bu esas sermaye paylarının, itibari değeri en az yirmi beş TL ve katları olarak belirlenebilir (TTK m. 583, f. 1). Kanun koyucu, limited şirket ortaklık payının (esas sermaye payı) devredilmesi ve rehin edilmesi konusunda en net ve açık düzenlemeyi yapmıştır⁷⁷. Limited şirket esas sermaye payının devri özensiz bir şekilde hem TTK m. 595, f. 1 hem de TTK m. 585, f. 1’de düzenlenmiştir.

Esas sermaye çıplak payı üzerinde rehin sözleşmesinin kurulması için öncelikle limited şirket sözleşmesinde esas sermaye payının devrinin yasaklanmamış olması şarttır⁷⁸ (TTK m. 595, f. 4). Şirket sözleşmesi ile esas sermaye payının rehin edilmesi yasaklanmış ise, ortaklık payından doğan malvarlığı niteliğindeki tasfiye payının müstakbel hak olarak münferiden rehin edilmesini engelleyemez⁷⁹.

Esas sermaye çıplak payları üzerinde TMK m. 954, f. 1’e göre diğer haklar olarak nitelendirileceğinden rehin hakkı tesis edilebilir⁸⁰. Limited şirket esas sermaye payının rehin edilmesi genel kurulun onayına bağlanması halinde devre ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 600, f. 1-2). Doktrinde esas sermaye payının rehni, payın devri anlamına gelmediğinden rehin sırasında -kural olarak- payın devri kurallarına uymaya gerek olmadığı savunulmaktadır⁸¹. Bu görüşe,

⁷⁶ GÜNCAN, s.271.

⁷⁷ KENDİGELEN, s. 236; OĞUZ, Kredi, 361.

⁷⁸ TAŞDELEN, Nihat, **Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 128.

⁷⁹ ERDEM/GÖKSOY, s. 581; YILDIZ, s. 152.

⁸⁰ YILDIZ, s. 151; ŞENER, Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 379; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, 763.

⁸¹ ŞENER, s. 379.

şirket sözleşmesinde pay üzerinde rehin hakkı kurulması işleminin genel kurulun onayına bağlanmadığı durumlarda katılıyoruz.

Öte yandan, esas sermaye payının devredilmesini düzenleyen TTK m. 585, f. 1 ile TTK m. 595, f. 1 hükmünü birlikte ele almak gerekir. Öncelikle, TTK m. 595, f. 1 devir sözleşmesini şekli ile konusunu açık bir şekilde düzenlemiştir. Bu hükme göre devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanması gerekir (TTK m. 595, f. 1). Devir sözleşmesinde varsa ek ödeme, yan edim yükümlülükleri, rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmiş ise bu konu, önerilmeye muhatap olma, ön alım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullar da yer almalıdır. Bu devir sözleşmesi esas itibari ile sözleşmenin devrine denk gelir (TBK m. 205). Başka bir deyişle, bedeli tamamen ödenmemiş esas sermaye payını devralan kişi, pay defterine kaydedilmesinden sonra bakiye borcu ödemek zorundadır (TTK m. 585). Devralan ortak esas sözleşmede yazılmış ve paya bağlı bütün hak ve yükümlülüklerin yeni sahibi haline gelir.

Şirket sözleşmesinde rehin için onay şartı konulmuşsa, esas sermaye payının rehin sözleşmesi genel kurulun onayı ile geçerli olur. (TTK m. 600, f. 2; TTK m. 595, f. 2). Bu nedenle şirket sözleşmesindeki düzenlemelere göre rehin sözleşmesinin geçerli olduğu anlar değişebilir. Bunlardan ilki, rehin sözleşmesinin sınırlandırılmasına ilişkin bir yasaklama veya onay şartının aranmadığı hallerde devir sözleşmesinin kurulması ile rehin geçerli olarak kurulur. İkincisi, rehin sözleşmesinin onay şartının arandığı hallerde genel kurulun onayladığı tarihte rehin kurulmuş olur. Nihayet üçüncüsü ise, rehin sözleşmesi imzalanıp noter tarafından onaylanmasından⁸² sonra genel kurulun onayı için ortaklığa gönderilmesinden itibaren üç ay için reddedilmemesi halinde onay verilmiş sayılır (TTK m. 595, f. 7 Kıyasen). Esas sermaye payının devredilmesinden itibaren otuz gün içinde ticaret siciline tescil için müracaatı gerekir (TTK m. 598).

Limited şirket müdürü onaylanan veya onaylanmış sayılan devir sözleşmesini ticaret siciline tescil ve ilan ettirir. Burada tescil kurucu değil açıklayıcıdır⁸³.

⁸² Pulaşlı, noter tarafından onaylanmamış esas sermaye payının devir sözleşmesinin şirket genel kurulunda itiraz olmadan kabul edilmesi halinde pay devrinin geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır (PULAŞLI, C. IV, s. 3098).

⁸³ Bu konuda bkz. DEMİRKAPI, Ertan, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008; OĞUZ, Sefer, "Limited Ortaklık Esas Sermaye Payının Devri" **Çukurova Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 8, Aralık 2017 (Baskım tarihi Mart 2020), s. 183-203.

Devir konusunu düzenleyen hüküm “Kuruluş” başlığı altında “Kuruluş anı” alt başlığında TTK m. 585’te düzenlenmiştir. Hükme 6335 sayılı Kanunla “... bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususunda bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.” hükmü eklenmiştir. Hüküm devir sözleşmesinin konusunu düzenlememişken yine anonim şirketlerde de düzenlenmeyen bir hükme atıf yapmıştır. Böylece, esas sermaye payının devrinde pay bedelinin tamamen ödenmesi ile eksik ödenmesinde iki farklı devredilme yöntemi ortaya çıkmıştır⁸⁴. Ancak, rehin sözleşmesinde sermayenin ödenmesine bağlı bu farklılığın bir önemi bulunmamaktadır. Üstelik esas sermaye payının devredilmesi konusu yanlış bir başlık altında düzenlenmiştir⁸⁵.

Doktrinde henüz mevcut olmayan esas sermaye payını konu alan yahut şartta bağlı rehin sözleşmesi akdedilebileceği görüşü savunulmaktadır⁸⁶. Ancak, belirli bir iş veya konu ile sınırlandırılmaksızın bütün müstakbel alacakların rehine konu edileceğine dair rehin sözleşmeleri geçersizdir (UY m.16, f. 2).

Şirket sözleşmesinde rehin için genel kurulun onayı şart edilmemişse adi yazılı şekilde düzenlenmiş olan rehin sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylaması ile rehin kurulur (TTK m. 600, f. 1-2).

Öte yandan, TİTRK hükümlerine göre pay senedine bağlanmamış esas sermaye payının rehin edilmesinde onay şartı yoksa TTK m. 595’te düzenlenen esas sermaye payının devrine ilişkin şartlara uygun biçimde rehin sözleşmesinin kurulması ve tarafların noter tarafından onaylanmış imzalarının bulunduğu sözleşmenin rehin siciline tescil edilmesi ile kurulabilir. Bu kapsamda, sözleşmenin geçerlilik şartı adi yazılı şekil veya e-imza ile imzalanacak ise adi yazılı şekil yerine geçen şekildir. Bu kapsamda rehin sözleşmesinde objektif esaslı unsurların bulunması ve rehin tesis edildiğinin anlaşılması gerekir.

Ancak, şirket sözleşmesinde esas sermaye payının rehin edilmesi konusu şirket genel kurulundan izin alınma şartına bağlanabilir. Böyle bir durumda genel kuruldan onay alınması zorunludur (TTK m. 600, f. 2). Şirket sözleşmesinde böyle bir onay alma şartı düzenlenmişse genel kurulun onayı olmadan rehin sözleşmesi kurulamayacaktır⁸⁷. Gerekmesi halinde bu onaydan sonra rehin

⁸⁴ OĞUZ, Esas Sermaye Payı, s. 200.

⁸⁵ OĞUZ, Esas Sermaye Payı, s. 200.

⁸⁶ ŞENER, s. 378; MAKARACI BAŞAK, s. 411; AYVERDİ, Eminde Develi, **Limited Şirket Sermaye Payının Rehni**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 81.

⁸⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. YILDIZ, Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 153; DEVELİ AYVERDİ, s. 235. ÇİĞŞAR, Melis

sözleşmesinin noter tarafından sicile tescil edilmesiyle rehin kurulacaktır (TİTRK m. 4, f. 1).

C. Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirket Sermaye Paylarının Rehni

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (paylı komandit şirket), sermaye şirketleri içinde sayılmıştır (TTK m. 125). Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette melez bir ortaklık yapısı bulunmaktadır (TTK m. 564-572).

Paylı komandit şirket, sermayesi paylara bölünmüş en az bir tanesi kollektif şirket ortağı gibi diğerleri komanditer şirket ortağı gibi sorumluluğu olan ve en az beş kişi ile kurulabilen (TTK m. 568) tüzel kişiliğe sahip bir ortaklıktır (TTK m. 564).

Komandite ortağın gerçek kişi olması zorunludur. Komandite ortak, kolektif şirket ortağı gibi şirket alacaklılarını karşı ikinci derecede de olsa sınırsız sorumludur. Komanditer ortak ise sadece taahhüt ettiği sermayeyi ödemekle yükümlüdür. Sermaye taahhüdünü yerine getiren gerçek veya tüzel kişi olabilen komanditer ortağın şirket borçlularına karşı bir sorumluluğu yoktur.

Paylı komandit ortaklıkta esas sermaye payları bölünmüş olmakla birlikte, sağladığı hak ve yükümlülükler yönünden iki farkı esas sermaye payı bulunmaktadır. Komandite ortağın, esas sermaye payı adi komandit şirketteki komandite ortağın sermaye payı⁸⁸ gibi; komanditer ortağın payı ise anonim şirket ortağının payı⁸⁹ gibi, rehin sözleşmesine konu edilebilir⁹⁰. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette komandite veya komanditer ortaklık payına rehin işlemi öncelikle yönetici komandite ortakların oy birliği ile alacağı kararın, komanditer ortaklardan müteşekkil komanditer ortaklar genel kurulunda onaylanmasıyla gerçekleştirilebilir⁹¹. Bu ortaklık paylarının rehin işlemi için tüm ortakların, sermaye payının konu edildiği sözleşmeye onayı alındıktan sonra yazılı rehin sözleşmesi geçerli olarak kurulur. Komandite ortağın sermaye payının konu olduğu yazılı rehin sözleşmesinin kurulması ve diğer ortakların onaylamasından sonra TİTRK hükümlerine göre rehin işlemleri gerçekleştirilir. Bu konuda tekrardan kaçınmak için yukarıya atıf yapmakla yetiniyoruz.

Gizem, **Limited Şirket Esas Sermaye Payının Rehni**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 174; HAMACIOĞLU, Esra/ BİÇER, Levent, "Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Rehni", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. I, S. 2, Aralık 2013, s. 64.

⁸⁸ PULAŞLI, C. I, 509; Bu konuda bkz. yuk. III, C.

⁸⁹ PULAŞLI, C. I, 509; Bu konuda bkz. yuk. III, A.

⁹⁰ OĞUZ, Kredi, s. 361.

⁹¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 613.

IV. REHİN EDİLEN SERMAYE PAYI VE PAYIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Sermaye şirketi ortağının, temerrüdü halinde rehin alacaklısı alacağını, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre paraya çevirebilir. Rehın alacaklısı önce senede bağlanmış veya bağlanmamış payların İİK hükümlerine göre mülkiyetin kendisine devrini istemelidir (TİTRK m. 14, f. 1). Doktrinde bu hüküm “Lex commissoria” aykırı olup olmadığı tartışılmıştır⁹². Rehın alacaklısı şahıs şirketi sermaye payı veya payın mülkiyeti devredilmemesi durumunda, genel hükümler çerçevesinde paraya çevrilmesini isteyebilir (TİTRK m. 14, f. 1-ç; TTK m. 133, f. 2). Bu kapsamda, henüz bilanço düzenlenmemişse, düzenlenmesinden sonra borçluya düşecek tasfiye payı üzerine haciz de koydurabilir (TTK m. 133, f. 1). Şahıs şirketlerinde sermaye payı rehın alacaklısı, şirketin feshi veya tasfiye payının haczini isteyebilir. Böyle bir durumda, borçlu ortağın borcu ödenerek, ortaklıktan çıkartılabilir (TBK m. 633; TTK m. 249; 328; TTK m. 636, f. 3).

Öncelikle, TİTRK’da rehınlı taşınırın yalnız rehın paraya çevrilmesi yoluyla takip edileceğı konusundaki mecburiyet geçerli değıldir (İİK m. 145-147).

Öte yandan, İİK genel hükümler çerçevesinde takip yapılma ifadesinden ne anlaşılması gerektiğı de önemlidir (TİTRK m. 14, 1-ç). Ticari İşlemlerde Rehın Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik (TİRHKTSHKHY)⁹³ bu konuda yol göstermektedir. Bu Yönetmelik’te temerrüt sonrası hakların kullanılmasında hüküm bulunmayan hallerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun ipoteğın paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip hükümleri kıyasen uygulanacağına dair hüküm sevk edilmiştir (TİRHKTSHKHY m. 41, f. 4). Bu atıf sebebiyle TİTRK hükümlerine göre rehın edilmiş şahıs şirketi sermaye payı ve payın takibi taşınmaz ipoteğı hükümlerine uygun olarak yapılabilir⁹⁴. Ancak, doktrinde genel hükümlere göre takipten rehın paraya çevrilmesi yolu ile takip anlaşılması gerektiğı de savunulmaktadır⁹⁵.

⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MAKARACI, BAŞAK, Aslı, “Ticari İşletme Rehni Kanunu Lex commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediğı Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2019, s. 745-757.

⁹³ Ticari İşlemlerde Rehın Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik, RG. 31.12.2016. S. 29935 3. Mükerrer.

⁹⁴ ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 151; EJDER, Yılmaz, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Rehınlı Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları”, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu*, 16 Şubat 2018, (Ed. Lale Sirmen-Barış Özbilen), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 246; SEVEN, s. 200; ECRİN, Baydak, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, On iki levha yayınları, İstanbul, 2018, s. 218.

⁹⁵ ANTALYA/ACAR, 200.

Öte yandan, şahıs şirketi sermaye payı veya pay rehni alacaklısı bir banka olması halini de değerlendirmek gerekir. TİTRK ile Yönetmelik'te hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı tanzim edilmiştir ((TİRHKTSHKHY m. 42) Bankacılık uygulamasında ticari kredi açma sözleşmesi⁹⁶ gibi cari hesap şeklinde işleyen kredinin teminatına üst sınır rehni alınmaktadır. Böyle bir durumda, temerrüt sonrası rehinli alacaklının borçlu cari hesap veya kısa orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredi kullandırılan hallerde paraya çevirme işlemi İİK m. 150-ı uyarınca yapılacaktır⁹⁷.

SONUÇ

Taşınır, alacak hakkı ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakları sınırlı aynı haklar bölümünde düzenlenmiştir (TMK m. 954-961). Şirketlerin ortaklık payları senede bağlanmamış veya kanunen bağlanmayan ortaklık paylarının TMK m. 954 anlamında “*diğer haklar*” kapsamında nitelendirilebilir. Diğer haklar olarak nitelendirdiğimiz şahıs şirketlerinin sermaye paylarının ve sermaye şirketlerinin çıplak paylarının rehni sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir⁹⁸.

Doktrinde alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkının niteliği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanun koyucu cismani niteliği olmayan hakları aynı hak olarak kabul etmiştir. Bu noktadan hareketle bu alacak ve diğer haklar üzerinde kurulan haklar aynı haktır⁹⁹. Diğer görüşe göre, aynı hakların konusunu sadece cismani nitelikte olan nesneler oluşturur. Bu itibarla, alacaklar ve diğer haklar üzerindeki haklar cismani nitelik taşımadığından aynı hak benzeri mutlak hak olarak nitelendirilebilir¹⁰⁰. Bununla birlikte, kanun koyucu ise alacaklar ve diğer haklar üzerindeki hakları, cismani nitelik taşımasına rağmen, aynı hak olarak kabul etmiştir. Kanun koyucunun alacaklar ve diğer haklar üzerindeki hakların cismani nitelik taşımadığını bilmediği düşünülemez. Bu itibarla, kanunda açık bir şekilde düzenlendiği gibi diğer haklar kapsamında

⁹⁶ Bu konuda açıklama için bkz. OĞUZ, Kredi, s. 299-309.

⁹⁷ ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 152; VURAL, s. 202; BAYDAK, s. 223; ÇOŞKUNER, s. 192.

⁹⁸ MAKARACI BAŞAK, s. 412; Pay senede bağlanmamış ise rehin sözleşmesi, rehin sözleşmesi eksik iki taraf borç yükleyen sözleşmeye dönüşür (ERGÜNE, s. 743).

⁹⁹ SİRMEN, s. 769; MAKARACI BAŞAK, s. 107.

¹⁰⁰ KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim, *Sınırlı Aynı Haklar*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983, s. 536; GÖKSOY, s. 65.

nitelendirilen şahıs şirketi sermaye payı ile paylı ortaklıkların senede bağlanmamış payları üzerine kurulan rehin hakkını sınırlı ayni hak olarak kabul etmek gerekir¹⁰¹. Nihayet üçüncü görüş ise alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkının aynı zamanda mutlak etkiler yarattığını, rehin hakkı sadece rehin verene, rehin verilen alacağın borçlusuna değil alacağın el değiştirmesi halinde yeni alacaklıya karşı da ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. Diğer alacaklılara karşı ön sırada olması da bu hakkın mutlak etkisinden ileri gelir¹⁰².

Bu kapsamda, TMK hükümlerine göre şahıs şirketi sermaye payı ile paylı ortaklıkların senede bağlanmamış paylarının rehin edilebileceği görülmektedir. Şirketlerin payları üzerine konan rehin, sınırlı ayni hak benzeri bir yapıdadır ve yalnızca rehin verene değil, rehin verilen alacağın borçlusuna ve alacağın devri halinde yeni alacaklıya karşı da ileri sürülebilen bir mutlak hak niteliğindedir. Bu konu şahıs şirketleri sermaye payı ile paylı ortaklıkların payı bakımından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmiştir.

Adi ortaklık sermayesinin elbirliği mülkiyet olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir (TBK m. 638, f. I). Diğer şahıs şirketlerinde ise sermaye tüzel kişiliğin mülkiyetinde olduğundan elbirliği mülkiyeti söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, tüzel kişiliğe sahip şahıs şirketlerinde sermaye, sermaye şirketlerinde olduğu gibi paylara da bölünmemiştir. Bu itibarla, kollektif şirket ve komandit şirket payının rehin edilmesi de adi ortaklıkta olduğu gibi bütün ortakların rızası ile mümkündür (TBK m. 632). Şahıs şirketleri ortakları, diğer ortakların oy birliği ile kabul ettiği rehin sözleşmesi ile rehin hakkı sahibi tasfiye sonucunda rehin eden ortağa düşmesi müstakbel tasfiye payı hakkı üzerinde hak sahibi olacaktır. Zira, sözleşme temelinde olan alacak hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda, şahıs şirketlerinin sermaye payının rehinini TİTRK m. 5, f. 7 anlamında müstakbel alacaklar üzerinde konan rehin olarak kabul etmek gerekir. Bu kapsamda, şahıs şirketlerinde sermaye payı sahibi müstakbel hak olarak nitelenen tasfiye sonucunda oluşacak paya münferiden rehin hakkı kurabilir.

Adi şirket de dâhil olmak üzere şahıs şirketleri sermaye payları ile paylı şirketleri senede bağlanmamış payları TTK'de her bir ortaklık kendi türünde öngörülen devir usulüne uyarak düzenlenen yazılı rehin sözleşmesi ile TİTRK'de öngörülen şekle uyularak rehin edilebilir. Limited şirketlerde olduğu gibi payın rehin edilmesini özel olarak düzenlenmiş bir hüküm varsa elbette öncelikle ona uymak gerekir (TTK m. 602, f. 2).

¹⁰¹ GÖKSOY, s. 65.

¹⁰² SİRMEN, Lale, **Alacak Rehni**, Batider, Ankara, 1990, s. 9-10.

Pay üzerine kurulan rehin haklarının pay defterlerine de işlenmesi gerekir (TTK m. 64, f.1; 65, 2). Pay defterine yapılan rehin kayıtları açıklayıcı mahiyettedir. Rehin hakkının pay defterine işlenmemesi halinde rehin hakkı sahibi işlenmesini talep eden ifa davası açabilir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, 3. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020.
- ARSLANLI, Halil, **Kollektif ve Komandit Şirketler** (Ders Kitabı), 2. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- ARVAS, Mehmet Mücahit; **6750 sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınır**lar, Notev Vakfı Yayınları, Ankara, 2017.
- AYTAÇ, Zühtü, **Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri**, Batider, Ankara, 1988.
- BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- BEYAZIT, Fırat, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri**, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, (6335 Sayılı Kanun’la Değişik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre) 9. B, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- COŞKUNER, Gökçe, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ÇIĞŞAR, Melis Gizem, **Limited Şirket Esas Sermaye Payının Rehni**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÇOLAK, Hüseyin Bahadır, “Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Kurulan Rehin Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Batider**, C. XXXVII, S. 3, s. 143.
- DEMİRKAPI, Ertan, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.
- DEVELİ AYVERDİ, Emine, **Limited Şirket Sermaye Payının Rehni**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ECRİN, Baydak, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, İstanbul, 2018.
- ERBAŞ KARAKUŞ; Burcu, **Ticari Alacaklarda Taşınır Rehni ve Alacaklısı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

- EREM, Turgut, **Ticaret Hukuku Prensipleri- Ticaret Şirketleri**, C. II, 4. Bası, Hilal Matbaacılık Koll. Şti., İstanbul, 1972.
- ERDEM, Ercüment/ GÖKSOY, Can, “Limited Şirkette Payın Rehni”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Ed. Zafer Gören, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2000, s. 571-623.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, “Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması”, **İÜHF**, C. L, S. 2, 2016, s. 739- 755.
- EJDER, Yılmaz, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu**, 16 Şubat 2018, (Ed. Lale Sirmen-Barış Özbilen), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 227-258.
- GÖKSOY, Can, **Anonim Ortaklıkta Payın Rehni**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- GÜNCAN, Gökhan, **6750 Sayılı Kanun Kapsamında İşletme Rehni**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2023.
- GÜNERGÖK, Özcan/ KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler** (Ders Kitabı), Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2020.
- HAMACIOĞLU, Esra/ BİÇER, Levent, Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Rehni, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. I, S. 2, Aralık 2013, s. 59-88.
- İMREGÜN, Oğuz, **Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar** (Ders Kitabı), Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku II- Şirketler Hukuku**, 2. B, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- KENDİGELEN, Abuzer, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde On beş Yıl, Makalelerim**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 212-240.
- KENDİGELEN, Abuzer/ KIRCA, İsmail, **Şirketler Hukuku** (Ders Kitabı), C. I (Ders Kitabı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KILIÇ, Mehmet, “Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni”, **Bankacılar Dergisi**, S. 71, 2009, s. 67-77.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme**, (Ders Kitabı), 4. Bası’dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim, **Sınırlı Ayni Haklar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- İMRE Zahit, “Usulsüz Vedia Akdi Türk-İsviçre, Alman ve Fransız Hukuku Üzerinde Bir Tetkik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. X, s. 1-2, 1944, s. 188-288.
- MAKARACI BAŞAK, Aslı, **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

- MAKARACI, BAŞAK, Aslı, “Ticari İşletme Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2019, s. 745-757.
- NARBAY, Şafak, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri”, **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 201-251.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Varlıklar”, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu**, 16 Şubat 2018, (Ed. Lale Sirmen-Barış Özbilen), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 53-84.
- OĞUZ, Sefer, “Limited Ortaklık Esas Sermaye Payının Devri” **Çukurova Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 8, Aralık 2017 (Basım tarihi Mart 2020), s. 183-203.
- OĞUZ, Sefer, **Bankacılık Hukuku Yönünden Ticari Kredi Açma Sözleşmeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZ, Turgut, “Ticari İşlerde Taşınır Rehni Kanunu”, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ’a Armağan, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III; C. 16, S. 2, Temmuz 2017, s. 151- 186.
- ÖZ, Turgut, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, Ed. Erol Ulusoy, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 95-120.
- POROY, Reha/ ÜNAL, Tekinalp/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I** (Ders Kitabı), 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I-II-III-IV, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- SEVEN, Vural, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanuna Göre Taşınır (Varlık) Rehni**, 2. Bası, Filiz kitapevi, İstanbul, 2019.
- SİRMEN, Lale, **Alacak Rehni**, Batider, Ankara, 1990.
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku** (Ders Kitabı), 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ŞİT İMAMOĞLU, Başak, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme**, Batider, Ankara, 2017.
- ŞAHİN, Çağatay Serdar: “Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kişisel Alacaklılarının Şirkette Yöneltebilecekleri Haciz Talepleri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 27, Sayı. 1, 2009, s. 167-211.
- ŞENER, Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TAŞDELEN, Nihat, **Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, **TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Ders Kitabı), Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.

TÜRE, Murat, **Anonim Şirkette Pay ve Payın Devri**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2023.

YALMAN, Macit / TAYLAN, Erbay, **Adi Ortaklık**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1976.

YILDIZ, Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan Basım, İstanbul, 2007.

YONGALIK, Aynur, **Adi Şirkette Sermaye Payı**, Ankara, 1991.

Right to Privacy in Artificial Intelligence Legislations: Analyzing International Soft Law Frameworks^(*)

Yapay Zeka Mevzuatında Mahremiyet Hakkı:
Uluslararası Yumuşak Hukuk Çerçevesinin Analizi

ASM Mahmudul HASAN^(**)

Abstract:

The article examines the evolving intersection of privacy rights and artificial intelligence (AI) governance, focusing on the role of international soft law frameworks in shaping privacy protections. Recognizing privacy as a fundamental human right enshrined in various global and regional legal instruments, the study highlights its critical dimensions in the context of emerging AI technologies, which pose unique challenges and opportunities for data governance. The methodology includes an analytical review of significant legislative and policy frameworks, such as the European Union Artificial Intelligence Act, UN General Assembly Resolutions on AI and cybercrime, the UN Global Digital Compact, and the Council of Europe Draft Framework Convention on Artificial Intelligence. These frameworks are assessed for their principles and mechanisms aimed at embedding privacy protections throughout AI systems, emphasizing transparency, accountability, fairness, and international collaboration. Findings indicate growing integration of privacy considerations in AI governance through measures like privacy-by-design, risk management, and restrictions on mass surveillance and untargeted data scraping. Key provisions include robust data governance, transparency requirements, safeguards against discriminatory outcomes, and harmonized privacy standards via international cooperation. The study concludes that international soft law frameworks provide a crucial foundation for embedding privacy protections into AI systems, reflecting a global consensus on safeguarding this right amid technological advances. By harmonizing principles across jurisdictions, fostering multi-stakeholder engagement, and promoting ethical AI development, these initiatives support a human-centric approach to AI governance. The research offers insights for international policymakers to align AI innovation with fundamental rights.

Keywords:

Right To Privacy, UN, EU, Artificial Intelligence, International Soft Law.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.01.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 28.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1624022

Bu makaleye atf için; HASAN, ASM Mahmudul, “Right to Privacy in Artificial Intelligence Legislations: Analyzing International Soft Law Frameworks”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 995-1024

^(**) *Dr. Öğr. Üyesi*, Karabük Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Karabük - Türkiye
E-posta: abusalehhasan@karabuk.edu.tr
Orcid: 0000-0001-8833-5101

Öz:

Bu makale, mahremiyet hakları ile yapay zeka (YZ) yönetişiminin gelişen kesişimini inceleyerek, uluslararası yumuşak hukuk çerçevelerinin mahremiyet korumalarını şekillendirmedeki rolüne odaklanmaktadır. Mahremiyetin, çeşitli küresel ve bölgesel hukuki belgelerde güvence altına alınmış temel bir insan hakkı olarak tanınması bağlamında çalışma, yükselen YZ teknolojilerinin veri yönetişimi için ortaya çıkardığı özgün zorluklar ve fırsatlar üzerindeki kritik boyutlarını vurgulamaktadır. Yöntem, Avrupa Birliği Yapay Zeka Yasası, BM Genel Kurulu'nun YZ ve siber suç konulu kararları, BM Küresel Dijital Mutabakatı ve Avrupa Konseyi Yapay Zeka Taslak Çerçeve Sözleşmesi gibi önemli yasal ve politik çerçevelerin analitik bir incelemesini içermektedir. Bu çerçeveler, YZ sistemleri boyunca mahremiyet korumalarını yerleştirmeyi amaçlayan şeffaflık, hesap verebilirlik, adalet ve uluslararası iş birliğine vurgu yaparak, prensipleri ve mekanizmaları açısından değerlendirilmektedir. Bulgular, mahremiyet odaklı tasarım, risk yönetimi, kitlesel gözetim ve hedefsiz veri kazıma üzerindeki kısıtlamalar gibi önlemler yoluyla YZ yönetişiminde mahremiyet hususlarının artan entegrasyonunu ortaya koymaktadır. Önemli hükümler arasında güçlü veri yönetişimi, şeffaflık gereklilikleri, ayrımcılığa karşı koruma mekanizmaları ve uluslararası iş birliği yoluyla uyumlu mahremiyet standartları yer almaktadır. Çalışma, uluslararası yumuşak hukuk çerçevelerinin, teknolojik ilerlemeler karşısında bu hakkı koruma yönünde küresel bir uzlaşmayı yansıtarak, YZ sistemlerinde mahremiyet korumalarının yerleşik hale getirilmesi için önemli bir temel sağladığı sonucuna varmaktadır. Yargı bölgeleri arasında prensiplerin uyumlaştırılması, çok paydaşlı katılımın teşvik edilmesi ve etik YZ geliştirilmesinin desteklenmesi yoluyla bu girişimler, insan odaklı bir YZ yönetişimi yaklaşımını desteklemektedir. Araştırma, uluslararası politika yapımcılar için YZ yeniliklerini temel haklarla uyumlu hale getirme konusunda içgörüler sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Mahremiyet Hakkı, BM, AB, Yapay Zeka, Uluslararası Yumuşak Hukuk.

INTRODUCTION

The rapid proliferation of artificial intelligence (AI) technologies has fundamentally reshaped the landscape of data governance, raising profound ethical, legal, and societal questions. Among these, the right to privacy emerges as a cornerstone of contemporary debates, particularly given its universal recognition as a fundamental human right enshrined in numerous international and regional legal instruments. As AI technologies evolve, the interplay between innovation and individual rights intensifies, necessitating robust governance frameworks that can effectively balance technological advancement with the protection of privacy.

The right to privacy, characterized by its multidimensionality, encompasses concepts such as data protection, informational autonomy, and freedom from unwarranted intrusion. This right is increasingly tested by AI systems that often operate on vast amounts of personal data, employing sophisticated algorithms capable of deriving insights about individuals. Such capabilities, while driving innovation, also present significant risks of surveillance, discrimination, and erosion of individual autonomy¹. As a result, the governance of AI demands proactive measures to embed privacy considerations throughout the lifecycle of these systems.

International soft law frameworks have emerged as pivotal mechanisms for addressing privacy challenges in AI governance. These non-binding legal instruments, including guidelines, resolutions, and policy frameworks, offer a flexible yet principled approach to harmonizing global standards. Luciano Floridi introduces the concept of ‘soft ethics,’ arguing that flexible ethical guidelines must complement soft law initiatives to ensure that AI systems respect human rights, including privacy, from design to deployment². By fostering international collaboration, promoting ethical AI practices, and emphasizing principles like transparency, accountability, and fairness, these frameworks provide a foundational structure for safeguarding privacy rights in the AI era.

This study examines seven major international soft law initiatives relating to artificial intelligence governance and privacy protections. These include the UN Global Digital Compact, the United Nations General Assembly Resolution 79/243: United Nations Convention Against Cybercrime, the OECD Initial Pol-

¹ HAYES, Paul; POEL, Ibo van de; STEEN, Marc, “Algorithms and Values in Justice and Security”, *AI & Society*, Y. 2020, V. 35, No. 3, p. 534.

² FLORIDI, Luciano, “Soft Ethics and the Governance of Artificial Intelligence”, *Philosophy & Technology*, Y. 2018, V. 31, pp. 1-8.

icy Considerations for Generative Artificial Intelligence, the Council of Europe Draft Framework Convention on Artificial Intelligence, the European Union Artificial Intelligence Act, and the OAS Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence. By analyzing these instruments comparatively, this study highlights how international organizations are converging - and at times diverging - in their efforts to integrate privacy safeguards into the global AI governance landscape. These instruments are examined for their contributions to embedding privacy protections into AI systems, highlighting mechanisms like privacy-by-design, risk management, and data governance. The analysis further explores the broader implications of these frameworks for aligning AI innovation with fundamental human rights, emphasizing the need for sustained efforts to ensure a human-centric approach to AI development.

In this context, the present research aims to contribute to the growing discourse on privacy and AI governance by elucidating the role of international soft law frameworks in advancing privacy protections. It underscores the importance of harmonizing principles across jurisdictions and fostering multi-stakeholder engagement to create a global consensus on ethical AI practices. Through this analysis, the study seeks to offer valuable insights for policymakers, researchers, and practitioners striving to uphold privacy rights in an increasingly data-driven world.

The analysis in this study follows an organization-based structure, examining international soft law frameworks in groups according to the institutions that produced them. United Nations initiatives are discussed first, followed by frameworks developed by intergovernmental organizations such as the OECD and the Council of Europe, and finally regional instruments such as those of the European Union and the Organization of American States. This institutional ordering provides clarity and highlights differences in regulatory approaches across international bodies.

In light of these objectives and the increasing global convergence on embedding privacy safeguards into AI systems, this study seeks to answer the following research question: How do international soft law frameworks embed and promote the right to privacy in the governance of artificial intelligence systems across global and regional jurisdictions? This guiding question allows for a comparative and critical examination of soft law instruments, focusing on their legal, ethical, and operational dimensions. It anchors the study's inquiry into the adequacy, effectiveness, and normative orientation of international policy responses to the privacy challenges posed by AI technologies, providing a structured basis for evaluating their human rights alignment.

I. THEORETICAL FRAMEWORK

This research adopts a Human Rights-Based Approach (HRBA) to analyze the intersection of privacy rights and artificial intelligence governance. The Human Rights-Based Approach emphasizes that technological innovation must be aligned with fundamental human rights, treating privacy not merely as a regulatory requirement but as an essential dimension of human dignity, autonomy, and freedom. A relevant example can be found in the United Kingdom, where the Human Rights Act 1998 operationalizes the European Convention on Human Rights within the domestic legal system, illustrating how international commitments are embedded at the national level while balancing parliamentary sovereignty and judicial oversight³. Under this framework, privacy protections are viewed as prerequisites for ensuring that AI systems do not undermine individual rights through surveillance, discrimination, or undue manipulation.

By using the HRBA, the study critically examines international soft law frameworks to assess whether they sufficiently safeguard privacy across the AI system lifecycle. The analysis particularly focuses on whether these frameworks embed privacy principles such as transparency, accountability, fairness, and risk management into the design, development, and deployment of AI technologies. This theoretical orientation ensures that the evaluation remains centered on human-centric governance and ethical AI development, rather than purely technical or economic considerations⁴.

A. Key Concepts: Accountability And Transparency

In the governance of artificial intelligence systems, accountability and transparency function as foundational principles for safeguarding fundamental rights, particularly the right to privacy. Accountability requires that those who design, develop, and deploy AI systems accept responsibility for their systems' functioning and potential impacts. This principle encompasses mechanisms of oversight, monitoring, and redress to ensure that AI actors remain answerable for outcomes throughout the system's lifecycle. As articulated in the OECD Principles on Artificial Intelligence, accountability demands that "AI actors are

³ GILANI, Syed Raza Shah, Ali Mohammed ALMATROOSHI, and Ali Fayyaz AWAN, "An In-Depth Analysis of the Human Rights Act of 1998 and the Bill of Human Rights UK, Examining the Advantages and Disadvantages", *Current Trends in Law and Society*, Y. 2024, V. 4, No. 1, pp. 121-129.

⁴ UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GROUP, *The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding among UN Agencies*, 2003, p. 1-4, <https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un>, A.D. 18.12.2024.

responsible for the proper functioning of AI systems in line with their roles, the context, and the state of the art⁵”.

Transparency complements accountability by requiring that AI systems operate in a manner that is understandable, traceable, and explainable to relevant stakeholders. It extends beyond the mere disclosure of technical details, emphasizing the need for information to be communicated in a meaningful and accessible way to regulators, users, and those affected. Wachter, Mittelstadt, and Floridi note that transparency is a prerequisite for effective contestability and trust, enabling oversight and informed evaluation of AI systems⁶. In this study, these two concepts serve as analytical criteria for assessing whether international soft law frameworks embed sufficient safeguards to ensure that privacy protections are both operational and enforceable.

II. METHODOLOGY

This study employs a qualitative analytical methodology, grounded in a Human Rights-Based Approach. The analysis focuses on major international soft law frameworks that address artificial intelligence governance and the protection of privacy rights.

The selection of frameworks was based on the following criteria: (i) the framework’s international or regional significance; (ii) its explicit focus on privacy rights in relation to AI systems; and (iii) its normative influence on shaping global digital governance practices.

Accordingly, the study analyzes instruments such as the European Union Artificial Intelligence Act, the United Nations General Assembly Resolutions on AI and cybercrime, the UN Global Digital Compact, the Council of Europe Draft Framework Convention on Artificial Intelligence, the OECD Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence, and the OAS Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence.

The research adopts a comparative analytical approach, examining each framework in terms of:

⁵ OECD, **OECD Principles on Artificial Intelligence**, OECD Publishing, Paris, 2019, <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/ai-principles.html>, A.D. 05.08.2025.

⁶ WACHTER, Sandra, Brent MITTELSTADT, and Luciano FLORIDI, “Transparent, Explainable, and Accountable AI for Robotics”, **Science and Engineering Ethics**, Vol. 26, No. 4, 2020, pp. 2053-71.

- How it integrates privacy protections (privacy-by-design, data minimization, accountability, etc.),
- How it addresses risks associated with AI and personal data,
- How it balances innovation and the right to privacy.

By applying this structured analysis, the study evaluates the extent to which international soft law frameworks embed robust privacy safeguards into AI governance structures. Primary sources, such as legal texts and international resolutions, are analyzed alongside secondary sources, including academic literature, to ensure a comprehensive and critical evaluation.

The methodology also involves critical reflection on the theoretical and practical implications of privacy protection mechanisms, assessing their sufficiency in the context of evolving AI technologies.

In order to facilitate a structured comparative analysis, Figure 1 summarizes how each international soft law framework embeds key privacy principles. These dimensions - including privacy-by-design, risk management, transparency, and legal oversight - serve as the foundation for the subsequent detailed evaluation of each instrument.

Comparative Analysis of Privacy Provisions in AI Soft Law Frameworks					
Framework	Privacy-by-Design	Risk Management	Transparency	Legal Oversight	Unique Focus
UN Global Digital Compact	Yes	Yes	Yes	Moderate	Cross-border data trust
OECD GenAI Guidelines	Yes	Yes	Yes	Strong	Generative AI risks
CoE Draft Convention	Yes	Yes	Yes	Strong	Procedural safeguards
EU AI Act	Yes	Yes	Yes	Strong	Biometric data protection
OAS Guidelines	Yes	Partial	Yes	Moderate	Latin American context
UNGA Cybercrime Convention	Partial	Yes	Yes	Strong	Criminal enforcement

Figure 1. Comparative Analysis of Privacy Provisions in AI Soft Law Frameworks.
Created by the Author.

III. THE RIGHT TO PRIVACY

The right to privacy is a fundamental human right recognized and protected by various legal frameworks worldwide. The European Convention on Human Rights, for instance, safeguards the right to respect for private life, home, and

correspondence, which encompasses the protection of personal communications such as messages, phone calls, and emails⁷. However, governmental interference in these rights is permitted only under strict legal conditions and when justified by significant reasons, such as ensuring national security or public safety⁸.

Privacy, as a concept, is multifaceted and often challenging to define. Samuel Warren and Louis Brandeis famously articulated it as “the right to be let alone,” a notion that has since evolved to encompass broader concerns in the modern era⁹. Privacy today is understood not only as seclusion or anonymity but also as control over personal information and the ability to limit access to one’s personal sphere. Ruth Gavison identifies key components of privacy-anonymity, solitude, and secrecy-while Helen Nissenbaum emphasizes the dynamic nature of privacy, contingent on purpose, context, and trust¹⁰. Alan Westin adds a further dimension, identifying privacy’s social, personal, and regulatory aspects¹¹. Daniel J. Solove further emphasizes that privacy today must be understood as a complex network of protections, not merely as the right to secrecy but as control over personal information and autonomy in decision-making¹².

D. W. Prosser’s seminal work in 1960 provided a legal taxonomy of privacy, categorizing it into four torts: intrusion upon seclusion, public disclosure of private facts, portrayal in a false light, and appropriation of name or likeness for personal gain. These categories underline privacy’s broad relevance across legal, social, and ethical domains. In the digital age, this understanding has expanded to address the complexities of information control, data protection, and technological advancements¹³.

Data protection, often regarded as a specific subset of privacy law, governs the collection, processing, and dissemination of personal information. It provides individuals with the right to access, correct, and control their data while

⁷ EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, “**Article 8**”, Council of Europe, 1950, (Online), <https://www.echr.coe.int>, A.D. 20.01.2025.

⁸ *ibid.*; NYU LAW GLOBAL, “**Right to Privacy: An International Perspective**”, (Online), https://www.nyuawglobal.org/globalex/right_to_privacy_international_perspective.html, A.D. 20.01.2025.

⁹ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, Y. 1890-1891, V. 4, No. 5, pp. 193-220.

¹⁰ GAVISON, Ruth, “Privacy and the Limits of Law”, **The Yale Law Journal**, Y. 1980, V. 89(3), pp. 421-471.; NISSENBAUM, Helen, **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**, Stanford University Press, Stanford, CA, 2010, pp. 67-103.

¹¹ WESTIN, Alan F., **Privacy and Freedom**, Atheneum Press, New York, 1967, pp. 52-63.

¹² SOLOVE, Daniel J., **Understanding Privacy**, 2nd ed., Harvard University Press, Cambridge, MA, 2021, pp. 13-39.

¹³ PROSSER, William L., “Privacy”, **California Law Review**, Y. 1960, V. 48(3), pp. 383-423.

imposing limitations on how organizations and third parties use such data. Independent regulators typically oversee data protection frameworks, ensuring accountability and imposing penalties for non-compliance. Exceptions exist for purposes like law enforcement and national security, reflecting a balance between individual rights and collective needs¹⁴.

Despite its diverse interpretations, privacy is universally acknowledged as intrinsic to human dignity and essential for upholding other constitutional guarantees, such as freedom of expression and association. The Australian Privacy Charter, for example, underscores privacy as a cornerstone for preserving human dignity and other key values¹⁵. This universal recognition highlights privacy's critical role in facilitating autonomy, protecting reputation, and enabling individuals to maintain control over their personal lives.

As Shoshana Zuboff highlights in her seminal work *The Age of Surveillance Capitalism*, the expansion of data-driven technologies and AI poses profound risks to personal autonomy and privacy, transforming private human experience into a new source of economic value¹⁶.

The right to privacy is a dynamic and multidimensional concept that adapts to societal, cultural, and technological contexts. Its foundational principles remain deeply rooted in human dignity and autonomy, serving as a vital safeguard against unwarranted intrusions and ensuring the protection of personal freedoms in an increasingly interconnected world.

IV. UNITED NATIONS FRAMEWORKS

A. United Nations General Assembly Resolution on Artificial Intelligence

The First United Nations General Assembly Resolution on Artificial Intelligence (AI) signifies a landmark commitment to promoting privacy within the governance of AI systems. This resolution emphasizes the need for AI systems to respect, protect, and promote human rights, particularly the right to privacy, across their life cycle. Below are eight key aspects demonstrating how this resolution upholds privacy as a fundamental principle.

¹⁴ AUSTRALIAN PRIVACY CHARTER COUNCIL, *The Australian Privacy Charter*, AustLII, 1995, <https://www.austlii.edu.au>, A.D. 10.01.2025.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ ZUBOFF, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, New York, 2019, pp. 233-254.

First, the resolution explicitly states that privacy-preserving mechanisms must be integrated into AI systems throughout their life cycle, from design to deployment and operation. This aligns with international human rights laws and underscores the necessity of embedding privacy protections in AI governance frameworks¹⁷.

Second, it highlights the risks associated with improper or malicious use of AI systems, particularly those lacking adequate safeguards. Such uses can lead to unlawful interference with privacy, undermining the enjoyment of fundamental freedoms. The resolution calls for robust international safeguards to address these risks¹⁸. Sandra Wachter warns that AI profiling practices can lead to systemic discrimination and privacy erosion, particularly when algorithmic decision-making lacks transparency and accountability measures¹⁹.

Third, the resolution encourages Member States to implement policies that ensure personal data protection and privacy across the AI system life cycle. This includes establishing transparency requirements, conducting risk assessments, and adopting privacy-preserving technologies²⁰.

Sandra Wachter argues that transparency mechanisms, though necessary, are insufficient alone to mitigate the risks of systemic discrimination and privacy violations arising from AI profiling practices²¹. The UNGA Resolution's emphasis on transparency and fairness marks a positive step; however, without strong mechanisms for algorithmic accountability and independent oversight, privacy vulnerabilities may persist at systemic levels, especially in opaque or high-risk AI applications.

Fourth, it underscores the importance of fair, inclusive, and responsible data governance frameworks. These frameworks must safeguard personal data, promote privacy preservation, and support trusted cross-border data flows, ensuring that data governance practices align with privacy principles²².

¹⁷ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Seizing the Opportunities of Safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence Systems for Sustainable Development (A/78/L.49)**, 2024, <https://undocs.org>, A.D. 25.12.2024.

¹⁸ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Seizing the Opportunities of Safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence**, p. 3.

¹⁹ WACHTER, Sandra, "Normative Challenges of Identification in the Internet of Things: Privacy, Profiling, Discrimination, and the GDPR", **Computer Law & Security Review**, Y. 2018, V. 34, No. 3, pp. 436-449.

²⁰ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Seizing the Opportunities of Safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence**, p.6.

²¹ WACHTER, pp. 436-449.

²² UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Seizing the Opportunities of Safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence**, p. 7.

Fifth, the resolution advocates for transparency and human oversight in AI systems to protect end-users privacy. It emphasizes the need for mechanisms that provide notice, explanation, and effective redress for individuals adversely affected by automated decisions²³.

Sixth, the resolution calls for inclusive and equitable AI systems that avoid biases or discriminatory outcomes infringing on privacy rights. This includes addressing algorithmic biases that may arise from inadequate data governance, thus ensuring fairness and privacy for all²⁴.

Seventh, international cooperation is encouraged to develop and implement standards and safeguards that protect privacy while promoting the responsible use of AI. This cooperation aims to ensure equitable access to AI benefits while upholding robust privacy protections²⁵.

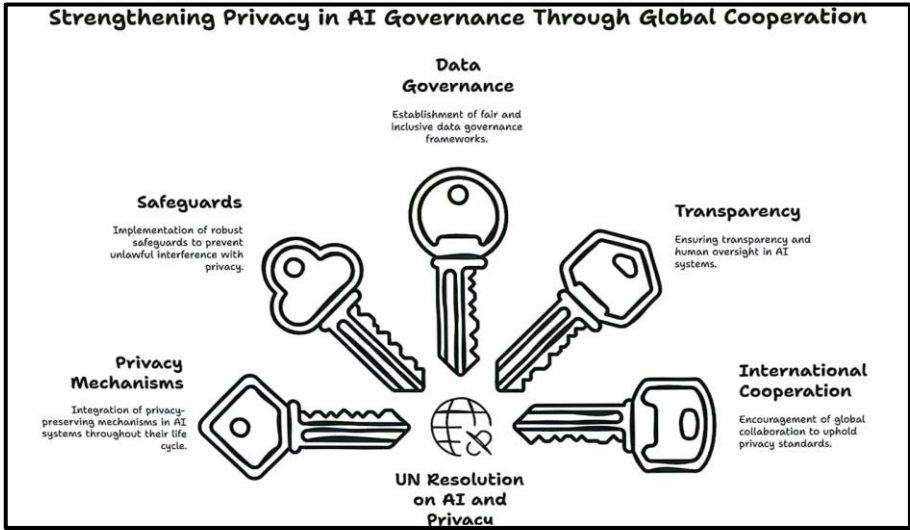


Figure 2. Strengthening Privacy in AI Governance Through Global Cooperation.

Created by the Author

Finally, the resolution emphasizes addressing the gender digital divide, which includes promoting privacy and online safety for marginalized groups. This ensures that privacy considerations are integral to efforts aimed at enhancing digital literacy and accessibility²⁶.

²³ Ibid., p. 6.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., p. 7.

The United Nations General Assembly's resolution strongly promotes the right to privacy by embedding it as a core principle in AI governance. Through its comprehensive framework, the resolution addresses the challenges posed by AI systems, emphasizing privacy-preserving measures, inclusive data governance, and international cooperation. These efforts reflect the global commitment to balancing technological innovation with the protection of fundamental rights.

B. UN Global Digital Compact

The UN Global Digital Compact, initiated by the United Nations Office of the Secretary-General's Envoy on Technology, sets out principles for inclusive, secure, and rights-based digital governance, prominently emphasizing the right to privacy in digital spaces. The UN Global Digital Compact (GDC) serves as a landmark framework for guiding digital governance, recognizing the critical role of the right to privacy in addressing the challenges and opportunities posed by emerging technologies such as artificial intelligence (AI). Privacy is woven into the fabric of the Compact, establishing it as an essential principle in the creation of inclusive, secure, and rights-respecting digital environments. Below, the various dimensions of privacy highlighted in the Compact are analyzed to underscore its robust commitment to safeguarding this fundamental right.

The GDC explicitly acknowledges the growing risks associated with the collection, sharing, and processing of data in digital and AI systems, emphasizing the necessity of personal data protection and privacy norms²⁷. It commits to developing data governance frameworks rooted in international and regional guidelines, ensuring that privacy is at the core of data use. Notably, individuals are empowered with the ability to give or withdraw consent for the use of their personal data, which is further protected through legally mandated measures. These provisions reflect the recognition of privacy as a cornerstone of equitable and responsible digital transformation²⁸.

In line with its broader commitment to human rights, the Compact underscores that the development and use of digital technologies must adhere to international human rights law, ensuring the protection of privacy throughout the technology lifecycle. Governments are called upon to establish robust safeguards to mitigate adverse human rights impacts, including privacy violations.

²⁷ UNITED NATIONS, **Global Digital Compact**, United Nations General Assembly, 2024, <https://www.un.org/techenvoy/global-digital-compact>, A.D. 17.12.2024.

²⁸ UNITED NATIONS, **Global Digital Compact**, p. 1.

This responsibility extends to private sector actors, who are urged to align their operations with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to prevent privacy infringements²⁹.

The Compact also integrates privacy considerations into its focus on digital trust and safety. While addressing challenges such as hate speech, misinformation, and violence in digital spaces, the Compact insists that these measures must respect privacy and freedom of expression. It promotes collaborative efforts among national institutions to balance the protection of privacy with mitigating online harms, thus ensuring a comprehensive and rights-respecting approach to digital safety³⁰.

Transparency and accountability in digital ecosystems form another pillar of the GDC's privacy framework. Digital technology companies and platforms are encouraged to enhance transparency in their handling of user data, enabling users to make informed decisions about their privacy. Additionally, researchers are provided access to platform data under conditions that safeguard user privacy, fostering an evidence-based approach to policymaking and accountability in addressing online harms³¹.

The Compact extends its privacy focus to the global dimension of cross-border data flows, emphasizing the importance of maintaining strong privacy safeguards in such processes. This commitment reflects the understanding that secure and trusted cross-border data flows are integral to a globally interconnected digital economy, and privacy protections are essential to achieving this trust³².

Furthermore, the governance of artificial intelligence (AI) systems is identified as a critical area for upholding privacy rights. The Compact highlights the need for transparency, accountability, and robust human oversight of AI to ensure compliance with international human rights standards, including privacy protections. It also calls for collaborative efforts to design AI systems that respect privacy and mitigate risks associated with data misuse³³.

²⁹ UNITED NATIONS, **Global Digital Compact**, p. 7.

³⁰ *Ibid.*, p.9.

³¹ *Ibid.*, p.10.

³² *Ibid.*, p.11.

³³ *Ibid.*, p.13.

Finally, the Compact reinforces the importance of international cooperation and capacity-building for privacy protections. Developing countries are identified as needing support to establish effective privacy frameworks. The UN is tasked with promoting capacity-building initiatives to advance responsible and interoperable data governance, ensuring that privacy protections are universal and equitable³⁴.

C. The UNGA Resolution 79/243: United Nations Convention Against Cybercrime

The United Nations General Assembly adopted Resolution 79/243, establishing the United Nations Convention against Cybercrime, with a strong emphasis on upholding human rights and protecting personal privacy during cybercrime enforcement.

The UNGA Resolution 79/243: United Nations Convention against Cybercrime represents a critical international framework addressing cybercrime while ensuring the protection of fundamental human rights, particularly the right to privacy. The resolution incorporates provisions that promote privacy as a foundational principle and introduces procedural safeguards to prevent undue interference with personal privacy in law enforcement activities. The following analysis highlights eight key provisions demonstrating how this resolution promotes and protects the right to privacy.

The preamble of the Convention establishes its foundational acknowledgment of privacy as a fundamental human right. It explicitly recognizes the need to protect individuals against arbitrary or unlawful interference with their privacy and emphasizes the importance of safeguarding personal data. This acknowledgment is not merely symbolic but sets a normative tone for the Convention, ensuring that all subsequent articles adhere to the principles of privacy protection³⁵.

Article 6, titled “Respect for Human Rights,” further solidifies the commitment to privacy by mandating that the implementation of the Convention must align with international human rights law. The article specifically states

³⁴ Ibid., p.11.

³⁵ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **UNGA Resolution 79/243: United Nations Convention against Cybercrime; Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by Means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes**, 2024, <https://undocs.org/en/A/RES/79/243>, A.D. 10.01.2025.

that no provision of the Convention should be interpreted as permitting the suppression of fundamental freedoms, including the right to privacy. This alignment with established human rights norms ensures that privacy remains a cornerstone even as States combat cybercrime³⁶.

Article 24, titled “Conditions and Safeguards,” focuses on the procedural mechanisms through which law enforcement can access data. This article emphasizes the importance of proportionality, judicial oversight, and the availability of remedies to prevent misuse or overreach. By requiring these safeguards, the article ensures that procedural measures, such as data collection or interception, do not infringe unnecessarily on individual privacy. This balance highlights the dual objectives of enabling effective law enforcement while upholding the right to privacy³⁷.

Article 36, titled “Protection of Personal Data,” directly addresses the handling of personal data in international cooperation. This article stipulates that personal data should only be transferred in compliance with domestic and international privacy laws and that effective safeguards must be in place. Furthermore, it mandates that any subsequent transfer of data to third parties requires authorization from the original State, ensuring transparency and accountability in data handling. This provision underscores the importance of protecting personal data in cross-border law enforcement efforts³⁸.

In addition to these overarching principles, the Convention incorporates specific provisions to criminalize privacy violations. Article 8, for example, prohibits the unauthorized interception of non-public electronic transmissions, ensuring that individuals are protected from illegal surveillance and breaches of private communications. Similarly, Article 16 addresses the non-consensual dissemination of intimate images, reinforcing the commitment to preserving personal dignity and privacy in digital spaces. These criminalization measures serve as deterrents against privacy violations and affirm the importance of privacy in the digital age³⁹.

The procedural safeguards related to data access and preservation are further elaborated in Articles 25 through 28. These articles detail the mechanisms

³⁶ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **UNGA Resolution 79/243**, p. 6.

³⁷ *Ibid.*, p. 15.

³⁸ *Ibid.*, p. 21.

³⁹ *Ibid.*, p. 11.

for the expedited preservation of electronic data and traffic information, emphasizing the need for confidentiality, judicial authorization, and proportionality. By incorporating such safeguards, the Convention minimizes the risk of privacy infringements during the collection and use of digital evidence⁴⁰.

Articles 29 and 30, which govern the real-time collection of traffic and content data, impose strict limitations to ensure that such measures are only applied to serious criminal offenses. They further require that these intrusive practices comply with established safeguards, reinforcing the priority given to privacy in operationalizing these procedures. By restricting real-time data collection, the Convention emphasizes the necessity of balancing investigative needs with privacy rights⁴¹.

Finally, Article 40, which addresses mutual legal assistance, ensures that international cooperation in evidence sharing and investigation adheres to privacy safeguards. It mandates that personal information shared across borders must be handled in a manner consistent with privacy and human rights protections. This reinforces a global commitment to maintaining privacy standards even in collaborative efforts to combat cybercrime⁴².

The UNGA Resolution 79/243: United Nations Convention against Cybercrime represents a comprehensive international framework that not only addresses the challenges of cybercrime but also underscores the importance of safeguarding the right to privacy. Through its acknowledgment of privacy as a fundamental right, alignment with international human rights law, procedural safeguards, and specific provisions criminalizing privacy violations, the Convention demonstrates a robust commitment to privacy protection. These provisions highlight how the Convention strives to balance effective law enforcement with the protection of individual rights, ensuring that privacy remains a central pillar in the fight against cybercrime.

V. OECD FRAMEWORK

A. OECD Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence

The *OECD Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence* is a pivotal framework that underscores the importance of the right to

⁴⁰ Ibid., pp. 16-18.

⁴¹ Ibid., pp. 18-19.

⁴² Ibid., p. 24.

privacy in the context of advancing artificial intelligence (AI) technologies. The document not only identifies the privacy risks inherent in generative AI systems but also strongly advocates for policies and practices that safeguard this fundamental right. Below, we explore eight key provisions and considerations highlighted in the document, illustrating its commitment to privacy as an essential aspect of AI governance.

The OECD framework acknowledges that generative AI systems pose significant risks to privacy, particularly due to their potential misuse in surveillance and the unauthorized use of personal data. The framework identifies that generative AI can amplify these risks through its ability to generate synthetic content, which may inadvertently disclose private information or be used to mimic individuals without consent. Such risks necessitate robust legal and policy frameworks to prevent harm to individuals' privacy⁴³.

A recurring theme in the OECD's considerations is the essential role privacy plays in ensuring the trustworthiness and inclusivity of generative AI systems. Privacy is highlighted as a foundational principle in AI governance, crucial for fostering public trust and encouraging responsible adoption of the technology. By emphasizing privacy as a key tenet of governance, the OECD positions it as a prerequisite for ethical and sustainable AI deployment⁴⁴.

The OECD framework promotes the development of ethical guidelines that prioritize privacy protection. These guidelines advocate for compliance with international standards such as the General Data Protection Regulation (GDPR) and encourage the adoption of privacy-by-design principles in AI development. Additionally, the document calls for data governance mechanisms to ensure that personal data used in training generative AI models is sourced and managed ethically⁴⁵.

Shoshana Zuboff critiques that, despite widespread advocacy for data minimization principles, real-world economic incentives frequently push AI developers toward expansive data collection practices⁴⁶. This tension suggests that the

⁴³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), **Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence (OECD Artificial Intelligence Papers)**, 2023, p. 13, https://www.oecd.org/en/publications/initial-policy-considerations-for-generative-artificial-intelligence_fae2d1e6-en.html, A.D. 05.01.2025.

⁴⁴ OECD, **Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence**, p. 27.

⁴⁵ Ibid., p. 16.

⁴⁶ ZUBOFF, **The Age of Surveillance Capitalism**, pp. 233-239.

OECD's emphasis on ethical AI development and responsible data stewardship, while normatively important, faces substantial practical challenges in the current commercial environment dominated by surveillance-driven business models.

Generative AI has significant implications for workplace privacy, as identified in the OECD document. AI systems deployed in workplace settings may increase surveillance of employees and lead to intrusive monitoring practices. The OECD emphasizes that protecting employees' privacy rights is vital to maintaining fairness and ethical standards in AI-driven workplaces. Concerns raised by employees about data misuse are particularly addressed, reflecting the importance of transparency and accountability in workplace AI applications⁴⁷.

Transparency is a cornerstone of the OECD's privacy framework. The document calls for transparency mechanisms that enable users to understand how their data is collected, processed, and utilized by generative AI systems. These mechanisms are critical for preventing privacy violations and ensuring accountability among AI developers and operators. For instance, the OECD recommends implementing watermarking and content provenance techniques to identify and trace synthetic content, thereby enhancing transparency⁴⁸.

To mitigate privacy risks, the OECD emphasizes data minimization as a critical strategy. This principle entails limiting the collection and use of personal data in training generative AI models to only what is necessary for their intended purposes. By adopting this approach, the document underscores the importance of reducing exposure to privacy risks while maintaining the functionality and effectiveness of AI systems⁴⁹.

The OECD document highlights the need for international cooperation to harmonize privacy standards across jurisdictions. Initiatives such as the Hiroshima AI Process are cited as examples of collaborative efforts to establish global norms and frameworks for protecting privacy in generative AI applications. Such international collaboration ensures that privacy protections are consistent and comprehensive, addressing cross-border challenges in AI governance⁵⁰.

⁴⁷ OECD, **Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence**, p. 20.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 9.

Finally, the OECD proposes a range of mitigation measures to address privacy risks associated with generative AI. These include the adoption of privacy-by-design principles, stringent data governance policies, and transparency frameworks. The document also warns of the risks posed by synthetic content training cycles, advocating for proactive measures to prevent compounding privacy violations over time⁵¹.

The *OECD Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence* strongly promotes the right to privacy through its comprehensive policy recommendations and ethical guidelines. By addressing privacy risks, advocating for transparency, and encouraging international collaboration, the OECD framework lays a robust foundation for integrating privacy as a core principle in generative AI governance. These considerations not only safeguard individual rights but also enhance public trust and support the responsible development of AI technologies.

VI. COUNCIL OF EUROPE FRAMEWORK

A. Council of Europe Draft Framework Convention on Artificial Intelligence

The Council of Europe Draft Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law presents a comprehensive approach to embedding privacy protections in AI governance. By addressing privacy explicitly and embedding it across key principles and obligations, the Convention underscores its commitment to safeguarding this fundamental right. Below, the provisions related to the right to privacy are examined.

The Preamble to the Convention highlights privacy as a cornerstone of its normative framework. The text highlights the enduring significance of privacy in the context of AI development, drawing on established frameworks such as the 1981 Council of Europe Convention 108 on data protection. Multiple iterations of the preamble (Options A, B, and C) underscore privacy protection as both a standalone right and integral to broader commitments to human rights and personal data protection⁵².

⁵¹ Ibid., p.26.

⁵² COUNCIL OF EUROPE, **Draft Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law**, 2023, Preamble p. 3, <https://rm.coe.int/cai-2023-28-draft-framework-convention/1680ade043>, A.D. 05.01.2025.

The centrality of privacy protection is further elaborated in Article 10: Privacy and Personal Data Protection. This article mandates that States adopt measures ensuring compliance with applicable domestic and international privacy laws. These measures require AI systems to safeguard individuals' privacy throughout their lifecycle, including robust guarantees for data subjects as prescribed under national and international obligations. This provision integrates privacy deeply into the operationalization of AI systems, bridging legal requirements with technological innovation⁵³.

Further protection is provided in Article 15: Procedural Safeguards, which ensures individuals' autonomy and informed interaction with AI systems. By requiring notification mechanisms that inform users when they are engaging with AI rather than humans, the article enhances transparency. Additionally, it guarantees procedural safeguards and remedies for individuals impacted by AI decisions, reflecting a commitment to upholding human rights and the right to contest privacy-invading practices⁵⁴.

Article 16: Risk and Impact Management Framework institutionalizes a risk-based approach to safeguarding privacy. The Convention obliges States to undertake iterative risk assessments throughout the AI lifecycle, integrating stakeholder perspectives, including those whose privacy might be affected. This framework ensures accountability and ongoing adaptation to emerging privacy risks, reinforcing privacy protection as a dynamic process⁵⁵.

The General Obligations (Article 4) chapter asserts the overarching commitment to align AI activities with international human rights obligations, explicitly encompassing privacy rights. By embedding privacy into the Convention's foundational commitments, the text ensures that all subsequent principles and provisions are inherently aligned with this right⁵⁶.

Articles 7 and 8, within Chapter III, introduce procedural and operational principles to bolster privacy. Transparency measures in Article 7 aim to disclose the operations of AI systems in contexts where privacy might be at risk. Article 8 emphasizes accountability for adverse impacts on privacy, ensuring that responsible entities are held to account for violations⁵⁷.

⁵³ COUNCIL OF EUROPE, **Draft Framework Convention on Artificial Intelligence**, p. 8.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, p.7.

⁵⁷ *Ibid.*

Finally, Article 20: Public Consultation in Chapter VI highlights the role of public dialogue in addressing AI's societal, legal, and ethical implications, including privacy concerns. By fostering multi-stakeholder consultations, the article integrates privacy into broader public governance frameworks, enhancing collective accountability⁵⁸.

The Council of Europe's Draft Framework Convention represents a significant step in embedding privacy protection into AI governance. By aligning its provisions with established international norms and introducing dynamic, risk-based, and participatory approaches, the Convention reaffirms privacy as an essential aspect of human rights in the era of artificial intelligence.

VII. EUROPEAN UNION FRAMEWORK

A. European Union Artificial Intelligence Act

The European Union (EU) Artificial Intelligence Act (AIA) represents a significant milestone in embedding the principles of the right to privacy within AI governance. As a legislative framework, it underscores the EU's commitment to ensuring that the development and deployment of AI systems respect fundamental rights, particularly the right to privacy. This analysis examines eight key provisions within the AIA that collectively establish a robust framework for privacy protection and demonstrate how the legislation strongly promotes this fundamental right.

First, the AIA explicitly integrates privacy protections within its foundational principles. It aligns with existing EU data protection laws, such as the General Data Protection Regulation (GDPR) and the ePrivacy Directive, to safeguard the right to privacy and data protection. Recent scholarship emphasizes that the AI Act must also be interpreted in conjunction with the Data Governance Act, the Data Act, and forthcoming instruments such as the European Health Data Space, as their combined operation will shape future compliance landscapes and privacy safeguards within the Union⁵⁹. In addition, scholars note that EU initiatives-including the Coordinated Plan on AI, national strategies from 2018 to 2021, and the Ethics Guidelines for Trustworthy AI-reflect a rapidly evolving regulatory environment addressing privacy, transparency, and

⁵⁸ Ibid., p. 10.

⁵⁹ GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, and Lutz PESCHKE, "Artificial Intelligence and the New Challenges for EU Legislation", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, No. 2022-2, Eylül 2022, pp. 1267-1292.

bias⁶⁰. The Act emphasizes that AI systems must comply with established data protection laws and ensures that they do not infringe on the fundamental rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights⁶¹.

Second, the AIA prohibits AI practices that are inherently harmful to fundamental rights, including privacy. Notably, it bans the untargeted scraping of facial images from the internet or CCTV footage to create or expand facial recognition databases. This practice is recognized as a violation of the right to privacy and contributes to the feeling of mass surveillance. By prohibiting such intrusive practices, the Act reinforces the principle that privacy is a non-negotiable right⁶².

Third, the AIA introduces stringent requirements for handling biometric data, acknowledging its sensitivity and potential for misuse. It mandates that AI systems involving biometric identification or categorization undergo rigorous scrutiny to prevent privacy violations. This provision aims to safeguard individuals from intrusive surveillance practices and ensures compliance with privacy and data protection laws⁶³.

Fourth, the Act incorporates the principles of “data protection by design and default,” requiring developers to prioritize privacy throughout the AI system lifecycle. This includes implementing measures such as data minimization, anonymization, and encryption. Such safeguards ensure that privacy considerations are embedded in every phase of AI development, reducing the risk of data breaches and unauthorized data use⁶⁴. Woodrow Hartzog contends that ‘privacy by design’ must move beyond compliance and embody fundamental constitutional values, suggesting that technical measures should internalize respect for privacy rather than treating it as an afterthought⁶⁵. He also emphasizes that privacy-by-design must be understood not merely as a regulatory requirement but

⁶⁰ PAWELOSZEK, Ilona, Narendra KUMAR, and Umesh SOLANKI, “Artificial Intelligence, Digital Technologies and the Future of Law: Literature Review”, *Futurity Economics & Law*, Y. 2022, V. 2, No. 2, pp. 43-46.

⁶¹ EUROPEAN UNION, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on Harmonised Rules for Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), *Official Journal of the European Union*, L 1689, Y. 2024, pp. 1-144, <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>, A.D. 05.01.2025.

⁶² *Ibid.*, Recital 43, p. 10.

⁶³ *Ibid.*, Recital 38, p. 9.

⁶⁴ *Ibid.*, Recital 69, p. 24.

⁶⁵ HARTZOG, Woodrow, *Privacy’s Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2018, pp.1-18.

as a foundational constitutional safeguard within technological development⁶⁶. In his view, technical compliance alone cannot guarantee substantive privacy protection unless design practices internalize respect for fundamental rights from the outset. Viewed through this lens, while the EU AI Act makes significant progress by embedding data minimization and encryption requirements, concerns persist about the enforceability and operationalization of these protections within diverse AI system architectures.

Fifth, the AIA ensures that privacy is preserved in the context of AI regulatory sandboxes-controlled environments for testing AI systems. The Act stipulates that any personal data processed within these sandboxes must adhere to strict privacy and security requirements, including limitations on data reuse. This provision guarantees that innovation does not come at the expense of individuals' privacy⁶⁷.

Sixth, the AIA establishes guidelines for processing special categories of data in exceptional cases, such as bias detection. It requires the use of advanced privacy-preserving techniques, including pseudonymization and restricted access, to mitigate the risks associated with handling sensitive data. This approach balances the need for fairness in AI systems with the imperative to protect privacy⁶⁸.

Seventh, transparency and accountability are central to the AIA's framework, particularly for high-risk AI systems. Developers and deployers are required to maintain comprehensive documentation to demonstrate compliance with privacy regulations and facilitate oversight. This provision enhances trust by ensuring that privacy protections are both visible and enforceable⁶⁹.

⁶⁶ HARTZOG, *Privacy's Blueprint*, p. 18.

⁶⁷ *Ibid.*, Recital 59, p. 19.

⁶⁸ *Ibid.*, Recital 5, p. 2.

⁶⁹ *Ibid.*, Recital 71, p. 25.

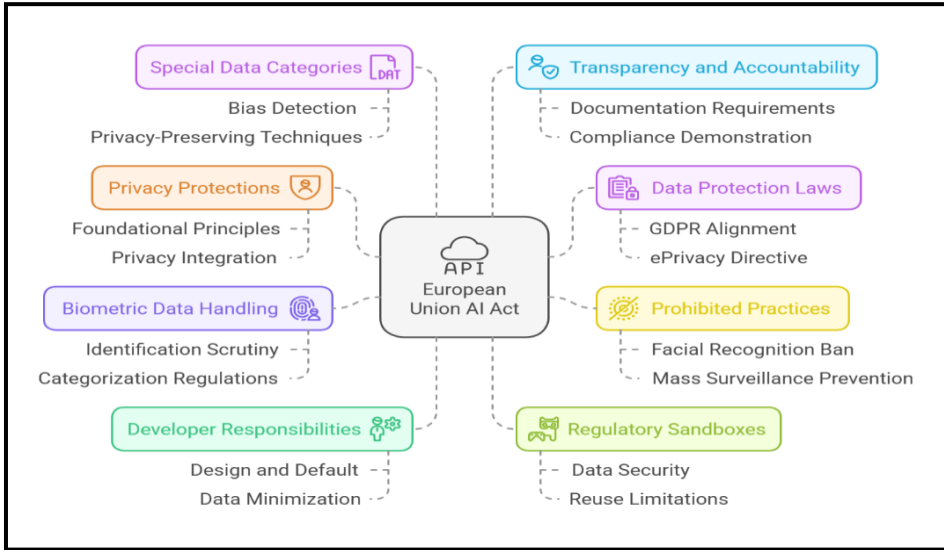


Figure 3. API European Union AI Act. Created by the Author

Finally, the Act explicitly addresses the risks of discriminatory and privacy-invasive outcomes in sensitive contexts such as employment or public services. It underscores the importance of designing AI systems that respect individuals' privacy and autonomy, thereby mitigating the potential for adverse impacts on vulnerable groups⁷⁰.

The European Union Artificial Intelligence Act establishes a comprehensive framework that strongly promotes the right to privacy. By integrating privacy protections into its core principles, prohibiting harmful practices, ensuring rigorous oversight, and embedding privacy-preserving techniques, the Act exemplifies a human-centric approach to AI governance. This legislative framework not only aligns with the EU's foundational values but also serves as a model for international efforts to balance innovation with fundamental rights.

VIII. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES FRAMEWORK

A. OAS Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence

The OAS Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence represent a significant step in establishing a framework that robustly

⁷⁰ Ibid., Recital 57, p. 18.

safeguards the right to privacy in the context of artificial intelligence (AI) governance. By embedding privacy considerations throughout its provisions, the guidelines emphasize its integral role in ethical, transparent, and rights-based data governance. Below, ten key aspects demonstrate how the guidelines strongly promote and defend the right to privacy:

Firstly, the guidelines underscore the importance of updating regulatory frameworks related to data governance, ensuring that these frameworks include robust privacy and personal data protection provisions. By mandating compliance with such standards, the guidelines aim to fortify privacy safeguards in data-driven and AI initiatives⁷¹.

Secondly, the guidelines specifically call for adherence to Inter-American principles regarding personal data protection and privacy. These principles are fundamental to maintaining transparency and ethical data usage, reflecting the commitment of the guidelines to uphold individuals' privacy rights⁷².

Additionally, the guidelines advocate for the establishment of multi-stakeholder verification mechanisms involving civil society, academia, and the private sector. These mechanisms are designed to ensure the effective application of ethical guidelines, particularly concerning privacy safeguards throughout the data lifecycle⁷³.

The guidelines also emphasize the necessity of grievance and redress mechanisms for addressing privacy-related rights violations. These mechanisms provide individuals with avenues for recourse in instances where their privacy may have been compromised due to inadequate data management or misuse of AI systems⁷⁴.

Further reinforcing the protection of privacy, the guidelines integrate ethical and transparency principles into data governance strategies. These principles mandate a rights-based approach that prioritizes privacy considerations, thereby embedding privacy as a cornerstone of AI governance⁷⁵.

⁷¹ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, **Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence**, 2024, p. 5, §1.3, <https://www.oas.org/ext/en/democracy/inter-american-framework-on-data-governance-and-artificial-intelligence-migdia>, A.D. 05.01.2025.

⁷² ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, **Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence**, p. 11, §5.3.

⁷³ Ibid., p. 11, §5.7.

⁷⁴ Ibid., p. 11, §5.8.

⁷⁵ Ibid., p. 11, §5.5.

Another critical provision is the promotion of robust security measures, such as encryption and secure coding practices, to safeguard personal data. These measures are essential to protecting privacy across all stages of data collection, storage, and processing within AI applications⁷⁶.

The guidelines further advocate for the integration of privacy into cybersecurity strategies, ensuring that privacy protections are not only an independent consideration but also a core component of broader security frameworks. This approach aims to address potential threats to personal data from internal and external sources⁷⁷.

In addition to technical safeguards, the guidelines stress the importance of educational initiatives to raise awareness about privacy rights. These initiatives aim to empower public sector actors and citizens with knowledge about personal data protection, ethical technology use, and the associated risks of AI and data governance⁷⁸.

Moreover, while promoting open data policies, the guidelines insist on respecting personal data protection and privacy. They advocate for ensuring that privacy considerations are upheld even as governments pursue transparency and innovation through open data strategies⁷⁹.

The guidelines emphasize the necessity of aligning national frameworks with international privacy standards, such as UNESCO's ethical recommendations on AI. This alignment ensures that privacy protections are consistent with global best practices and frameworks, enhancing the region's ability to safeguard individual privacy rights in a globally interconnected context⁸⁰.

CONCLUSION

This study delves into the intersection of privacy rights and artificial intelligence (AI) governance, revealing the pivotal role that international soft law frameworks play in embedding privacy protections into the lifecycle of AI systems. By examining legislative and policy frameworks across multiple international organizations, this research illuminates the critical importance of harmonizing global privacy standards to address the unique challenges posed by AI technologies.

⁷⁶ Ibid., p. 19, §§12.5, 12.8.

⁷⁷ Ibid., p. 19, §12.1.

⁷⁸ Ibid., p. 10, §4.2.

⁷⁹ Ibid., p. 18, §11.6.

⁸⁰ Ibid., p. 6, §2.1.

The findings underscore that privacy considerations are increasingly woven into AI governance through innovative mechanisms such as privacy-by-design requirements, risk management frameworks, and prohibitions against practices like untargeted data scraping and mass surveillance. The inclusion of robust transparency mandates, safeguards against discriminatory outcomes, and international collaboration efforts represents a major advancement in embedding ethical standards within AI governance initiatives.

The unique contribution of this work lies in its comparative, cross-institutional, and interdisciplinary analysis, bridging legal, technological, and policy dimensions to present a cohesive understanding of how various international organizations address privacy protections in AI governance. By mapping and critically evaluating a range of soft law initiatives, this study offers new knowledge about the emerging global consensus on privacy rights within AI development and deployment. It highlights the convergence of human-centric principles such as transparency, accountability, fairness, and ethical AI practices across diverse frameworks, while also identifying gaps that remain in enforcement and practical realization.

Furthermore, this research demonstrates the adaptability and normative relevance of soft law instruments in rapidly evolving technological contexts, adding depth to ongoing discussions on AI ethics, international governance, and human rights protection. By emphasizing the need to align technological innovation with human dignity and autonomy, it sets a foundation for future explorations into the strengthening of privacy safeguards in the digital era.

For an international readership, the findings hold significant implications. Policymakers are provided with actionable insights into best practices for harmonizing AI privacy standards across jurisdictions. Scholars and practitioners gain a foundational understanding of how soft law frameworks can be leveraged to mitigate privacy risks while fostering innovation. Stakeholders from diverse regions benefit from the emphasis on inclusivity, ethical considerations, and multi-stakeholder collaboration, ensuring that the right to privacy remains a universal safeguard amid technological progress.

In conclusion, this research not only advances the discourse on privacy and AI governance but also serves as a call to action for sustained international cooperation. As AI technologies continue to reshape societal structures, embedding privacy as a cornerstone of governance is essential to ensure that innovation aligns with humanity's shared values, securing the fundamental rights and dignity of individuals worldwide.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

BIBLIOGRAPHY

AUSTRALIAN PRIVACY CHARTER COUNCIL, **The Australian Privacy Charter**, AustLII, 1995. <https://www.austlii.edu.au>, A.D. 10.01.2025.

COUNCIL OF EUROPE, **Draft Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law**, Y. 2023, <https://rm.coe.int/cai-2023-28-draft-framework-convention/1680ade043>, A.D. 05.01.2025.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, **“Rights of Privacy”**, Britannica.com. (Online), <https://www.britannica.com/topic/rights-of-privacy>, A.D. 20.01.2025.

EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, **“Article 8”**, Council of Europe, Y. 1950 (Online), <https://www.echr.coe.int>, A.D. 20.01.2025.

EUROPEAN UNION, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on Harmonised Rules for Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), **Official Journal of the European Union**, L 1689, Y.2024, pp. 1-144. <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>, A.D. 05.01.2025.

FLORIDI, Luciano, “Soft Ethics and the Governance of Artificial Intelligence”, **Philosophy & Technology**, Y. 2018, V. 31, pp. 1-8.

GAVISON, Ruth, “Privacy and the Limits of Law”, **The Yale Law Journal**, Y. 1980, V. 89(3), pp. 421-471.

GILANI, Syed Raza Shah, Ali Mohammed ALMATROOSHI, and Ali Fayyaz AWAN, “An In-Depth Analysis of the Human Rights Act of 1998 and the Bill of Human Rights UK, Examining the Advantages and Disadvantages”, **Current Trends in Law and Society**, Y. 2024, V. 4, No. 1, pp. 121-129.

GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, and Lutz PESCHKE, “Artificial Intelligence and the New Challenges for EU Legislation”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı**, No. 2022/2, V. Eylül 2022, pp. 1267-1292.

HARTZOG, Woodrow, **Privacy’s Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies**, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2018, pp. 1-18.

HAYES, Paul, Ibo VAN DE POEL, and Marc STEEN, “Algorithms and Values in Justice and Security”, **AI & Society**, Y. 2020, V. 35, No. 3, pp. 533-555.

NISSENBAUM, Helen, **Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life**, Stanford University Press, Stanford, CA, 2010, pp. 67-103.

NYU LAW GLOBAL, “**Right to Privacy: An International Perspective**”, (Online), https://www.nyulawglobal.org/globalex/right_to_privacy_international_perspective.html, A.D. 20.01.2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), **Initial Policy Considerations for Generative Artificial Intelligence (OECD Artificial Intelligence Papers)**, Y. 2023, https://www.oecd.org/en/publications/initial-policy-considerations-for-generative-artificial-intelligence_fae2d1e6-en.html, A.D. 05.01.2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Principles on Artificial Intelligence**, OECD Publishing, Paris, Y. 2019, <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/ai-principles.html>, A.D. 05.08.2025.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, **Inter-American Guidelines on Data Governance and Artificial Intelligence**, Y. 2024, <https://www.oas.org/ext/en/democracy/inter-american-framework-on-data-governance-and-artificial-intelligence-migdia>, A.D. 05.01.2025.

PAWELOSZEK, Ilona, Narendra KUMAR, and Umesh SOLANKI, “Artificial Intelligence, Digital Technologies and the Future of Law: Literature Review”, **Futurity Economics & Law**, Y. 2022, V. 2, No. 2, pp. 43-46.

PROSSER, William L. “Privacy”, **California Law Review**, Y. 1960, V. 48(3), pp. 383-423.

SOLOVE, Daniel J, **Understanding Privacy**, 2nd ed. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2021, pp. 13-39.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Seizing the Opportunities of Safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence Systems for Sustainable Development (A/78/L.49)**. 2024, <https://undocs.org>, A.D. 25.12.2024.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **UNGA Resolution 79/243: United Nations Convention against Cybercrime; Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by Means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes**. 2024, <https://undocs.org/en/A/RES/79/243>, A.D. 10.01.2025.

UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GROUP, **The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding among UN Agencies**, Y. 2003, <https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un>, A.D. 18.12.2024.

UNITED NATIONS, **Global Digital Compact**, United Nations General Assembly, Y. 2024, <https://www.un.org/techenvoy/global-digital-compact>, A.D. 17.12.2024.

- WACHTER, Sandra, Brent MITTELSTADT, and Luciano FLORIDI, “Transparent, Explainable, and Accountable AI for Robotics”, **Science Robotics**, Y. 2017, V. 2, No. 6, eaan6080. <https://doi.org/10.1126/scirobotics.aan6080>, A.D. 05.08.2025.
- WACHTER, Sandra, “Normative Challenges of Identification in the Internet of Things: Privacy, Profiling, Discrimination, and the GDPR”, **Computer Law & Security Review**, Y. 2018, V. 34, No. 3, pp. 436-449.
- WARREN, Samuel D., and Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, Y. 1890, V. 4, No. 5, pp. 193-220.
- WESTIN, Alan F, **Privacy and Freedom**, Atheneum Press, New York, 1967, pp. 52-63.
- ZUBOFF, Shoshana, **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**, Public Affairs, New York, 2019, pp. 233-254.

İslam Hukukunda Dâr/Ülke Kavramının Tarihsel Gelişimi: Dârüislâm ve Dârülharb Ayırımı Üzerine Eleştirel Bir İnceleme^(*)

The Historical Development of the Concept of Dâr in Islamic Law:
A Critical Examination of the Dâr al-Islâm and Dâr al-Harb
Distinction

Cemal KALKAN^(**)

Öz:

Bu çalışma, klasik İslam hukuk doktrinde yer alan dârüislâm ile dârülharb/dârülküfür ayrımının dönemin toplumsal şartları çerçevesinde şekillendiğini ileri süren yaklaşımları merkeze almaktadır. Söz konusu kavramların tarihsel bağlamdan soyutlanarak mutlak ve değişmez hükümler şeklinde ele alınmasının ise metodolojik sorunlara neden olabileceğini savunmaktadır. Dârüislâm, İslam hukuk düzeninin uygulandığı ve müslümanların güven içinde bulundukları bölgeler olarak tanımlanırken dârülharb ise hukuk sistemi gayriislami olup İslam'ın siyasi hakimiyeti dışında kalan yerler şeklinde tarif edilmektedir. Bu iki kavramın tanımında fakihlerin farklı kriterlere dayanan yorumları karşılaştırılmakta ve bu tasniflerin tarihsel bağlamlarına dikkat çekilmektedir. Özellikle Ebu Hanife'nin (ö. 150/767) dârüislâmın dârülharbe dönüşmesi için ileri sürdüğü üç temel şartın modern dönemde nasıl anlamlandırılabilirliği tartışılmaktadır. Bazı Hanefî ve Malikî fakihler, bir belde İslamî şiarların devam etmesi hâlinde o yerin dârüislâm niteliğini koruyacağı görüşündedir. Bu kapsamda çalışmamız dârüislâmın dârülharbe dönüşümüne dair kapsamlı ve sistematik bir yaklaşım sunarak güncel tartışmalara katkı sağlamayı hedeflemektedir. Böylece Abdulvehab Hallâf (ö. 1957), Abdülkerim Zeydân (ö. 2014), Muhammed Ebû Zehre (ö. 1974) ve Yûsuf Karadâvî (ö. 2022), gibi çağdaş İslam hukukçularının klasik tasniflere yönelik eleştirileri ve barış odaklı alternatif yorumları ayrıntılı biçimde değerlendirilmektedir. Elde edilen bulgular, dârüislâm ve dârülharb kavramlarının mutlak ve değişmez kategoriler olarak değil, tarihsel bağlamda şekillenmiş içtihadî yaklaşımlar olarak

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.05.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 17.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1707917

Bu makaleye atf için; KALKAN, Cemal, "İslam Hukukunda Dâr/Ülke Kavramının Tarihsel Gelişimi: Dârüislâm ve Dârülharb Ayırımı Üzerine Eleştirel Bir İnceleme", **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1025-1051

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: kalkancemal@gmail.com
Orcid: 0000-0002-0616-5303

değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca çağdaş literatürde dârüssulh kavramının bağımsız bir hukuki statü olarak kabul edilmesinin, kavramsal belirsizliklere ve metodolojik tutarsızlıklara yol açabileceği ileri sürülmektedir. Klasik fıkıh kaynaklarında ise bu kavramın çoğunlukla dârülharbın özel bir alt kategorisi olarak değerlendirildiği vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

İslam Hukuku, Dâr, Dârülislâm, Dârülharb, Dârüssulh.

Abstract:

This study focuses on the approaches that argue the distinction between Dâr al-Islâm and Dâr al-Ḥarb/Dâr al-Kufr, found in classical Islamic legal doctrine, was shaped by the sociocultural conditions of the time. It contends that treating these concepts as absolute and immutable rules, detached from their historical context, leads to methodological problems. Dâr al-Islâm is defined as regions where the Islamic legal system is implemented and Muslims live in security, whereas Dâr al-Ḥarb refers to territories where the legal system is non-Islamic and which fall outside the political authority of Islam. The study compares the various definitions of these concepts among classical jurists and emphasizes their historical context. In particular, it examines how Abū Ḥanîfa's (d. 150/767) three conditions for a Dâr al-Islâm to be reclassified as Dâr al-Ḥarb can be interpreted in the modern era. Some Ḥanafî and Mâlikî scholars argue that the continuation of Islamic symbols and practices in a region preserves its Dâr al-Islâm status. In this regard, the study offers a comprehensive and systematic framework for understanding the transformation of Dâr al-Islâm into Dâr al-Ḥarb, contributing to contemporary discussions. It also evaluates in detail the critiques and peace-oriented reinterpretations proposed by contemporary Islamic legal scholars such as Abd al-Wahhâb Khallâf (d. 1957), Abd al-Karîm Zaydân (d. 2014), Muḥammad Abū Zahra (d. 1974), and Yûsuf al-Qaraḏâwî (d. 2022). The findings suggest that the concepts of Dâr al-Islâm and Dâr al-Ḥarb should be understood not as fixed categories but as ijtihâd-based interpretations shaped by their historical context. Moreover, it is argued that recognizing Dâr al-Ṣulḥ as an independent legal category in contemporary literature may lead to conceptual ambiguities and methodological inconsistencies. Classical legal sources, by contrast, mostly treat it as a specific subcategory of Dâr al-Ḥarb.

Keywords:

Islamic Law, Dâr, Dâr al-Islâm, Dâr al-Ḥarb, Dâr al-Ṣulḥ.

Extended Summary:

This study examines the historical background of the classification of the world shaped around the concept of dâr (territory/country) in Islamic law, as well as the necessity of reinterpreting this classification in the context of the modern world. The concepts of dâr al-Islâm and dâr al-ḥarb found in classical Islamic jurisprudence were systematically defined through various criteria, with differences among legal schools. However in the modern period, the transplantation of these conceptual distinctions into contemporary settings without regard for their historical context has led to significant theoretical and practical debates. Consequently these terms should not be treated as fixed and universal categories but rather as interpretive structures shaped by the socio-political conditions of their time.

In this context the Medina period -the initial institutionalization of the Islamic community-forms the foundation of the Islamic conception of the state. During the Meccan period, Muslims were a politically powerless minority, but after the Hijra to Medina, they began to build an independent community. Under the leadership of the Prophet Muhammad, the brotherhood established between the Muhājirûn and the Enşâr not only strengthened social solidarity but also laid the groundwork for political unity. As a result, an Islamic state was formed in Medina, representing both political authority and a legal order.

To speak of the existence of a state, three fundamental components must coexist: territory, population, and sovereignty. Among these, “territory” refers to a defined geographical area over which the state exercises authority. Thus, the concept of dâr in classical jurisprudence is not only theoretical but also directly linked to the practical reality of state formation. A community’s ability to organize politically depends on the presence of these three components coming together.

Throughout history societies have classified the world according to their own value systems. In the Middle Ages, Christian clerics divided the international community into two primary categories: the “Christian World” and the “pagan world”. Over time these classifications evolved into distinctions such as East-West, ally-enemy, or developed-developing countries. Although the forms of classification have changed, they have mostly been shaped by power dynamics rather than universal values like justice or peace. This trend continues in the modern international legal system.

Similarly in classical Islamic jurisprudence, scholars divided the world into two major regions: dâr al-İslâm and dâr al-harb. Contemporary Islamic legal scholars have noted that this binary classification is not based directly on scriptural sources but rather shaped by the conditions of its time. Some scholars, however have expanded this binary framework by introducing additional categories such as dâr al-ahd or dâr al-şulh, turning the twofold classification into a tripartite one. In our view, these additional classifications represent subcategories or special cases within the broader concept of dâr al-harb/dâr al-kufr. When the specific historical conditions underlying these terms no longer exist, the relevance of such classifications also diminishes.

A similar structure can be observed in classical Islamic legal literature. The social and political conditions of the time led jurists to approach international relations from a war-centered perspective. The constant threat experienced by early Muslim communities prioritized security and political authority, which in turn laid the foundation for the binary classification of dâr al-İslâm and dâr al-harb. This dichotomy, developed during the second Islamic century, was not merely a product of jurisprudential reasoning but also emerged from specific social and political necessities. As such, applying these concepts directly to contemporary international relations without considering their historical background can result in methodological complications.

Within this framework, Abū Hanîfâ is known to have proposed three conditions for a region to be reclassified from dâr al-İslâm to dâr al-harb. One of these conditions is the complete replacement of the Islamic legal system with a non-Muslim legal framework. However, classical jurists did not regard such a transformation as being limited to the shift in political authority; rather, they understood it as a multidimensional process in which Islamic rulings were no longer practically enforced. Indicators such as the continued freedom of Muslims to perform religious rites, the persistence of Islamic norms in family law, and the visibility of Islamic symbols were considered sufficient for maintaining the status of dâr al-İslâm.

This traditional approach has been largely upheld by contemporary jurists. Scholars like Yûsuf al-Qarağâwî and Ahmet Yaman emphasize the importance of making the loss of dâr al-İslâm status as difficult as possible. They advocate for assessments that consider not only political authority but also social indicators. This perspective underscores the holistic and community-oriented nature of Islamic law beyond mere state governance.

On the other hand, Faysal Mawlawî offers a more flexible interpretation by defining dâr al-İslâm based on demographic composition rather than legal implementation. According to Mawlawî, even if political leaders are not fully committed to Islamic principles or occasionally implement anti-Islamic policies, a country should still be considered dâr al-İslâm if the majority of its population is Muslim. This view highlights the need to revisit classical definitions in light of modern socio-political realities.

In conclusion, the concepts of dâr al-İslâm and dâr al-harb should not be directly transplanted into the modern context without critical reassessment. These classifications, rooted in historical and socio-political contexts, reflect a dynamic process of juristic interpretation rather than fixed and

immutable doctrines. Treating such terms as absolute legal rulings leads to methodological rigidity and neglects the historical evolution of Islamic law. A comprehensive and context-aware approach will not only align with the fundamental principles of Islamic jurisprudence but also offer more functional solutions to the legal and social challenges faced in today's world.

GİRİŞ

Müslümanların Mekke’de güçsüz bir konumda bulunmaları, bağımsız bir siyasi otorite kurmalarına imkân vermemiştir. Ancak Medine’ye hicretle birlikte, Müslüman toplum oluşturma çabaları yeni bir evreye girmiş ve bu çaba bağımsız siyasi bir yapıya dönüşmüştür. Hz. Peygamber, Medine’ye ulaştığında öncelikle muhacirlerle ensâr arasında kardeşlik bağıni tesis etmiş, böylece toplumsal dayanışmayı esas alan bir İslâmî toplumun temellerini atmıştır. Bu bilinçli ve planlı sürecin devamında ise Medine’de İslam toplumunun siyasi bir organizasyon şeklinde kurumsallaştığı bir devlet yapısı oluşturulmuştur¹.

Devletin varlığından söz edebilmek için üç temel unsur gereklidir. Bu zorunlu unsurlar; ülke, toplum ve egemenlikten oluşmaktadır. Ülke, devletin o yerin üstünde ve altında yetkilerini kullandığı, devleti oluşturan insan topluluğunun üzerinde yerleştiği, sınırları belirli yeryüzü parçasıdır². Bir devletin varlığından söz edebilmek için ülkenin bulunması şarttır. Çünkü bir toplumun siyasi anlamda bir araya gelip devlet kurabilmesi ancak belirli bir toprak parçasında yerleşik olmasıyla mümkündür.

Bu araştırma, İslam hukukundaki dâr/ülke kavramı çerçevesinde şekillenen dünya tasnifinin tarihsel arka planını ve günümüz açısından yeniden yorumlanma gerekliliğini ele almaktadır. Klasik fıkıh literatüründe dârülslâm ve dârülharb kavramları sistematik bir yaklaşımla geliştirilmiş ve mezhepler arası çeşitli ölçütlerle farklı şekillerde tanımlanmıştır. Modern dönemde bu klasik tasnife yöneltilen eleştiriler, bahse konu kavramların tarihsel bağlamdan koparılarak günümüze taşınmasının ciddi sorunlara yol açabileceğini göstermektedir. Bu çerçevede Abdulvehhab Hallâf (ö. 1957) *es-Siyasetü’ş-şeriyye* adlı eserinde barışın İslam’da asıl, savaşın ise istisna olduğunu vurgularken bu yaklaşımı dârülharb tanımına da yansıtmış ve uluslararası hukuk sistemiyle uyumlu bir yorum geliştirmiştir³. Abdülkerim Zeydân (ö. 2014), *Ahkâmu’z-zimmiyyîn ve’l-müste’menîn* adlı çalışmasında dârülslâmın dârülharbe dönüşmesi için sıkı şartlar öne süren görüşleri tercih etmekte ve bu bağlamda Hanefî fakihlerin görüşlerini, dayandıkları deliller açısından daha güçlü bulmaktadır. Dolayısıyla İslami şiarlar ve özel hukuk hükümleri varlığını sürdürdükçe bazı Müslüman ülkeler, yabancı hâkimiyet altında olsa bile dârülslâm sayılmalıdır⁴.

¹ TÜRÇAN, Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2001, s. 44.

² TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 51.

³ HALLÂF, Abdulvehhab, *es-Siyâsetü’ş-şeriyye*, Kahire, 1350, s. 74-75.

⁴ ZEYDÂN, Abdülkerim, *Ahkâmu’z-Zimmiyyîn ve’l-Müste’menîn*, Mektebetü’r-Risâle, 1982, s. 21.

Dârüislâm-dârülharb ayrımının dönemin toplumsal koşullarının bir ürünü olduğunu belirten Muhammed Ebû Zehre'ye (ö. 1974) göre bu tasnif, naslarda açık bir şekilde yer almamakta; daha ziyade hicrî ikinci asır fakihlerinin, yaşadıkları dönemin şartlarına bağlı olarak geliştirdikleri içtihadî bir yaklaşımı yansıtmaktadır⁵. Bu görüşe paralel bir bakış açısı geliştiren Yûsuf Karadâvî (ö. 2022), hem *Fıkhu'l-cihâd* hem de *Fıkhu'l-ekalliyât* adlı çalışmalarında dünya tasnifini ayrıntılı olarak incelemekte ve klasik dönem fakihlerinin içtihatlarının hem naslara hem de dönemsel ihtiyaçlara dayandığını kabul etmekle birlikte günümüzün diplomasiye dayalı barış odaklı uluslararası sisteminde, birçok ülkenin hâlen *dârülharb* olarak kabul edilmesinin hukuken isabetli olmadığını savunmaktadır⁶.

Taha Cabir el-Alvânî (ö. 2016), *Makâsidü'ş-şerîa* adlı çalışmasında dâr ayrımının tarihsel bir gerçekliğe dayandığını kabul etmekle birlikte, modern dünyada bu tasnifin artık geçerliliğini yitirdiğini savunmaktadır. Alvânî, İslam'ın evrenselliğini ifade eden *âlemîyyetü'l-İslâm* anlayışından hareketle *dâru'lvâhide* kavramını geliştirir ve dünya üzerinde müslümanların yaşadığı tüm coğrafyaların potansiyel ya da fiilî birer dârüislâm olarak değerlendirir⁷.

Faysal Mevlevî (ö. 2011), *el-Üsüs eş-şeri'yye li'l-alâkât beyne'l-müslimîn ve gayri'l-müslimîn* ve *el-Müslimü Muvâtinen fi Avrupa* adlı çalışmaları ülke ayrımına temas etmektedir. Klasik fıkıh geleneğinde yer alan dünya tasnifinin değişime açık olduğunu kabul etmekle birlikte İslâm ülkeleri ile diğer ülkeler arasında bir ayrım yapılmasının gerekli olduğunu savunur⁸. Yasir Lütî el-Alî'nin "el-Coğrafya'l-fikhiyye li'l-âlem min sûreti'târih ilâ sûreti'l-vâkı'l-muâsır" başlıklı makalesi, dârülharb ve dârüislâm kavramlarının belirli bir dönemin ihtiyaçlarına göre oluşmuş içtihatlar olduğunu dolayısıyla bağlamdan bağımsız olarak ele alınamayacağını ileri sürmektedir. Yazar, Batı'nın İslam dünyasına yönelik algı ve söylemlerini eleştirerek İslam'ın şiddetle özdeşleştirilmesinin sebeplerini sorgulamakta ve bu algının oluşmasında yalnızca oryantalist literatürün değil, aynı zamanda Müslüman düşünürlerin payı olduğunu vurgulamaktadır⁹.

⁵ ZÜHAYLÎ, Vehbe, *Âsârü'l harb fi'l-fıkhu'l-İslâmî*, Dımaşk: Dâru'l-Fıkr, 1998, s. 192-196.

⁶ KARADAVÎ, Yusuf, *Fıkhu'l-cihâd*, Kahire: Mektebetu vehbe, 2009, c. 2, s. 870-874, 895, 899.

⁷ ALVÂNÎ, Taha Cabir, *Kadâya İslâmîyye muâsıra Makâsidü'ş-şerîa*, Lübnan: Dâru'l-hâdî, 2001, s. 56-58.

⁸ MEVLEVÎ, Faysal, *el-Müslimü Muvâtinen fi Avrupa*, Kahire: el-İttihadü'l-âlemî li'l-Ulemâi'l-müslimîn, 2008, s. 10-32, 64-83.

⁹ ALÎ, Yasir Lütî, "el-Coğrafya'l-fikhiyye li'l-âlem min sûreti'târih ilâ sûreti'l-vâkı'l-muâsır", *el-Ma'hedü'l-âlemî li'fikri'l-İslâmî* 12/45 (2006), s. 95-124.

Ülkemizde ise konuyla ilgili yapılan ilk sistematik çalışmalardan biri Ahmet Özel'in *Dârüislâm Dârülharb: İslâm Hukukunda Ülke Kavramı* adlı eseridir. Bu çalışma, bahse konu kavramların tarihsel kökenlerine ve gelişim sürecine ışık tutarak önemli bir boşluğu doldurur¹⁰. Benzer şekilde Ahmet Yaman da *İslam Devletler Hukuku: Uluslararası İlişkiler* adlı eserinde, klasik fıkıh geleneğinde devletlerarası ilişkilerin genellikle savaş temelli değerlendirildiğini, ancak bu yaklaşımın tarihsel şartların etkisiyle şekillendiğini belirtir. Yaman, tarihî tecrübeler ve nasların bütüncül değerlendirilmesiyle uluslararası camianın İslam hukuku açısından daha işlevsel bir tasnif yapılmasını önermektedir¹¹. Talip Türcan ise klasik tasniflerin tarihsel bağlamından koparılmasının hukuki sorunlara yol açabileceğini vurgulayarak İslam hukukunun değişen uluslararası düzene uygun şekilde yeniden yorumlanması gerektiğini belirtir. Ona göre barış veya savaş temelli olsun, uluslararası ilişkilerde temel alınması gereken ilke adalet olmalı ve bu ilişkiler bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almalıdır¹².

Bu bağlamda Sarah Albrecht'in *Dâr al-Islâm Revisited: Territoriality in Contemporary Islamic Legal Discourse on Muslims in the West* adlı eseri, klasik kavramların çağdaş Müslüman düşünürler tarafından yeniden nasıl yorumlandığını detaylı biçimde ele alır. Özellikle kavramların uygulamadaki yansımalarını da ele alması, çalışmasını teorik düzeyin ötesine taşıyan önemli bir katkı niteliğindedir¹³. Konuyla ilgilenen bir başka araştırmacı İyad Zahalka ise *Shari'a in the Modern Era: Muslim Minority Jurisprudence* adlı eserinde, klasik İslam hukukunun dârüislâm ve dârülharb tasnifinin günümüz çok hukuklu toplum yapıları içinde yetersiz kaldığını vurgulamaktadır¹⁴.

Bütün bu değerlendirmeler etrafında oluşan düşünceler ve mevcut literatür, klasik dönemde geliştirilen dünya tasniflerinin zenginliğini ortaya koymakla birlikte modern dönemde evrensel hukuk anlayışına dayalı yeni yaklaşımların

¹⁰ ÖZEL, Ahmet, *Dârüislâm Dârülharb İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, İstanbul: İz Yayıncılık, ts. Ayrıca bkz. ARANGÜL, Muammer, "Gayrimüslim Hâkimiyeti Altında Yaşamının Fikihî Açısından İmkânı Üzerine". *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16/32 (Aralık 2017), s. 433-461; ARANGÜL, Muammer, "Fıkıh Literatüründe Klasik Ülke Terminolojisi ve Güncel Değeri", *Şirnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8/17 (Ağustos 2017), s. 7-34.

¹¹ YAMAN, Ahmet, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, Ankara: Fecr Yayınları, 2020.

¹² TÜRCAN, Talip, "İslam Hukukunun Klasik ve Çağdaş Doktrinlerinde Cihad", *İslam Kaynaklarında, Geleneğinde ve Günümüzde Cihad*, İstanbul: Kuramer, 2016, s. 308.

¹³ ALBRECHT, Sarah, *Dâr al-Islam Revisited Territoriality in Contemporary Islamic Legal Discourse on Muslims in the West*, Boston: BRILL, 2018.

¹⁴ ZAHALKA, İyad, *Shari'a in the Modern Era: Muslim Minority Jurisprudence*, çev. Stadler Ohad - Sibony Cecilia, United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.

geliştirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda çalışmamız, klasik fıkıh doktrininde var olan tasnifleri bir tür doktrinel mutlakiyetle değil, tarihsel şartların bir ürünü olarak ele alınması gerektiğini savunan yaklaşımları merkeze almaktadır. Ayrıca dârülislâmın dârülharbe dönüşümüne dair kapsamlı ve sistematik bir perspektif sunarak güncel tartışmalara katkı sağlamayı hedeflemektedir.

I. İSLAM HUKUK LİTERATÜRÜNDE DÂR KAVRAMI

İslam hukukunda ülke kavramını ifade etmek üzere kullanılan “dâr” kelimesi sözlükte “etrafı duvarla çevrili yer, belde, dünya, bina, arazi, insanların yaşadığı mahal” gibi anlamlara gelmektedir¹⁵. Terim olarak ise “dâr”, bir devletin egemenlik sahasını ifade eder ve bir coğrafyanın ülke statüsü kazanabilmesi için, üzerinde fiili bir otoritenin bulunması yeterli kabul edilir. Hanefî fakihlerinden İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) bu durumu şu şekilde tanımlar¹⁶: “İster müslümanların ister gayrimüslimlerin idaresinde olsun, bir yöneticinin fiili egemenliği altındaki bölge, ülke (dâr) olarak kabul edilir¹⁷”. Bu yaklaşım ülke kavramının siyasi hâkimiyet temelinde şekillendiğini göstermektedir.

Dârülislâm kavramı, Hz. Peygamber’in Medine’ye hicreti sonrası ortaya çıkmış ve Medine İslâm devletinin merkezi olmuştur¹⁸. Hadislerde *dârü’l-hicre* veya *dârü’l-muhâcirîn* olarak anılan bu şehir, İslâm tarihindeki ilk dârülislâm olarak kabul edilir. Kur’an-ı Kerim’de Medine’nin Müslümanlar için bir yerleşim yeri ve vatan olarak kabul edilmesinin altı çizilmekte ancak ülke kavramına dair terimsel bir tanım bulunmamaktadır¹⁹. Bununla birlikte İslam hukukunun temel kaynaklarından ikincisini oluşturan sünnet, hukuki anlamda ülke hakkında açık bilgiler sunmaktadır. Örneğin Müslümanların Yesrib’e (Medine) hicret etmeleri, fiilen bir yerleşim bölgesine kavuşmalarını sağlamış ve böylece Yesrib ve çevresi yeni devletin toprağı/ülke unsuru olarak işlev görmüştür. Medine’deki Müslüman ve gayrimüslim toplumların uzlaşarak gerçekleştirdiği ve bazı yazarlarca ilk anayasa kabul edilen Medine Vesikası’nda ise oluşturulan devletin ülke unsuru, sınırlarıyla birlikte tasvir edilmiştir. Vesikada yer alan

¹⁵ İSFEHÂNÎ, Râğıb, *Müfredâtü elfâzı’l-Kur’an*, thk. Safvan Adnan Davûdî, Dimeşk: Dârü’l-kalem, 2011, s. 321.

¹⁶ İBN ABİDİN, *Hâşiyetü redd’il-muhtâr alâ dürrü’l-muhtâr*, thk. Mustafa el-Halebî, Beyrut: Daru’l-fikir, 1966, c. 4s. 166; YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 94.

¹⁷ *الرَّادُّ بِالْأَمْرِ الْمَخْتَصِّ بِقَهْرٍ مَلِكٍ إِسْلَامٍ أَوْ كُفْرٍ*

¹⁸ KARADAVÎ, *Fıkhu’l-cihâd*, c. 2, s. 866.

¹⁹ TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 55.

“Bu sahifenin gösterdiği kimseler için Yesrib vadisi haram (bir bölge) dir²⁰” ifadeleri, bu sınırları gösterir niteliktedir. Ayrıca Hz. Peygamber’in Ka’b b. Malik’e Medine’nin sınırlarını belirlemek için hudut taşları diktirmesi ve bu bölgeyi haram ilan etmesi, İslam’da ülke bilincinin daha hicretin başında ortaya çıktığını göstermektedir. Medine’ye hicretten kısa bir süre sonra devletin kuruluş aşamasında gerçekleştirilen ülke sınırlarının belirlenmesine yönelik bu faaliyet bir ülke bilincinin oluştuğuna dair önemli bir kanıt sunmaktadır²¹.

Klasik fıkıh literatüründe fakihler dünyayı dârüİslâm ve dârülharb/dârülküfür olmak üzere iki ana bölgeye ayırmışlardır²². Günümüz İslam hukukçuları, söz konusu ikili tasnifin doğrudan naslara dayanmadığını, daha çok dönemin şartlarından kaynaklandığını ifade etmişlerdir²³. Ancak çağdaş İslam hukukçularından Yusuf Karadâvî, fakihlerin sadece dönemsel şartları değil, aynı zamanda nasları da dikkate aldıklarını savunur. Bu bağlamda çeşitli naslara atıfta bulunarak fakihlerin görüşlerinin dayanağını ortaya koyar²⁴. Ancak bazı fakihler bu ikili tasnife *dârülahd/dârüssulh/darülmuvâda’a/darülmuhâdene* gibi ayrı bir kategori eklemişler ve böylece bu ikili ayrım üçlü bir tasnife dönüşmüştür²⁵. Kanaatimizce bu ilave tasnifler dârülküfür/dârülharbın bir alt türü veya özel bir durumunu yansıtmaktadır. Zira ilgili şartların ortadan kalkmasıyla birlikte bu tanımlamalar da geçerliliğini yitirmektedir. Öte yandan bazı araştırmacılar, fakihlerin dârülküfürü; dârülharb ve dârülahd olmak üzere ikiye ayırdığını ifade etmiştir²⁶. Böylece dârülharb, dârüİslâmı savaşı hâlinde olan ya da ona karşı savaş hazırlığı içinde bulunan bir ülkeyken dârülahd ise kendileriyle sulh anlaşması yapılmış ülkedir²⁷.

²⁰ HAMÎDULLAH, Muhammed, *İslam Anayasa Hukuku*, ed. Vecdi Akyüz, İstanbul: Beyan, ts, s. 109, Mad. 39; TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 55; MEVLEVÎ, *el-Müslimü Muvâtınen fi Avrupa*, s. 36.

²¹ TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 56.

²² HALVÂNÎ, Şemsü’l-eimme, *Mebûsât*, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Süleymaniye Kütüphanesi, Aya-sofya koleksiyonunda Demirbaş no: 1381, 318b; ZÜHAYLÎ, *Âsârü’l harb fi’l-fıkhu’l-İslâmî*, s. 193; YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 103; TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 59.

²³ ZÜHAYLÎ, *Âsârü’l harb fi’l-fıkhu’l-İslâmî*, s. 192-194; TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 62.

²⁴ KARADAVÎ, *Fıkhu’l-cihâd*, c. 2, s. 870-874.

²⁵ KARADAVÎ, *Fıkhu’l-cihâd*, c. 2, s. 867.

²⁶ ZAHALKA, *Shari’a in the Modern Era: Muslim Minority Jurisprudence*, s. 29.

²⁷ Süleyman TUBULİYAK, *el-Ahkâm es-siyâsiyye li’l-ekalliyyâtü’l-Müslime fi’l-fıkhi’l-İslâmî*, Dâru’n-nefâis, 1997, s. 15-24.

A. Dârüislâm Kavramı

İslam hukukçuları arasında dârüislâm tanımının oluşturulmasında belli bir ölçüde birlik olduğu görülse de bazılarının bir şarta veya hükme diğerinden daha fazla odaklandığı anlaşılmaktadır. Bunun sebebi, kastedilen anlamı açıkça tanımlayan ve ayırım noktalarını ortaya koyan bir nassın bulunmamasıdır. İslam hukukçuları, genelde hâkim hukuk düzeni esasından hareketle ülkeyi tarif etmişlerdir. Buna göre fıkıh literatüründe dârüislâm, “Müslümanların eli altında hakimiyeti dairesinde bulunan yer²⁸”, “İslam ahkâmının zahir olduğu yer²⁹” olarak ifade edilmektedir. Şemsü'l-eimme es-Serahsî'nin (ö. 483/1090), ifadesiyle dârüislâm tanımı şöyledir: “Dârüislâm, Müslümanların idare ve hakimiyeti altındaki yerdir. Bunun göstergesi de müslümanların o bölgede emniyet içinde yaşamalarıdır³⁰”.

Bir ülkenin dârüislâm sayılabilmesi için İslam hukuk düzeni (Ahkâmü'l-İslam) uygulanması yeterli görülmektedir. Söz konusu ülkede yaşayan nüfusun müslüman veya gayrimüslim olması ya da sayıca fazla veya az bulunması dikkate alınmamaktadır³¹. Nitekim çağdaş İslam hukukçularından Hallâf'ın (ö. 1957) dârüislâm tanımı bu duruma işaret etmektedir: Dârüislâm'da yaşayan halk ister müslüman olsun ister gayrimüslim olsun canları ve malları güvence altındadır. Müslümanlar iman etmelerinden dolayı korunurlarken gayrimüslimler müslümanlarla olan ahitlerinden dolayı korunurlar³².

Dârüislâm, bazen dâruladl olarak da adlandırılmaktadır³³. Çünkü burada adaletle hükmetmek bir zorunluluktur. Dâruladl'ın karşısında ise *dârulbağy* terimi kullanılmaktadır³⁴. Bu kavram, Müslüman bir topluluğun, geçerli bir deli-

²⁸ SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, **el-Mebsût**, Beyrut: Dâru'l-mârifet, 1989, c. 10, s. 114; BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukukî İslamiyye ve Istilahatı fıkhiyye Kamusu**, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ts, c. 3, s. 369. Ayrıca bkz.

²⁹ KÂSÂNÎ, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, **Bedâ'i'u's-sanâ'î fî tertîbi's-şerâ'î**, thk. Muhammed Muavvad, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 2019, c. 9, s. 513.

³⁰ SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Ahmed, **Şerhu's-siyerî'l-kebîr**, thk. Hasan İsmail, Beyrut, ts, c. 4, s. 86.

فَإِنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ اسْمٌ لِلْمَوْضِعِ الَّذِي يَكُونُ تَحْتَ يَدِ الْمُسْلِمِينَ، وَعَلَامَةُ ذَلِكَ أَنَّ يَأْمَنَ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ.

³¹ İslam hukukunda “galibe itibar ilkesi” için bkz. BULUT, Abdurrahman, “Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Gâlibe İtibar İlkesi ile Zorluğun Defî İlkesinin Kesişmesi ve Fer'î Yansımaları (İbadetler Örneği)”. **Şirnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 35 (Aralık 2024), 265-274.

³² HALLÂF, **es-Siyâsetü's-şerîyye**, s. 66, 69; Zeydân, **Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn**, s. 18, 19, 20.

³³ TUBULİYAK, **el-Ahkâm es-siyâsiyye li'l-ekalliyyâtî'l-Müslime fi'l-fikhi'l-İslâmî**, s. 16.

³⁴ ZÜHAYLÎ, **Âsâru'l harb fi'l-fıkh'l-İslâmî**, s. 170.

le dayanarak siyasî bir amaçla meşru yönetime karşı başkaldırması ve bağımsız bir bölgede hakimiyet kurması durumunu ifade eder³⁵.

B. Dârülharb Kavramı

İslam hukuk kaynaklarında ülke kavramını ifade eden bir ikinci terim olmadığından dârülslâm dışındaki ülkeleri tanımlamak için dârülharb terimi kullanılmaktadır³⁶. Klasik fıkıh literatüründe fakihlerin dârülharb ile ilgili tariflerinin odak noktası; yasama, yürütme ve yargı gibi devlet fonksiyonlarının gayrimüslimlerin elinde olması ve uygulamadaki hukuk düzeninin gayri İslamî olmasıdır. Fakihlere göre İslam ahkâmının değil, küfür ahkâmının (İslam dışı idarelerin hakimiyeti) hâkim olduğu her ülke dârülharbtir³⁷.

Dârülharb kavramı, klasik fakihlerin içinde bulundukları dönemin siyasi ve toplumsal şartlarını yansıtan isabetli bir sınıflandırma olarak değerlendirilmektedir. Günümüz İslam hukukçuları da bu tarihi yaklaşımları dikkate alarak, mevcut uluslararası ilişkilerin dinamikleri doğrultusunda barış halinin esas alınması gerektiğini savunmakta ve bu doğrultuda yeni hukuki tasniflerin geliştirilmesinin zaruretiye vurgu yapmaktadır. Nitekim Hallâf (ö. 1957), dârülharb kavramını tanımlarken barışın asli bir unsur olduğunu açıkça belirtir. Ona göre, halkı müslümanlara, onların topraklarına ya da İslam davetine ve davetçilerine karşı saldırıda bulunan ve bu nedenle dârülslâm ile barış ilişkisi sona ermiş olan her ülke dârülharb olarak değerlendirilir³⁸. Benzer şekilde Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971) de dârülharbi Müslümanlarla aralarında sulh veya ateşkes bulunmayan gayrimüslim otoritelerin yönetimindeki bölgeler olarak tanımlamaktadır³⁹. Her iki yaklaşım da barış halinin İslam hukukunda esas alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Günümüz İslam hukukçularından Ahmet Yaman, Ömer Nasuhi Bilmen'in dârülharb tanımından hareketle bu kavramı, "Müslümanlara karşı açık düşmanlık ve saldırıları nedeniyle dârülslâm ile aralarındaki barış hali sona ermiş ülke" şeklinde tanımlar. Yaman'a göre, eğer dârülharb teriminin kullanımında ısrar

³⁵ ÖZEL, Ahmet, "Dârülbâğy", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul: TDV Yayınları, 1993, c. 8, s. 514.

³⁶ KARADAVÎ, *Fıkhu'l-cihâd*, c. 2, s. 897.

³⁷ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, c. 10, s. 114; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, c. 9, s. 513; YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 110.

³⁸ TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 62; HALLÂF, *es-Siyâsetü's-şeriyye*, s. 74.

³⁹ BİLMEN, *İstılahatı fıkhiyye*, c. 3, s. 369.

edilecekse tanımın daha isabetli bir içerik kazanması adına “fiilen ya da kuvvetli karinelere dayanarak muhtemelen savaş halinde bulunan ülke” şeklinde bir kayıtla genişletilmesi gerekir. Yaman ayrıca, fıkıhın tedvin edildiği dönemde uluslararası ilişkilerin büyük ölçüde düşmanlık ve çatışma temelli olduğunu bu tarihsel arka planın da dârülharb kavramının şekillenmesinde belirleyici rol oynadığını ifade eder. Bu çerçevede klasik fıkıh literatüründe yer alan *dârülharb* kavramının, günümüz uluslararası hukuk terminolojisinde kullanılan *yabancı ülke* ifadesine denk bir anlamda değerlendirilmesinin daha isabetli olacağını savunur⁴⁰. Bu görüş, hem kavramın tarihsel bağlamını dikkate almakta hem de çağdaş hukuk düzenleriyle uyumlu bir yaklaşım sunmaktadır.

Dârülharb kavramının günümüz literatüründe nasıl yorumlandığı, önemsenmesi gereken bir meseledir. Çünkü bu kavram yalnızca fikhî bir terim olarak değil, aynı zamanda çeşitli siyasi ve ideolojik amaçlara hizmet eden bir söylem aracı olarak kullanılmaktadır. Bunun için dârülharb kavramının, klasik fıkıh literatürdeki kullanımı ile modern dönemdeki kullanım biçimleri birlikte değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

II. ÜLKE KAVRAMI HAKKINDA BAZI TARTIŞMALAR

Klasik fıkıh literatüründe dünya tasavvuru esas itibarıyla dârüislâm ve dârülharb şeklinde ikili ayrım çerçevesinde şekillenmiştir. Bu ikili yapı dışında bağımsız bir üçüncü hukuki alanın varlığına genellikle yer verilmemiştir. Bu bağlamda, *dârüssulh* veya *dârülahd* kavramlarının müstakil bir hukuki statüye sahip olup olamayacağı meselesi fıkıh kaynaklarında tartışma konusu olmuştur⁴¹.

İslam hukukuna göre, müslümanlarla gayrimüslimler arasında doğrudan bir düşmanlık bulunmadığı sürece, karşılıklı saldırmazlık ve barış esasına dayalı anlaşmalar yapılması meşru kabul edilmiştir. Bu tür anlaşmalarla ilişki kurulan gayrimüslimler, fıkıh literatüründe *ehl-i sulh*, *ehl-i ahd*, *ehl-i emân* ve *ehl-i hüdn* gibi terimlerle anılmış; onların yaşadığı bölgeler ise *dârüssulh*, *dârülahd*, *dârülemân*, *dârülhüdne* ya da *dârüssilm* gibi farklı isimlerle ifade edilmiştir⁴². Fakihler, bu ülkeleri üçüncü bir kategori altında değerlendirmeye çalışsalar da

⁴⁰ YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 111-112.

⁴¹ ZÜHAYLÎ, *Âsârü'l harb fi'l-fıkıh'l-İslâmî*, s. 193; YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 103; TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 59.

⁴² YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 114.

İslam hükümlerinin fiilen uygulanmadığı bu toprakların çoğunlukla dârülharb hükmünde kaldığını belirtmişlerdir. Özellikle Hanefîler, bu gibi bölgeleri *dârülmuvâda*'a olarak adlandırmış ve İslamî otoritenin bulunmaması ile şer'î hükümlerin tatbik edilmemesini gerekçe göstererek, bu yerlerin hukuken dârülharb statüsünü koruduğunu savunmuşlardır⁴³. Buna karşılık bazı Şafî fakihler, bu ülkelerde gayrimüslimlerin mülkiyet ve yönetime sahip olmalarının yanında fiilî bir savaş durumunun söz konusu olmamasını dikkate alarak bu bölgeleri dârülharb olarak değil; ayrı bir kategori olan dârülahd veya dârüssulh kapsamında değerlendirmenin gerekliliğini dile getirmişlerdir⁴⁴. Bu görüş, klasik ikili tasnifin ötesinde daha esnek bir hukuki yaklaşıma işaret etmektedir⁴⁵.

Abdulvehhab Hallâf, dünya tasnifinin uluslararası hukuk düzeni ışığında yeniden değerlendirilmesini önermektedir. İslam'ın temel hedefinin savaş değil barış olduğunu, savaşın ise sadece dini tebliğin engellenmesi gibi durumlarda başvurulabilecek istisnai bir yol olduğunu vurgulamaktadır⁴⁶. Hallâf, dârülharb kavramını tanımlarken bu barış odaklı yaklaşımı merkeze alır ve tanımına da yansıtarak, barış halinin İslam hukukunda asli, savaşın ise tali bir durum olduğunu vurgular⁴⁷. Abdülkerîm Zeydân'a göre günümüzde bazı müslüman ülkeler yabancı hâkimiyet altında bulunsalar dahi eğer bu ülkelerde özel hukuk hükümleri uygulanıyor ve İslam'ın şiarları görünür şekilde varlığını sürdürebiliyorsa bu ülkelerin dârülslâm vasfı devam etmektedir⁴⁸.

Muhammed Ebû Zehre, dârülslâm-dârülharb ayrımının dönemin toplumsal koşullarının bir ürünü olduğunu belirtmektedir. Ona göre bu tasnif, naslarda açık bir şekilde yer almamakta; daha ziyade hicrî ikinci asır fakihlerinin, yaşadıkları dönemin şartlarına bağlı olarak geliştirdikleri içtihadî bir yaklaşımı yansıtmaktadır⁴⁹. Günümüz İslam hukukçularından Yûsuf Karadâvî, Müslüman ülkelerin Birleşmiş Milletler'e üye olmaları nedeniyle bu kurumda alınan kararların hukuki açıdan Müslüman toplulukları da bağladığını ifade etmektedir. Karadâvî, bu üyelikle birlikte taraf olunan uluslararası anlaşmalara uyulması gerektiğini vurgulamakta ve bu yükümlülüğü "ahde vefa" ilkesiyle temellen-

⁴³ SERAHSÎ, *Şerhu's-siyeri'l-kebîr*, c. 5, s. 27, 33, 35.

⁴⁴ YAMAN, *İslam Devletler Hukuku - Uluslararası İlişkiler-*, s. 115, 116.

⁴⁵ İslam Hukukunda tasniflerin geçişkenliği/esnekliği için bkz. AKPINAR, Raşit, *Mübhemlik Ekseninde İslam Hukuku ve Bulanık Mantık*, s. 47-61, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2022.

⁴⁶ HALLÂF, Abdulvehhab, *es-Siyasetü's-şer'iyye*, Kahire, 1350, s. 75.

⁴⁷ HALLÂF, *es-Siyasetü's-şer'iyye*, s. 74.

⁴⁸ ZEYDÂN, *Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn*, s. 21.

⁴⁹ ZÜHAYLÎ, *Âsârü'l harb fi'l-fıkh'l-İslâmî*, s. 192-196.

dirmektedir. Bu yaklaşım doğrultusunda, Müslüman ülkeler ile diğer üye devletler arasındaki ilişkiler, savaş hali değil barış hali esas alınarak değerlendirilmekte; diğer ülkeler ise dârüssülh statüsünde kabul edilmektedir⁵⁰.

Taha Cabir el-Alvânî (ö. 2016), dârüislâm ve dârülharb ayrımının tarihsel bir gerçekliğe dayandığını kabul etmekle birlikte bu tasnifin modern dünyada geçerliliğini yitirdiğini savunmaktadır⁵¹. Ona göre, günümüzde diplomatik ilişkiler çerçevesinde şekillenen devletlerarası sistem, klasik dönemlerdeki siyasi ve toplumsal yapıdan oldukça farklıdır. Bu nedenle Müslüman-gayrimüslim ilişkilerinin, çağdaş bağlamı dikkate alan yeni bir fikhî anlayışla ele alınması gerekmektedir⁵². Ayrıca fakihlerin fikhî hükümleri şekillendirirken dönemin siyasi çatışma ortamından etkilenerek fikhü'l-harb geliştirdiğini; günümüzün küresel toplum yapısında ise bir arada yaşam temelli fikhü't-te'âyüş anlayışına ihtiyaç olduğunu savunur. Bu nedenle fikhü'l-ekalliyyât (azınlıklar fikhî) teorisini geliştirirken klasik tasniflerin yerine yeni bir ayrım önerir. “Yeryüzü iyi kullarıma kalacaktır⁵³” ayeti ile ve âlemiyyetü'l-İslâm anlayışından hareketle dârulvâhide (tek yurt) kavramını geliştirir. Bu çerçevede Alvânî, dünya üzerinde Müslümanların yaşadığı tüm coğrafyaların potansiyel ya da fiilî birer dârüislâm olduğunu ileri sürer. İslam davetini kabul eden yerler dârulicâbe, henüz davet ulaşmamış ya da kabul edilmemiş yerler dâruddave olarak tanımlanır. Bununla birlikte Alvânî'nin yaklaşımı bazı yönlerden eleştiriye açıktır. Özellikle İslâm davetini reddeden ya da bu daveti engelleyen devletlerin nasıl tanımlanacağı ve onlarla kurulacak ilişkilerin mahiyeti gibi sorular, ortaya koyduğu modelinde yeterince netleştirilmemiştir⁵⁴. Faysal Mevlevî (ö. 2011) de klasik fıkıh geleneğinde yer alan dünya tasnifinin değişime açık olduğunu kabul etmekle birlikte İslâm ülkeleri ile diğer ülkeler arasında bir ayrım yapılmasının gerekli olduğunu savunur. Bu doğrultuda Mevlevî, dârüislâmî yöneticileri İslâmî ilkelere tamamen bağlı olmasa ve hatta bazı İslam karşıtı düzenlemeler ve politikalar uygulanıyor olsa bile nüfusun çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu her ülke olarak tanımlar⁵⁵.

⁵⁰ KARADAVÎ, *Fıkhu'l-cihâd*, c. 2, s. 895, 899.

⁵¹ YAKAR, Emine, “Fıkhu'l-ekalliyyât Teorisi ve Mülkîlik/Dâr Anlayışı”, *Müslüman Azınlıklar Fıkhi*, thk. Tuğrul Kütükcü - Yakar, Fecr Yayınları, 2023, s. 150-151.

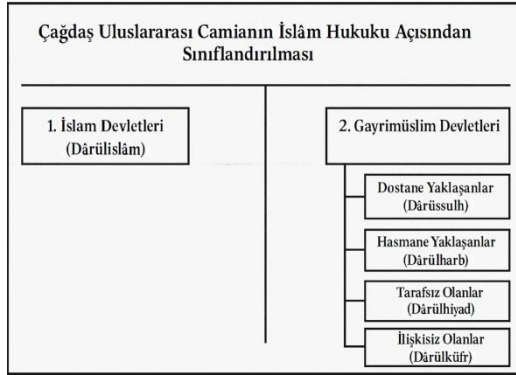
⁵² YAKAR, “Fıkhu'l-ekalliyyât Teorisi ve Mülkîlik/Dâr Anlayışı”, s. 135, 144.

⁵³ *Kur'an-ı Kerîm Meâlî*, ts, el-Enbiya, 21/105.

⁵⁴ ALVÂNÎ, *Kadâya İslâmîyye muâsıra Makâsîdü's-şeriâ*, s. 56-58; YAKAR, “Fıkhu'l-ekalliyyât Teorisi ve Mülkîlik/Dâr Anlayışı”, s. 151, 153.

⁵⁵ MEVLEVÎ, *el-Müslimü Muvâtnen fî Avrupa*, s. 10-32, 64-83; YAKAR, “Fıkhu'l-ekalliyyât Teorisi ve Mülkîlik/Dâr Anlayışı”, s. 145.

Ahmet Yaman gerek kendi sınırları içerisinde gerekse dış ülkelerde yaşayan müslümanlara düşmanca tutum sergilemeyen, İslâm'ın tebliğine ve yaşanmasına engel olmayan ve müslümanlarla ilişkilerini hukuki anlaşmalar temelinde sürdüren gayrimüslim devletleri *dârüssulh* olarak değerlendirir ve devletlerarası camianın hukuki rejim temelinde sınıflandırmasının naslarla değil, içtihatla olduğunu dile getirmektedir. Bu içtihatlar da yapıldıkları dönemin uluslararası ilişkileri, dünya gerçekleri ve güç dengeleri göz önüne alınarak şekillenmiştir. Bu nedenle klasik dönemlerde yapılan bu tür sınıflamaların, günümüzün oldukça karmaşık ve çok yönlü uluslararası ilişkiler sistemine birebir uygulanmasının kolay olmadığını vurgular. Yaman, bu gerekçelerle çağdaş dünyada İslam hukuku açısından daha anlaşılır ve işlevsel bir tasnif yapılmasını önermektedir. Ona göre, çağdaş uluslararası camia iki ana kategoriye ayrılmalı ve bu ana bölümler alt başlıklara ayrılarak aşağıdaki gibi sınıflandırılmalıdır⁵⁶:



Ahmet Yaman, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler*, 118.

Ahmet Yaman'ın önerdiği bu sınıflama hem klasik fikhî kaynaklarla uyumlu hem de çağdaş dünyanın çok boyutlu yapısını dikkate alan güncel bir yaklaşım sunmaktadır. İslam devletler hukukunun içtihadı dayalı yapısı, bu tür güncellenmiş sınıflamaların yapılmasına imkân vermektedir. Böylece Müslümanların diğer devletlerle olan ilişkileri daha tutarlı bir zeminde değerlendirilebilecektir.

III. DÂRÜİSLÂM'IN DÂRÜLHARBE DÖNÜŞMESİ

Dârülharb olarak kabul edilen bir ülke, halkının müslüman olması veya fethedildikten sonra İslâm hükümlerinin icra edilmesiyle dârüİslâma dönüşür.

⁵⁶ YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 117-118.

Ayrıca ilave bir şart aranmaz. Ülkenin dârüislâm statüsü kazanması için fethe-dilmesi tek başına yeterli olmaz; yöneticinin belirlenmesi ve İslâm hukuk düze-ninin hayata geçirilmesi gerekir. Bunu en açık bir şekilde Serahsî'nin (ö. 483/1090) “bir belde, İslam hükümleri uygulamadan, yalnızca fetih sebebiyle dârüislâma dönüşmez⁵⁷” ifadelerinde görmekteyiz.

Daha önce *dârüislâm* niteliğini kazanmış bir beldenin bu vasfını kaybede-rek dârülharb statüsüne dönüşüp dönüşmeyeceği meselesi ise İslam hukukçula-rı arasında tartışmalı bir konudur. Bu meselede üç farklı görüşten bahsedebiliriz.

- 1) Şâfiî fakihler, bir beldenin dârüislâm vasfını bir kez kazandıktan sonra bu niteliğini kalıcı olarak koruyacağını kabul ederler. Onlara göre, sonradan ortaya çıkabilecek siyasi veya hukuki değişiklikler bu statüyü ortadan kal-dırmaz⁵⁸. Günümüz İslam hukukçularından Talip Türcan'a göre, Şâfiî mez-hebi âlimleri, ilgili meseleyi müslüman ve zimmîlerin mülkiyet hakları çer-çevesinde ele almaktadır. Bu yaklaşımın temelinde gayrimüslimlerin müs-lümanlara ait mal ve mülke istila yoluyla malik olamayacakları yönündeki ilke yer almaktadır. Şâfiîlere göre, bir zamanlar dârüislâm olan ancak gay-rimüslimlerin istilasına uğrayan bölgelerin yeniden fethedilmesi veya bir şekilde geri alınması hâlinde, bu yerler savaş ganimeti olarak değeri-ndirilmez; aksine, eski mülkiyet ilişkileri dikkate alınarak, mallar önceki müs-lüman sahiplerine iade edilir⁵⁹.
- 2) Mâlikî ve Hanbelî fakihleri ile Hanefiler'den Ebû Yûsuf ve İmam Mu-hammed'e göre bir beldede küfür ahkâmının uygulanması, o beldenin dârü-lislâm vasfını kaybederek dârülharbe dönüşmesi için yeterlidir⁶⁰. Bu görüş kıyas ilkesine dayandırılmaktadır. Nasıl ki dârülharb, İslâm hukuk düzeni-nin uygulanmasıyla dârüislâma dönüşüyorsa, dârüislâm da küfür hüküm-lerinin hâkim olmasıyla dârülharbe dönüşmelidir. Ebû Yûsuf ve İmam Mu-hammed görüşlerini şöyle temellendirmektedir:

“Bir yerin dârüislâm ve dârülküfür şeklinde ifade edilmesi, söz konusu beldenin İslâm'a veya küfre izafe edilmesi sebebiyledir. Bir

⁵⁷ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, c. 10, s. 23.

⁵⁸ HEYTEMÎ, Ebû'l-'Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed b. Muhammed İbn Hacer, *Tuhfetu'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Minhâc*, b.y.: el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1357/1983, c. 9, s. 269; KARADAVÎ, *Fıkhu'l-cihâd*, c. 2, s. 880; ÖZEL, *Dârulislam Dârulharb İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 114.

⁵⁹ TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 60.

⁶⁰ KARADAVÎ, *Fıkhu'l-cihâd*, c. 2, s. 882; TUBULİYAK, *el-Ahkâm es-siyâsiyye li'l-ekalliyyâtî'l-Müslime fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 24.

beldenin İslâm'a veya küfre izafe edilmesi orada İslâm ya da küfür ahkâmının görünür olmasına dayanır. Nitekim cennet, içinde selamet bulunduğu için dârüsselâm, cehennem de içinde helak bulunduğu için dârülbevâr diye isimlendirilir. İslâm ve küfrün görünür olması, kendi hüküm ve uygulamalarının zahir olmasıylaadır. Buna göre bir yerde küfre ait hükümler görünür hale gelmişse orası artık dârülküfür olmuştur. Bu nedenle bir belde yalnızca İslâm hükümlerinin görünür hale gelmesiyle -başka bir şarta ihtiyaç olmaksızın- dârülslâm olur. Aynı şekilde bir yerde küfür hükümlerinin görünür hale gelmesiyle dârülküfûre dönüşür⁶¹.

Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in yaklaşımları, beldelerin statüsünü belirlemede hâkim hukuk düzenini merkeze almıştır. Buna göre bir yer geçmişte dârülslâm olsa bile orada küfür hükümlerinin uygulanmasıyla o belde dârülharbe dönüşür. İslâm hukukunda bir ülkenin hangi statüye sahip olduğu, esasen o ülkede şer'i hükümlerin fiilen uygulanıp uygulanmadığına göre belirlenir.

- 3) Dârülslâm, içinde müslümanların yaşadığı ve İslâm'ın şiarlarını yaşatabildikleri sürece sadece küfür hükümlerinin uygulanmasıyla dârülharbe dönüşmez. Müslümanların ibadetlerini yerine getirmeleri, camilerde ezan okunması, cuma ve bayram namazlarının kılınması gibi şiarların devam etmesi hâlinde, o belde dârülslâm olarak kabul edilmeye devam eder⁶². Maliki fakihlerinden Desûkî'ye (ö. 1230/1815) göre, bir beldenin dârülharb hükmü alabilmesi için yalnızca kâfirlerin fiili kontrolü yeterli değildir. Müslümanların orada İslâmî şiarları sürdürebilmeleri hâlinde o belde dârülslâm olarak kalmaya devam eder⁶³.

İmam en-Nevevî (ö. 676/1277), Ebû'l-Hasen el-Mâverdi'den (ö. 450/1058) yaptığı nakilde, işgal altındaki Müslüman topraklarında yaşayanların, bu toprakları terk etmeyerek orada kalmaları, direnmeleri ve İslâmî şiarları yaşatmaları gerektiğini ifade etmektedir. Nevevî'ye göre Müslümanların bu bölgeleri terk etmesi, o beldelerin dârülslâm vasfını yitirerek dârülharb hükmü almasına se-

⁶¹ KÂSÂNÎ, *Bedâ'î'u's-sanâ'î*, c. 9, s. 513.

⁶² KARADAVÎ, *Fıkhu'l-cihâd*, c. 2, s. 882.

⁶³ DESÜKÎ, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûkî ala's-şerhi'l-kebîr*, ed. Muhammed Abdullah Şahin, Lübnan: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2011, c. 2, s. 188.

لَإِنَّ بِلَادَ الْإِسْلَامِ لَا تُصِيرُ دَارَ حَرْبٍ بِمَجْرَدِ اسْتِيلَائِهِمْ عَلَيْهَا بَلْ حَتَّى تَنْقَطِعَ إِقَامَةُ شَعَائِرِ الْإِسْلَامِ عَنْهَا، وَأَمَّا مَا دَامَتْ شَعَائِرُ الْإِسْلَامِ أَوْ غَالِبَتْ قَائِمَةً فِيهَا فَلَا تُصِيرُ دَارَ حَرْبٍ.

bep olur. Bu sebeple müslümanlar, bulundukları topraklarda kalmalı ve güçleri oranında bu dönüşümün önüne geçmek için mücadele etmelidir⁶⁴.

Ebu Hanîfe'ye göre ise daha önce dârülslâm statüsüne sahip olan bir beldenin dârülharb sayılabilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir⁶⁵. Birincisi söz konusu beldenin dârülharbe bitişik olması ve arada dârülslâm toprağının bulunmamasıdır. İkincisi o bölgede ilk emânla/güvenceyle hiçbir müslüman ya da zimminin kalmamasıdır. Üçüncüsü ise istilâ edilen bu bölgede küfür hükümlerinin fiilen uygulanmasıdır. Bu üç şart birlikte gerçekleştiği takdirde beldenin dârülharb statüsüne dönüşmesi söz konusu olur. Ancak bu şartlardan sadece bir tanesinin gerçekleşmesi, dârülslâmın dârülharbe dönüşmesi için yeterli kabul edilmemiştir⁶⁶.

el-Cessâs (ö. 370/981), Ebu Hanîfe'nin daha önceden dârülslâm olan bir beldenin dârülharbe bitişik olma şartını değerlendirirken şunları söylemektedir: “Eğer Ebu Hanife, günümüzdeki durumu, insanların cihaddan geri durmalarını, tembelliklerini, İslam'a karşı duydukları düşmanlıklarını, cihad meselesini küçümsemelerini görseydi, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'le aynı görüşü benimserdi⁶⁷.

İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) Ebu Hanife'nin dârülharbe bitişik olma şartını, Şam bölgesine dair görüşleri bağlamında değerlendirir. İbn Âbidîn Şam civarında yer alan Cebelü'd-Dürûz ve ona bağlı bazı yerleşim yerlerinin tamamının dârülslâm statüsünde olduğunu belirtir. Bu bölgelerde Dürzî ve Hristiyan topluluklara ait hukuk kurallarının uygulanması, dinî liderlerin mevcudiyeti ve zaman zaman bazı kişilerin İslam'a ve Müslümanlara yönelik hakaret içeren söylemlerde bulunmaları gibi unsurlar söz konusu olsa da bu durum bahse konu bölgelerin dârülslâm vasfını ortadan kaldırmaz. Zira bu yerleşim yerlerinin Müslüman yöneticilerin siyasi ve hukuki idaresi altında bulunması ve çevresinin

⁶⁴ NEVEVÎ, Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref, **Ravdatu't-Tâlibîn ve 'Umdetu'l-Muftîn**, thk. Zuheyr eş-Şâviş, Beyrut; Dimaşk; Amman: el-Mektebu'l-İslâmî, 1412/1991, c. 10, s. 282.

فَإِنْ كَانَ يَرْجُو ظَهْرَ الْإِسْلَامِ هُنَاكَ بِمَقَامِهِ، فَالْأَفْضَلُ أَنْ يُقِيمَ، قَالَ: وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَالْإِعْتَزَالِ، وَحَبَّ عَلَيْهِ الْمَقَامُ بِهَا، لِأَنَّ مَوْضِعَهُ دَارُ إِسْلَامٍ، فَلَوْ هَاجَرَ، لَصَارَ دَارُ حَرْبٍ، فَيَحْرُمُ ذَلِكَ، ثُمَّ إِنْ قَدَّرَ عَلَى قِتَالِ الْكُفَّارِ وَدَعَائِهِمْ إِلَى الْإِسْلَامِ، لَرَمَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

⁶⁵ CESSÂS, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî, **Şerhü Muhtasarı Tahavî**, thk. Said Bektaş, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 2010, c. 7, s. 215; SERAHSÎ, **el-Mebsût**, c. 10, s. 114; KÂSÂNÎ, **Bedâ'i'u's-sanâ'i'**, c. 9, s. 513; BURHÂNPU'RÎ, Şeyh Nizâm, **el-Fetâva'l-hindiyye**, Matbaatü'l-kübra el-emîriyye, ts, c. 2, s. 232; BİLMEN, **İstilahatı fıkhiyye**, c. 3, s. 370.

⁶⁶ CESSÂS, **Şerhü Muhtasarı Tahavî**, c. 7, s. 216.

⁶⁷ CESSÂS, **Şerhü Muhtasarı Tahavî**, c. 7, s. 218.

tamamen *dârülslâm* topraklarıyla kuşatılmış olması, onların hâlâ *dârülslâm* olarak değerlendirilmesini mümkün kılar⁶⁸.

Ebu Hanîfe'nin daha önce *dârülslâm* olan bir beldenin *dârülharbe* dönüşebilmesi için öne sürdüğü “*dârülharbe* bitişik olma” şartının günümüz koşullarında eski önemini büyük ölçüde yitirdiğini söyleyebiliriz. Bu şart, *dârülharbten* gelebilecek saldırı tehdidine dayanılarak ileri sürülmüştü. Ancak günümüzde temel hak ve özgürlükler ile ulaştırma-haberleşme alanındaki gelişmeler, bu şartın geçerliliğini sorgulanabilir hâle getirmiştir. Zira bugün kıtalararası silahların bulunması ulaşım ve iletişimin kazandığı sürat çok uzakta bulunan bir düşmanın bile tıpkı bitişik komşu gibi yakınlık kazanmasına sebep olmaktadır⁶⁹. Bu da dünyanın birçok yerini hükmen bitişik komşu gibi değerlendirme gereğini doğurmaktadır.

Kâsânî (ö. 587/1191), Ebu Hanîfe'nin *dârülslâm* olan bir yerin *dârülharbe* dönüşebilmesi için ortaya koyduğu kriterlerden ikincisi olan “*dârülslâm* olan bir yerde ilk emânla hiçbir müslüman ya da zimmînin kalmaması” şartını, emniyet (el-emn) ilkesi çerçevesinde temellendirmektedir.

“Ülkenin İslam ve küfre nispet edilmesinden maksat, İslam ve küfrün kendisi değildir. Burada kastedilen emniyet (el-emn) ve korkudur (el-havf). Yani bir yerde mutlak olarak Müslümanlar emniyet ve kâfirler korku içinde bulunuyorlarsa orası *dârülslâm*dır. Şayet mutlak olarak kâfirler emniyet, Müslümanlar korku içinde iseler orası *dârülküfür*dür. Ahkâm, İslam ve küfre değil, emniyet ve korkuya mebnidir. Dolayısıyla emniyet ve korkunun esas alınması evlâdır⁷⁰”.

Burada Kâsânî'nin hükümlerin emniyet ve korku haline göre belirlendiğini söylemesi oldukça dikkat çekicidir. Ebu Hanife, ülkenin İslam'a ya da küfre nispet edilmesinin temel amacının, oradaki müslümanların güvenlik durumu ve düşmanlık ya da korku olup olmadığını belirlemek olduğunu savunur. Ona göre, eğer bir bölgede Müslümanlar tamamen emniyet içinde yaşıyorlarsa, o bölge *dârülslâm* sayılır. Fakihlerin, *dârülslâm* dışındaki yerleri tanımlarken kullandıkları *dârülkahr* ve *dârülgalebe* terimleri⁷¹ de Ebu Hanife'nin bu görüşünü destekler niteliktedir⁷².

⁶⁸ İBN ABİDİN, *Hâşiyetü redd'il-muhtâr alâ dürr'i'l-muhtâr*, c. 4, s. 175.

⁶⁹ ZÜHAYLÎ, *Âsârü'l harb fi'l-fıkhı'l-İslâmî*, s. 173; TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 60; YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 107; TUBULİYAK, *el-Ahkâm es-siyâsiyye li'l-ekalliyyâtı'l-Müslime fi'l-fıkhı'l-İslâmî*, s. 19.

⁷⁰ KÂSÂNÎ, *Bedâ'î'u's-sanâ'î*, c. 9, s. 513.

⁷¹ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, c. 10, s. 114, *نُتَسَبُ إِلَيْنَا أَوْ إِلَيْهِمْ بِاعْتِبَارِ الْقُوَّةِ وَالْغَلْبَةِ*.

⁷² SERAHSÎ, *el-Mebsût*, c. 10, s. 114; YAMAN, Ahmet, *İslam Kamu Hukuku*, Ankara: Bilay, 2021, s. 155.

Yûsuf Karadâvî, Ebu Hanîfe'nin bir belde dârülişlâm iken onu dârülharb saymasını ihtiyat ve tedbire dayalı bir yaklaşım olarak değerlendirir⁷³. Nitekim Ebû Hanîfe, böyle bir durumda, söz konusu beldenin hükmünü ortadan kaldıracak derecede yakîn bir bilgi oluşuncaya kadar önceki hükmünü muhafaza etmeyi tercih etmiştir. Zira şek ile yakîn zail olmaz⁷⁴. Aynı şekilde bir bölge hakkında dârülküfür hükmü verilmesi, yakîn olmaksızın o bölgenin dârülişlâma dönüşmesini de mümkün kılmaz. Öte yandan bu tür belirsizlik durumlarında İslâm'ın tarafı daha güçlü ve öncelikli kabul edilmelidir. Zira üstün gelen İslâm'dır vemağlup olması düşünülemez (الإسلام يغلب ولا يغلبه)⁷⁵.

Günümüz İslam hukukçularından Muhammed Ebû Zehre (ö. 1974), güvenlik unsurunun günümüzde daha farklı değerlendirilmesi gerektiğini ve küresel ölçekte güvenliğin geçmişe kıyasla çok daha yaygın hâle geldiğini ifade eder⁷⁶ ve Paris gibi şehirlerde yaşayan müslümanların, İslâm'ın şiarlarını serbestçe yerine getirebildiklerini örnek gösterir. İslâm'ın şiarlarının açıkça yaşandığı yerleri, salt siyasi hâkimiyete dayanarak dârülharb olarak tanımlanmasının isabetli olmadığını savunur. Ayrıca Ebu Zehre, Ebu Hanîfe'nin görüşünü yorumlayarak, bir ülkede yaşayan bireylerin güvenliği, herhangi bir anlaşma olmaksızın, mevcut uluslararası hukuk ve ilişkiler yoluyla sağlanıyorsa bu durumun Ebu Hanîfe'nin dârülharb tanımına uymayacağını ifade eder⁷⁷.

Ebu Hanîfe'nin, dârülişlâm vasfını taşıyan bir beldenin dârülharb statüsüne dönüşebilmesi için öne sürdüğü üç temel şarttan biri, İslam hukuk düzeninin kaldırılıp bunun yerine küfür ahkâmının tatbik edilmesidir. Ancak fıkıh literatüründe İslam ahkâmının kaldırılması mutlak dereceli ve çok boyutlu bir dönüşüm süreci olarak değerlendirilmiştir. Özellikle daha önce dârülişlâm statüsünde olan bir yerde müslümanların ibadet özgürlüklerinin korunması, aile hukukunda İslâm'a uygun biçimde hareket edebilmeleri, İslâm'ın şiarlarının devam etmesi gibi hususlar, İslam hukuk düzeninin tamamen ortadan kalkmadığının göstergeleri olarak kabul edilmiştir. Bu tür şer'î hükümlerin kısmen de olsa icra edilmesi, klasik fukaha nezdinde ilgili beldenin dârülişlâm statüsünü muhafaza ettiğine delil kabul edilmiştir. Bu nedenle yalnızca kamu hukukuna ilişkin bazı hüküm-

⁷³ KARADAVÎ, *Fıkhü'l-cihâd*, c. 2, s. 889.

⁷⁴ İBN NÜCEYM, Zeynelabidin, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'man*, thk. Abdülkerim Fudaylî, Beyrut: el-Mektebetü'l-asriyye, 2011, s. 75; ALÎ HAYDAR, *Dürerü'l-hükkâm şerhu mecelleti'l-ahkâm*, Kostantiniyye: Matbaatu Ebu'd-diya, 1330, c. 1, s. 39.

⁷⁵ KÂSÂNÎ, *Bedâ'i'u's-sanâ'î*, c. 9, s. 513.

⁷⁶ ZÜHAYLÎ, *Âsâru'l harb fi'l-fıkhü'l-İslâmî*, s. 195-196.

⁷⁷ ZÜHAYLÎ, *Âsâru'l harb fi'l-fıkhü'l-İslâmî*, s. 173.

lerin askıya alınması veya seküler otoritelerin yönetimde bulunması, tek başına dârülharb hükmünü gerektirmemektedir.

Dârülslâmın dârülharbe dönüşmesini Osmanlı dönemi fakihlerinden Bedreddin Simâvî (ö. 823/1420) *Câmi'u'l-fusûleyn*'de şöyle değerlendirir:

Ebu Hanife'ye göre; hüküm bir illetle sabit olunca o illetten bir parça var olduğu sürece aynı hüküm o illetin varlığına bağlı olarak devam eder. Dolayısıyla bir belde şerî ahkâmın icrasıyla dârülslâm olunca [daha sonra istilâya uğrayan] o beldede şerî ahkama dair bir hüküm ve izleri (âsarı) bulunduğu sürece o belde dârülslâm kalmaya devam eder⁷⁸.

Ebü'l-Feth Ahmed el-Üsrüşenî, *Fusûl-ü Ustürşeni*⁷⁹ de konuyu biraz daha ayrıntılı anlatmaktadır⁸⁰.

“Bu beldeler, İslâm ahkâmının icrasıyla dârülslâma dönüşmüştür. Söz konusu beldede dârülslâm ahkâmından bir hüküm bulunduğu sürece, o belde dârülslâm kalmaya devam eder. Bir illete bağlı olarak sabit olan hüküm, o illetten bir parça var olduğu sürece aynı hüküm o illetin varlığına bağlı olarak devam eder⁸¹.

Şeyhülislam Ebu Bekir (ö. 483/1090) *Şerhu siyeri'l asl*'da şöyle demiştir: İslâm'ın ahkâmından herhangi bir şey kaldığı sürece, ehl-i İslâm'ın hakimiyeti ortadan kalksa bile, dârülslâm dârülharbe dönüşmez⁸².

Sadru'lislâm Ebu'l-Yüsr (ö. 493/1100) *Siyeru'l-Asl*'da: Dârülslâm, onu dârülslâm yapan her şey ortadan kalkmadıkça dârülharb olmaz, demiştir⁸³.

⁷⁸ SİMÂVÎ, Bedreddin, *Câmi'u'l-fusûleyn*, Kahire 1300, I-II, s. 14.

⁷⁹ Bedreddin Simâvî bu eseri *Câmi'u'l-fusûleyn* ismiyle kısaltarak yeni bir eser meydana getirmiş, bu eser Osmanlı muhitinde kadı ve müftülerce çok tutulan bir el kitabı haline gelmiştir (BEDİR, Murteza, “Üsrüşeni”, *Tdv İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/usruseni> (23.05.2025).

⁸⁰ ÜSRÜŞENÎ, Ebü'l-Feth Ahmed, *Fusûlü'l-Üsrüşeni*, Manisa İli Genel Kitaplık Müdürlüğü, sayı 762, s. 3b. (Yazmaların teminindeki katkılarından dolayı değerli meslektaşım Dr. Öğr. Üyesi Burak Ergin'e teşekkür ederim).

⁸¹ أن الحكم متى ثبت بعلّة فما بقي شيء من العلة يبقى الحكم ببقائه.

⁸² إذا بقي شيء من أحكام الإسلام، وإن زالت غلبة أهل الإسلام.

⁸³ أن دار الإسلام لا تصير دار الحرب ما لم يطل جميع ما به صارت دار الإسلام.

Şeyhü'lislâm el-İsbicabi (ö. 535/1141) *el-Mebsût*'ta şöyle diyor: [Dârülislâma ait] karîneler ortadan kalktıktan sonra dârülharb hükümleri ortaya çıksa bile, dârülharb olmaz. Dârülharb [dârülharbe ait] bazı karînelerin zevaliyle dârülislâm haline gelir. Bu da ehl-i İslâmın ahkâmının orada icra edilmesidir⁸⁴.

İmam Seyyid Nasıruddin (ö. 556/1161) *el-Menşûr*'da şöyle der: Dârülharb, İslam ahkâmının uygulanmasıyla dârülislâm hâline gelmiştir; bu nedenle İslam'a dair bağlardan bir tanesi dahi bulunduğu sürece İslam tarafı tercih edilir⁸⁵.

Bu nakiller, klasik fıkıh literatüründe dârülislâm ve dârülharb kavramlarının nasıl anlaşıldığı ve aralarındaki dönüşüm kriterleri konusunda önemli ipuçları sunmaktadır. Hepsi bir beldenin dârülislâm olma vasfının yalnızca siyasi otoritenin el değiştirmesiyle hemen sona ermeyeceğini, İslam ahkâmının bir kısmının dahi yürürlükte olması hâlinde bu vasfın devam edeceğini ifade etmektedir. Bu yaklaşım Ebu Hanîfe'nin "bir hüküm bir illetle sabit olursa, o illetten bir parça kaldığı sürece hüküm de geçerli olur" şeklindeki ilkesiyle de desteklenmektedir. Buna göre istilaya uğramış bir *dârülislâm* beldesinde İslam hükümlerinden bir kısmı hâlâ yürürlükteyse bu durum illetin bir cüzünün devam ettiğini gösterir. Dolayısıyla bu beldeye dair *dârülislâm* hükmü de geçerliliğini korur. Zira illetin bir parçası var oldukça ona bağlı olan hüküm de ortadan kalkmaz⁸⁶.

Bir bölge, daha önce dârülislâm statüsüne sahipken sonradan işgale uğrasa dahi, eğer bu bölgede İslam hukukuna ait bazı hükümler uygulanmaya devam ediyor ve ezan, cuma namazı ile cemaat gibi İslamî şiarlar hâlâ yaşatılıyorsa, bu yerin dârülislâm niteliğini muhafaza edeceği kabul edilmektedir⁸⁷. Bu tür uygulamaların mevcudiyeti, söz konusu bölgenin dârülharb olarak yeniden tanımlanmasını güçleştirmektedir⁸⁸. Günümüz İslam hukukçularından Yûsuf Karadâvî ve Ahmet Yaman da bu doğrultuda, bir beldenin dârülislâm vasfını kaybetmesi-

⁸⁴ لا تصير دار الحرب - وإن ظهر أحكامهم - إلا بعد زوال القرائن. ودار الحرب تصير دار الإسلام بزوال بعض القرائن، وهو أن يجري فيها أحكام أهل الإسلام.

⁸⁵ أن دار الحرب صارت دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام، فما بقيت عِلَّةٌ من علائق الإسلام يترجح جانب الإسلام.

⁸⁶ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, c. 10, s. 114; VELVÂLİCÎ, Ebü'l-Feth Zahirüddîn Abdürreşîd b. Ebî Hanîfe b. Abdürrezzâk, *el-Fetâva'l-velvâliciyye*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 2003, c. 2, s. 304.

⁸⁷ ZEYDÂN, *Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn*, s. 21.

⁸⁸ ZEYDÂN, *Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn*, s. 21; YAMAN, *İslam Kamu Hukuku*, s. 157.

nin mümkün olduğunca zorlaştırılması gerektiğini vurgulamakta ve bu yaklaşımın esas alınmasının önemine dikkat çekmektedirler. Nitekim klasik fıkıh geleneği de benzer şekilde ihtiyatlı bir tavır benimseyerek bu konuda daha korumacı bir tutum sergilemiştir⁸⁹.

Faysal Mevlevî (ö. 2011), dârülslâmı, yöneticileri İslâmî ilkelere tam anlamıyla bağlı olmasa ve hatta zaman zaman İslam karşıtı uygulamalara yer verilse dahi, nüfusunun çoğunluğunu müslümanların oluşturduğu ülkeler olarak tanımlar. Görüldüğü üzere Mevlevî, İslam ülkeleriyle diğer ülkeleri birbirinden ayırma gerekliliğini öncelikli kabul ettiğinden, klasik fıkıhta dârülslâm için öngörülen “İslam hukukunun tam anlamıyla uygulanması” şartını esnetmiş görünmektedir. Bu yaklaşımla Mevlevî, ya İslam hukukunun yalnızca kısmen uygulandığı ya da hiç uygulanmadığı ancak demografik bakımdan Müslüman çoğunluğa sahip ülkeleri dârülslâm kapsamında değerlendirmektedir⁹⁰.

SONUÇ

Tarih boyunca toplumlar, dünyayı kendi değer yargıları doğrultusunda çeşitli şekillerde sınıflandırmışlardır. Orta Çağ’da Hristiyan din adamları, uluslararası toplumu “Hristiyanlar âlemi” ve “putperestler âlemi” şeklinde iki temel kategoriye ayırmıştır⁹¹. Bu yaklaşım zamanla yerini günümüzde de süregeldiği biçimiyle doğulu-batılı, müttefik-düşman veya gelişmiş-gelişmekte olan ülkeler gibi farklı ayrımlara bırakmıştır. Bu tür sınıflandırmalar, her ne kadar farklılık gösterse de çoğunlukla güce dayalı bir zeminde şekillenmektedir.

Nitekim günümüz uluslararası sisteminde de devletler arası ilişkiler, adalet ve barış gibi evrensel ilkelere ziyade ekonomik, siyasi ve askeri güç ekseninde biçimlenmektedir. Bu durum, uluslararası hukuk normlarının evrenselliğini ve bağlayıcılığını sorgulatan ciddi bir soruna işaret etmektedir. Örneğin, İsrail’in Filistin topraklarında gerçekleştirdiği sivil katliamlar uluslararası kamuoyunun gözü önünde cereyan etmekte; ancak uluslararası hukuk kurumlarının aldığı kararlar çoğu zaman yalnızca sembolik düzeyde kalmaktadır. Dahası, bu kararlara sahip çıkmaya çalışan kişi ya da kurumlar, çeşitli siyasi baskı ve yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktadır.

⁸⁹ YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 106; KARADAVÎ, *Fıkhu’l-cihâd*, c. 2, s. 895.

⁹⁰ MEVLEVÎ, *el-Müslimü Muvâtinen fi Avrupa*, s. 69; YAKAR, “Fıkhu’l-ekalliyyât Teorisine ve Mülkilik/Dâr Anlayışı”, s. 145-146.

⁹¹ YAMAN, *İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-*, s. 102; ZÜHAYLÎ, *Âsârü’l harb fi’l-fıkhu’l-İslâmî*, s. 193-194.

Benzer şekilde klasik İslam hukuk literatüründe uluslararası ilişkilerin savaşıksenli olarak ele alınması, dönemin şartlarının bir sonucudur. Erken dönem Müslüman toplumlarının sürekli savaş, istila ve tehdit altında bulunmaları, fakihlerin düşünce dünyasını etkilemiş ve bu da savaş halinin sistemin merkezine yerleşmesine neden olmuştur⁹². Bu anlayış, dünya coğrafyasını dârüislâm ve dârülharb şeklinde iki temel kategoriye ayırmış ve bu iki alan arasındaki ilişkiler, hukuki sınıflandırmanın temel çerçevesini oluşturmuştur. Hicrî ikinci asırda geliştirilen bu teori, sadece içtihadî bir yaklaşım değil, aynı zamanda yaşanan dönemin şartlarıyla şekillenen bir durum olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle dâr kavramına dair yapılan klasik ayrımların tarihsel bağlamından koparılma- dan ele alınması, çağdaş dönem yorumlarının daha isabetli ve tutarlı olmasını sağlayacaktır.

Ancak modern dönemde ulus-devletlerin ortaya çıkışı, vatandaşlık temelli siyasal yapılar ve yeni hukuk sistemleri, klasik dönemde yapılan tasniflerinin geçerliliğini sorgulatmaktadır. Bu çerçevede, naslara bağlı kalmakla birlikte, çağdaş dünyanın sosyo-politik dinamiklerini göz önünde bulunduran yeni bir İslamî coğrafya tasavvurunun inşa edilmesi gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım, İslam'ın külli mesajını muhafaza ederken çağdaş hukukun ihtiyaçlarına da cevap verebilecek derinliğe sahip olacaktır.

Sonuç olarak günümüz İslam hukukçuları dârüislâm ve dârülharb kavramlarının doğrudan bugünün şartlarına uygulanamayacağını, bu tasniflerin ortaya çıktığı tarihsel bağlam dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Özellikle İslam hukukçularından Talip Türcan fakihlerin dünya tasavvurunun durağan bir yapıdan ibaret olmadığını; aksine, tarihsel ve toplumsal değişimlere açık, içtihadı dayalı dinamik bir süreç olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle ilgili kavramları değişmez naslar gibi ele almak, hem metodolojik açıdan indirgemeci bir yaklaşımı beraberinde getirmekte hem de İslam hukukunun tarihsel gelişim çizgisini göz ardı etmektedir. Oysa bütüncül bir değerlendirme, İslam hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu olarak gelişmesine zemin hazırlayacak ve modern dünyanın karşılaştığı hukuki ve toplumsal sorunlara daha işlevsel çözümler sunabilecektir.

⁹² TÜRÇAN, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, s. 61.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ALBRECHT, Sarah, **Dâr al-Islam Revisited Territoriality in Contemporary Islamic Legal Discourse on Muslims in the West**, Boston: BRILL, 2018.

ALÎ, Yasir Lütfi, “el-Coğrafya’l-fıkhiyye li’l-âlem min sûreti’târih ilâ sûreti’l-vâkı’l-muâsir”, **el-Ma’hedü’l-âlemî li’fikri’l-İslâmî** 12/45 (2006), 95-124.

ALVÂNÎ, Taha Cabir, **Kadâya İslâmiyye muâsıra Makâsıdû’s-şeriâ**, Lübnan: Dâru’l-hâdî, 2001.

AKPINAR, Raşit, **Mübhemlik Ekseninde İslam Hukuku ve Bulanık Mantık**, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2022.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukukî İslamiyye ve Istılahatı fıkhiyye Kamusu**, 10 Cilt, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ts.

BURHÂNPUİRÎ, Şeyh Nizâm, **el-Fetâva’l-hindiyye**, 6 Cilt, Matbaatü’l-kübra el-emîriyye, ts.

BULUT, Abdurrahman, “Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Gâlibe İtibar İlkesi ile Zorluğun Defî İlkesinin Kesişmesi ve Fer’î Yansımaları (İbadetler Örneği)”. **Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 35 (Aralık 2024), 265-287.

CESSÂS, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî, **Şerhü Muhtasarı Tahavî**, thk. Said Bektaş, 8 Cilt, Beyrut: Dâru’l-beşâiri’l-İslâmiyye, 2010.

DESÛKÎ, Muhammed b. Ahmed, **Hâşiyetü’l-Desûkî ala’s-şerhi’l-kebîr**, ed. Muhammed Abdullah Şahin, Lübnan: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2011.

HALLÂF, Abdulvehhab, **es-Siyâsetü’s-şeriyye**, Kahire, 1350.

HAMÎDULLAH, Muhammed, **İslam Anayasa Hukuku**, ed. Vecdi Akyüz, İstanbul: Beyan, ts.

HAYDAR, Ali, **Dürerü’l-hükkâm şerhu mecelleti’l-ahkâm**, 4 Cilt, Kostantiniyye: Matbaatu Ebu’d-diya, 1330.

İBN ABÎDÎN, **Hâşiyetü redd’il-muhtâr alâ dürri’l-muhtâr**, thk. Mustafa el-Halebî, 6 Cilt, Beyrut: Daru’l-fikir, 1966.

İBN HACER EL-HEYTEMÎ, Ebü’l-‘Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed, **Tuḥḫetu’l-Muḫtâc fî Şerḫi’l-Minhâc**, 10 Cilt. b.y.: el-Mektebetu’t-Ticâriyye, 1357/1983.

- İBN NÜCEYM, Zeynelabidîn, **el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'man**, thk. Abdülkerim Fudaylî, Beyrut: el-Mektebetü'l-asriyye, 2011.
- İSFEHÂNÎ, Râğib, **Müfredâtü elfâzı'l-Kur'an**, thk. Safvan Adnan Davûdî, Dimeşk: Dâru'l-kalem, 2011.
- KARADAVÎ, Yusuf, **Fıkhu'l-cihâd**, 2 Cilt, Kahire: Mektebetu vehbe, 4. Baskı, 2009.
- KÂSÂNÎ, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, **Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i'**, thk. Muhammed Muavvad, 10 Cilt, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 4. Baskı, 2019.
- MEVLEVÎ, Faysal, **el-Müslimü Muvâtınen fî Avrupa**, Kahire: el-İttihadü'l-alemî li'l-Ulemâi'l-müslimîn, 2008.
- NEVEVÎ, Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref, **Ravdatu't-Tâlibîn ve 'Umdetu'l-Muftîn**, thk. Zuheyr eş-Şâvîş, 12 Cilt, Beyrut; Dimaşk; Amman: el-Mektebu'l-İslâmî, 1412/1991.
- ÖZEL, Ahmet, **Dârulislam Dârulharb İslam Hukukunda Ülke Kavramı**, İstanbul: İz Yayıncılık, 3. Baskı, ts.
- ÖZEL, Ahmet, "Dârülbağy", **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi**, 8/514-515, İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Ahmed, **Şerhu's-siyeri'l-kebîr**, thk. Hasan İsmail. 5 Cilt. Beyrut, ts.
- SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, **el-Mebsût**, 31 Cilt, Beyrut: Dâru'l-mâriye, 1989.
- SİMÂVÎ, Bedreddin, **Câmi'u'l-fusûleyn**, 2 Cilt, Kahire, 1300.
- TUBULİYAK, Süleyman, **el-Ahkâm es-siyâsiyye li'l-ekalliyyâtı'l-Müslime fi'l-fıkhi'l-İslâmî**, Dâru'n-nefâis, 1997.
- TÜRCAN, Talip, **Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri**, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 271. Basım, 2001.
- TÜRCAN, Talip, "İslam Hukukunun Klasik ve Çağdaş Doktrinlerinde Cihad", **İslam Kaynaklarında, Geleneğinde ve Günümüzde Cihad**, İstanbul: Kuramer, 2016.
- VELVÂLİCÎ, Ebû'l-Feth Zahîrüddîn Abdürreşîd b. Ebî Hanîfe b. Abdirrezzâk, **el-Fetâva'l-velvâliciyye**, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003.
- YAKAR, Emine, "Fıkhu'l-ekalliyyât Teorisi ve Mülkîlik/Dâr Anlayışı", **Müslüman Azınlıklar Fıkhu**, thk. Tuğrul Kütükcü, Fecr Yayınları, 2023.
- YAMAN, Ahmet, **İslam Devletler Hukuku -Uluslararası İlişkiler-**, Ankara: Fecr Yayınları, 2020.
- YAMAN, Ahmet, **İslam Kamu Hukuku**, Ankara: Bilay, 2021.
- ZAHALKA, İyad, **Shari'a in the Modern Era: Muslim Minority Jurisprudence**. çev. Stadler Ohad - Sibony Cecilia, United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.

ZEYDÂN, Abdulkerim, **Ahkâmu’z-Zimmiyyîn ve’l-Müste’menîn**, Mektebetu’r-Risâle, 1982.

ZÜHAYLÎ, Vehbe, **Âsâru’l harb fi’l-fıkhı’l-İslâmî**, Dımaşk: Dâru’l-Fıkr, 1998.

Kur’an-ı Kerîm Meâli, ts.

Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Sınır Ötesi Rekabetin Engellenmesinde Etki Doktrini Üzerine Değerlendirme^(*)

Evaluation of the Effects Doctrine in Preventing Cross-Border Competition in the Context of Private International Law

Erman EROĞLU^(**)

Öz:

Milletlerarası ekonomik ilişkilerin yoğunlaştığı günümüz dünyasında küresel ticaret hacminin arttığı, rekabet ihlallerinin sadece milli hukuk düzenleri içerisinde kalmayıp milletlerarası boyut kazandığı, günden güne görülmektedir. Bu durum sınır ötesi nitelik taşıyan rekabet ihlallerine uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bakımından hem teorik hem de uygulamaya dönük ciddi tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda öne çıkan ilkelerden birisi “etki doktrini”dir. Bu doktrin, özellikle rekabet hukukunda, bir ülkenin sınırları dışında gerçekleşen eylemlerin kendi pazarına doğrudan ve önemli etkisinin bulunması halinde o ülkenin yargılama yetkisine olanak tanımaktadır. Makalede etki doktrininin, milletlerarası özel hukuk bakımından işlevi ele alınmış; bu ilkenin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) çerçevesinde Türk hukukundaki yeri incelenmiştir. Bununla birlikte, Anglo-Amerikan ve Avrupa Birliği hukuk sistemlerinde etki doktrininin gelişimi ve uygulama biçimleri mukayeseli olarak değerlendirilmiş; bu kapsamda, ilgili sistemlerde etki doktrininin tarihsel gelişimi, hangi durumlarda uygulandığı ve hangi kriterlerin esas alındığı detaylı biçimde incelenmiş; özellikle “doğrudan, önemli ve öngörülebilir etki” kriterlerinin uygulamadaki karşılığı irdelenmiştir. Rekabet Kurulu’nun, sınır ötesi nitelikteki işlemler bakımından verdiği bazı emsal kararlar üzerinden yabancı teşebbüslerin Türkiye piyasasına etkileri somut olarak ortaya konmuştur. Bununla birlikte, MÖHUK m.38 kapsamında rekabetin engellenmesi durumunda etki doktrininin nasıl ele alınması gerektiği ve bu değerlendirmenin sınırlarının ne şekilde çizileceği üzerinde durulmuştur. Devamında, uygulamada karşılaşılan sorunlara yer verilmiş ve etki doktrininin bu çerçevede nasıl yorumlanabileceğine ilişkin öneriler sunulmuştur.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 15.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1758091

Bu makaleye atıf için: EROĞLU, Erman, “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Sınır Ötesi Rekabetin Engellenmesinde Etki Doktrini Üzerine Değerlendirme”, **İMHD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1053-1079

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: erman.eroglu@asbu.edu.tr
Orcid: 0000-0002-1371-3240

Anahtar Kelimeler:

Milletlerarası Rekabet Hukuku, Uygulanacak Hukuk, Rekabetin Engellenmesi, Etki Doktrini.

Abstract:

The progressive globalization of economic activity and the consequent erosion of territorial limitations in market operations have rendered cross-border competition law infringements a matter of increasing legal and doctrinal complexity, necessitating the re-examination of jurisdictional principles in both domestic and international legal frameworks. This evolution necessitates a critical examination of the applicable legal norms governing cross-border anti-competitive conduct, both in theory and in practice. Within this context, the “effects doctrine” emerges as a pivotal principle. Particularly in the field of competition law, this doctrine allows a state to assert extraterritorial jurisdiction where conduct occurring outside its territory produces direct, substantial, and reasonably foreseeable effects within its domestic market. This article explores the doctrinal foundations and practical implications of the effects doctrine within the framework of private international law, with specific reference to Turkish law. It examines the legal basis and implementation of this principle under Law No. 4054 on the Protection of Competition and Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law (PILPL). Furthermore, it undertakes a comparative analysis of the doctrine’s evolution and application in the Anglo-American and European Union legal orders. In this regard, particular attention is paid to the historical development of the doctrine, the legal thresholds for its invocation, and the interpretative criteria adopted in case law, most notably the application of the “direct, substantial, and reasonably foreseeable effects” test. Drawing upon selected precedents from the Turkish Competition Authority concerning cross-border transactions, the study demonstrates how foreign undertakings’ conduct may give rise to appreciable effects within the Turkish market. In addition, the article evaluates the interpretative challenges posed by Article 38 of the PILPL in cases involving restraints of competition and discusses the parameters within which the effects doctrine should be applied in such contexts. Finally, the study identifies key issues encountered in practice and proposes interpretative and normative recommendations aimed at enhancing the coherent and effective application of the effects doctrine in Turkish private international and competition law.

Keywords:

International Competition Law, Applicable Law, Restriction of Competition, Effects Doctrine.

Extended Summary:

As the global economy becomes more interconnected, anti-competitive behavior increasingly crosses national borders, making traditional territorial jurisdiction insufficient to handle these cross-border violations. This legal challenge has led to the evolution of jurisdictional principles that can better address the complexities of international market activity. One of the most prominent of these is the *effects doctrine*, which allows a country to apply its competition laws beyond its borders when foreign conduct has a direct and significant impact on its domestic market. This article explores the meaning and development of the effects doctrine, how it has been interpreted by courts, and its specific application within Turkish competition law and private international law.

The first part of the article examines the historical development and doctrinal foundations of the effects doctrine in the case law of the United States of America (USA) and the European Union (EU). In the USA, landmark cases like *ALCOA* and later *Empagran* introduced a functional test based on whether the foreign conduct has a “direct, substantial, and reasonably foreseeable” effect on domestic commerce. This test has played a key role in the extraterritorial application of American antitrust law under the Sherman Antitrust Act, though American courts have sometimes narrowed its reach to avoid overstepping into other nations’ sovereignty.

While the European Union shares the overarching goal of protecting competition within its internal market, it has developed its own distinct interpretative framework through the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. Landmark rulings such as *Wood Pulp*, *Gencor*, and *Intel* demonstrate the EU's pragmatic approach, which combines the effects doctrine with the single economic entity theory. This has allowed the EU to hold parent companies located outside its borders liable for anti-competitive conduct carried out by their subsidiaries within the internal market. The EU's approach reflects a functional and purpose-driven understanding of territoriality, prioritizing the economic impact of conduct over rigid, formalistic notions of geographic boundaries.

The second part of the article focuses on Turkish competition law, particularly Article 2 of Law No. 4054 on the Protection of Competition, which incorporates the effects doctrine by extending the law's reach to anti-competitive conduct occurring outside of Türkiye that nonetheless affects its domestic markets. This provision has been interpreted and enforced by the Turkish Competition Authority in a number of decisions that illustrate Türkiye's alignment with global enforcement trends. For example, in the *Imported Coal* decision, the Authority imposed sanctions on foreign undertakings with no operational presence in Türkiye, on the grounds that their pricing and market allocation practices had a tangible impact on Turkish consumers. The Authority made clear that contractual elements, such as international shipping terms or foreign jurisdiction clauses, do not preclude the application of Turkish law when the economic effects are felt within Türkiye. Similarly, in cases involving export cartels among poultry producers, the Authority reaffirmed that concerted practices designed to manipulate domestic prices by restricting supply, even when the conduct appears to target foreign markets, fall within its jurisdiction due to their indirect effects on Turkish consumers.

Beyond public enforcement, the article also explores the implications of the effects doctrine in the realm of private international law, particularly in determining the applicable law for damages claims arising from cross-border competition law violations. In this context, Article 38 of PILPL plays a central role. It introduces a market effects-based connecting factor, stipulating that the law of the country whose market is directly affected by the restriction of competition shall govern the dispute. This rule closely parallels Article 6(3)(a) of the EU's Rome II Regulation, thereby fostering coherence between Turkish and European approaches to private international law. However, the article highlights a gap in Turkish law: the absence of a clear statutory definition of what constitutes a "directly affected market," which gives rise to interpretive uncertainty. To fill this gap, the article calls for a systematic and economically informed interpretation of the term, drawing on the market definition techniques used in substantive competition law. This would require a fact-specific analysis of market realities, including the structure of the market, product substitutability, and the geographic scope of competitive dynamics.

In its concluding section, the article argues that the incorporation of the effects doctrine into Turkish law represents both a normative and practical alignment with international legal standards. However, to fully realize the doctrine's potential, Turkish courts must adopt a more rigorous and principled approach to its application, especially in the context of private enforcement. Judicial consistency, doctrinal clarity, and effective cross-border coordination are critical to ensuring that the effects doctrine operates not only as a means of asserting jurisdiction but also as a safeguard for competitive markets and legal certainty in a transnational setting.

On balance, the effects doctrine stands as a cornerstone of modern competition law enforcement, providing a theoretically robust and practically indispensable foundation for jurisdiction in a globalized economy, one where market impact, rather than territorial boundaries, defines the locus of economic harm. The article therefore calls for continued doctrinal development and active judicial engagement to reinforce the doctrine's role in both public and private enforcement under Turkish law.

GİRİŞ

Küreselleşen ekonomi düzeninde, mal ve hizmet piyasalarının sınır ötesi nitelik kazanması, rekabet ihlallerinin, milli hukuk sistemleri içinde çözümlenmesini yetersiz hale getirmiştir. Özellikle milletlerarası nitelikteki rekabet ihlallerinden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında, hangi devlet hukukunun uygulanacağı sorunu, milletlerarası özel hukukun önemli meselelerinden biri haline gelmiştir¹. Bu bağlamda, sınır ötesi rekabet ihlallerinin değerlendirilmesinde öne çıkan etki doktrini (*effects doctrine*), hem kamu hukuku hem de özel hukuk bakımından giderek artan bir öneme sahip olmuştur².

Türk hukukunda, etki doktrinine dayalı düzenleme ilk olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)³'un 2. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bunu takiben, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁴'un 38. maddesi ile bu doktrinin özel hukuk bağlamında da uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Bu çerçevede, rekabet ihlalinin doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında, fiilin gerçekleştiği yerden bağımsız olarak, doğrudan etkilenen piyasa hukukunun uygulanması esası benimsenmiştir⁵.

Etki doktrininin bu şekilde Türk hukuk sistemine dahil edilmesi, yalnızca yerli piyasaların korunması amacını taşımamakta aynı zamanda Türk hukukunun milletlerarası rekabet hukukuyla uyumlulaşma çabasının da bir tezahürü olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki, etki doktrini bağlamında “doğrudan etkilenen piyasa” kavramının somut sınırlarının ve içeriğinin gerek uygulamada gerekse doktrinde hala belirsizlik taşıyor oluşu, önemli yorum farklarına yol açmaktadır.

Bu makalede, etki doktrininin milletlerarası özel hukuk bağlamında önemi, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ele alınarak, özellikle MÖHUK m. 38

¹ Detaylı bilgi için bkz. DANOVA, Mihail, **Private International Law and Competition Litigation in a Global Context**, Bloomsbury Publishing, Cambridge, 2023.

² RODGER, Barry J., “EU Competition Law and Private International Law: A Developing Relationship”, **Handbook on European Competition Law**, Ed. Ioannis LIANOS/ Damien GERADIN, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, s. 456-490.; MARTYNISZYN, Marek, “Developing Countries’ Experience with Extraterritoriality in Competition Law”, (Çevrimiçi) https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d3_en.pdf, E.T. 01.04.2025.

³ RG. 13.12.1994, S. 22140.

⁴ RG. 27.11.2007, S. 26728.

⁵ TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal, “Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ed. Sabih ARKAN/ Aynur YONDALIK, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.325-346.

hükümü bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği irdelenecektir. Bu bağlamda, Türk rekabet hukuku ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği (AB) hukukundaki etki doktrini temelli yaklaşımlar karşılaştırmalı bir şekilde değerlendirilecek; doktrinel ve yargı kararları ışığında, etki doktrininin kapsamı ve sınırları detaylı bir şekilde ortaya konmaya çalışılacaktır.

Bu makale dört bölümden oluşmaktadır. Girişi takip eden bölümde; sınır ötesi rekabet ihlallerinde, etki doktrini karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku çerçevesinde ele alınmaktadır. Sonraki bölümde, Türk milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında rekabet ihlalleri, etki doktrini bağlamında değerlendirilmektedir. Son bölümde ise uygulamada karşılaşılan sorunlara ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmekte; ayrıca, genel bir değerlendirme yapılmaktadır.

I. SINIR ÖTESİ REKABETİN ENGELLENMESİNDE ETKİ DOKTRİNİ

A. Genel Olarak

Kavramsal olarak etki doktrini, icra yetkisine sahip bir devletin sınırları dışında faaliyet gösteren yabancılara ulaşmak amacıyla geliştirilen yargı yetkisine dair doktrindir⁶. Bu doktrin, fiilin icra eden devletin sınırları dışında gerçekleşmesine rağmen, söz konusu devlet içinde bir etki doğurması durumunda uygulanmaktadır⁷. Etki doktrinin kökeni, ülkesellik ilkesinin objektif yorumuna dayanmaktadır⁸. Bu doktrin, yurt dışında gerçekleşen faaliyetlerin, yabancı uyrukluların eylemleri dahi olsa, ülke içindeki menfaatler üzerinde doğurduğu etkiler nedeniyle düzenlemeye tabi tutulabileceğini ileri sürmektedir⁹. Etki doktrini, yasaklanan fiilin meydana getirdiği sonucun, fiilin kendisi kadar hukuka aykırılığın bir unsuru olduğunu kabul etmekte ve bu yolla ülkesellik ilkesinin gerek-

⁶ MARTYNISZYN, Marek, "Extraterritoriality in Competition Law: Changing Frictions", **Research Handbook on Extraterritoriality in International Law**, Ed. Austen PARRISH - Cedric RYNGAERT, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 398; Etki doktrinin gelişimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. SAMIE, Najeeb, "The Doctrine of 'Effects' and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws", **University of Miami Inter-American Law Review**, Y. 1982, C. 14, S. 23, s. 23-59.; PARRISH, Austen L., "Evading Legislative Jurisdiction", **Notre Dame Law Review**, Y. 2012, C. 87, s. 1673-1708.

⁷ Bu husus, esasen Lotus kararında açıkça ortaya konulduğu üzere, aksini öngören açık bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadıkça, devletlerin kendi ülke sınırları dışında meydana gelen fiiller veya kişiler üzerinde egemenlik yetkisi tesis edebilecekleri ilkesine dayanmaktadır. Bkz. Permanent Court of International Justice. The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey). Judgment, Ser. A, No. 10 (7 September 1927).

⁸ HERDEGEN, Mathias, **Principles of International Economic Law**, Oxford University Press, Oxford, 2024, s. 107.

⁹ SAMIE, s. 23; MARTYNISZYN, Changing Frinctions, s. 395.

rini karşılamayı hedeflemektedir¹⁰. Etki doktrininin kapsamı ve gelişimi büyük ölçüde içtihatlar aracılığıyla şekillenmiş olduğundan, söz konusu doktrinin değerlendirilmesinin yargı kararları çerçevesinde yapılması isabetli olacaktır. Bu bakımdan, etki doktrinin ilk ortaya çıktığı yer olan Amerika Birleşik Devletleri hukukunun incelenmesi yerinde olacaktır. Bunu müteakiben Avrupa Birliği hukukunda etki doktrini yargı kararları ışığında ele alınacaktır.

B. Amerikan Yargı Kararları Bağlamında Etki Doktrini

Rekabet kurallarının ülke sınırları dışında da uygulanmasının gerekliliğini ileri süren devletlerden biri, 1890 yılında Sherman Antitröst Kanunu (*Sherman Antitrust Act*)¹¹'nu kabul eden Amerika Birleşik Devletleri olmuştur. Bu yönüyle ABD, rekabet hukukunun milletlerarası boyutuna ilişkin farkındalığı erken bir dönemde geliştirmiş ve kendi iç hukuk normlarını yabancı unsurlu uyumsuzluklara da uygulanabilir kılma yönünde öncülük etmiştir¹². Nitekim, etki doktrini ilk olarak Amerikan hukuk uygulamasında ortaya çıkmıştır¹³.

Sherman Antitröst Kanunu'nu incelendiğinde, yalnızca ABD dahilindeki ticari faaliyetler değil, aynı zamanda eyaletler arasındaki ticaret ile bu eyaletlerin yabancı devletlerle gerçekleştirdiği iktisadi ilişkiler de düzenleme kapsamına alınmıştır. Kanun'un bu şekilde kaleme alınmış olması, Amerikan iç pazarını etkileyen kaynağı yurt dışında olsa dahi her türlü ticari faaliyetin Amerikan rekabet hukukunun uygulama alanına dahil edilebilmesine imkan tanımaktadır¹⁴. Bu doğrultuda, yabancı teşebbüslerin faaliyetlerinin Amerikan ticaretini “doğrudan, önemli ve makul ölçüde öngörülebilir” şekilde etkilemesi halinde, Amerikan mahkemeleri bu teşebbüsler üzerinde yargı yetkisine sahip olmaktadır¹⁵. Her ne kadar Sherman Antitröst Kanunu'nun sınır ötesi uygulanabilirliğine ilişkin hükümler uzun süredir mevcut olsa da¹⁶ bu husus milletlerarası düzeyde

¹⁰ HERDEGEN, s. 108; SAMIE, s. 24.

¹¹ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7 (1890).

¹² GERBER, David J., **Competition Law and Antitrust**, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 101.

¹³ Amerikan rekabet hukukunda etki doktrinin ortaya çıkması ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. PHILIPS SAWYER, Laura, U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective, **Harvard Business School Working Paper**, No. 19-110, 2019.

¹⁴ BRODER, Douglas, **US Antitrust Law and Enforcement**, 3. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 10-12.

¹⁵ SAMIE, s. 24.

¹⁶ KAVA, Samuel F., “The Extraterritorial Application of the Sherman Anti-Trust Act in the Age of Globalization: The Need to Amend the Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) & Vigorously Apply International Comity”, **Journal of Business & Technology Law**, Y. 2019, C. 15, s. 135-1622.

ilk kez 1945 yılında, Kanada menşeli bir teşebbüsün Sherman Antitröst Kanunu'na aykırı davranışları nedeniyle bir Amerikan mahkemesi nezdinde yargılanmasıyla dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, literatürde sıklıkla atıf yapılan *United States v. Aluminium Co. of America*¹⁷ kararı, etki doktrininin şekillenmesinde ve milletlerarası düzeyde kabul görmesinde büyük önem taşımaktadır. Buna müteakiben de çeşitli yargı kararlarıyla etki doktrininin sınırları çizilmiştir. Bu bağlamda, Amerikan hukukunda etki doktrinine yön veren *American Banana Co. v. United Fruit Co.*¹⁸, *United States v. Aluminium Co. of America*, *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*¹⁹, *Hartford Fire Insurance Co. v. California*²⁰, *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*²¹ ve *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*²² kararlarını incelemek yerinde olacaktır.

1. *American Banana Co. v. United Fruit Co. Davası*

American Banana Co. v. United Fruit Co. kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, Sherman Antitröst Kanunu'nun ülke sınırları dışında meydana gelen fiillere uygulanamayacağına hükmetmiştir. Davacı American Banana Co., davalı United Fruit Co.'nun Orta Amerika'daki faaliyetlerine haksız müdahalede bulunduğunu, bu kapsamda Honduras hükümetini etkileyerek davacının muz bahçelerine el koyduğunu ve serbest ticaret hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, bu eylemlerin ABD toprakları dışında gerçekleştiğini belirterek, federal rekabet mevzuatının bu tür milletlerarası uyuşmazlıklara uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Kararda, mevzuatın uygulama alanının esas olarak ülke sınırlarıyla çizildiği; başka bir devletin topraklarında meydana gelen ve o devletin hukukuna tabi olan fiillere Amerikan hukukunun uygulanamayacağı vurgulanmıştır²³. Bu yaklaşım, milletlerarası hukuk bağlamında egemenlik ilkesine uygunluk taşımakla birlikte, Amerikan rekabet hukukunun sınır ötesi etkisini sınırlandırmaktadır²⁴. Karar, sonraki yıllarda gelişecek olan etki doktrini öncesi dönemin klasik egemenlik temelli sınırlama anlayışını yansıtan önemli bir içtihat olma özelliği göstermektedir.

¹⁷ *United States v. Aluminum Co of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹⁸ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

¹⁹ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 574 F. Supp. 1453 (N.D. Cal. 1983).

²⁰ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 US 764 (1993).

²¹ *F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran SA*, 542 US 155 (2004).

²² *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corporation*, No. 14-8003 (7th Cir. 2015).

²³ *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 357 (1909).

²⁴ HANDLER, Milton, "The Supreme Court and the Antitrust Laws: A Critic's Viewpoint", *Georgia Law Review*, Cilt 1, Sayı 3, 1967, s. 343.

2. *United States v. Aluminum Co. of America Davası*

American Aluminium Company (ALCOA), hakkında açılan rekabet ihlali davasında, davalı şirketin ABD iç pazarında hakim durumunu kötüye kullandığı ve tekel oluşturduğu gerekçesiyle, bu tekelleşmenin bertaraf edilmesi amaçlanmıştır. Ancak yargılama sürecinde, ALCOA'nın bağlı kuruluşu olarak Kanada'da kurulan Aluminium Limited of Canada isimli şirketin faaliyetleri de inceleme konusu yapılmıştır. Her ne kadar Aluminium Limited of Canada şirketi, ALCOA'nın iştiraki olarak kurulmuş olsa da ilk derece mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede bu teşebbüsün bağımsız hareket ettiği sonucuna ulaşılmış ve dolayısıyla ALCOA'nın bu şirketin eylemlerinden doğrudan sorumlu tutulamayacağına hükmedilmiştir. 1931 yılında Aluminium Limited of Canada, İngiltere, Fransa, Almanya ve İsviçre merkezli üreticilerden oluşan milletlerarası bir alüminyum karteline katılmıştır. İsviçre merkezli olarak kurulan bu kartelin amacı, küresel ölçekte alüminyum üretimini ve satışını sınırlamaktır. Bu sınırlamalar, ABD'ye yönelik ihracatı da kapsamaktadır. Nitekim, ALCOA söz konusu kartelin üyesi olmamasına rağmen Amerikan makamları tarafından yargılamaya konu edilmiştir. Aluminium Limited of Canada, savunmasında kartelin İsviçre'de kurulduğunu ve İsviçre hukukuna tabi olduğunu; ayrıca İsviçre hukukunca da hukuka uygun kabul edildiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi bu savunmayı dikkate alarak, kartelin Amerikan ticaretini etkilemediği sonucuna varmışsa da temyiz merci bu görüşe katılmamıştır. Yargıç Learned Hand, kararında Sherman Antitröst Kanunu'nun uygulanabilirliğine ilişkin yaptığı değerlendirmede, bir davranışın yabancı bir devletin hukukuna uygun olmasının Amerikan hukukunun uygulanmasını engellemeyeceğini belirtmiştir²⁵. Yargıç Hand'a göre, Amerikan Kongresi'nin ABD dışında faaliyet gösteren ancak Amerikan ticaretini etkileyen yabancı kişi ve şirketlere karşı hukuki sorumluluk öngörüp öngörmediği meselesi esas alınması gerekmektedir²⁶. Yargıç Hand, yabancı bir teşebbüsün ABD ticaretine yönelik etkisi varsa ve bu etki doğrudan, önemli ve öngörülebilir nitelikteyse Amerikan rekabet hukukunun uygulanabilir hale geldiği yönündeki ilkenin benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷. Bu bağlamda, kartel faaliyetlerinin ABD'nin alüminyum ithalatını etkileme amacı taşıdığı ve bu etkiyi fiilen meydana getirdiği tespit edilerek, Sherman Antitröst Kanunu'nun uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılmıştır. ALCOA kararıyla birlikte Amerikan rekabet hukukunda etki doktrini içtihat haline gel-

²⁵ United States v. Aluminum Co of America, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945).

²⁶ United States v. Aluminum Co of America, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945).

²⁷ United States v. Aluminum Co of America, 148 F.2d 416, 444 (2d Cir. 1945).

miştir²⁸. Nitekim, Amerikan ticaretini etkileme kastıyla hareket eden ve bu etkiyi doğuran yabancı teşebbüsler, Amerikan rekabet düzenlemelerinden sorumlu tutulabilmektedir. Bu yaklaşım zamanla geliştirilmiş; sadece fiili etkinin varlığı değil etki niyetinin bulunması halinde de sorumluluğun doğabileceği kabul edilmiştir²⁹. Kararda, Amerikan ticaretini etkileme niyetinin bulunması halinde bu etkinin gerçekleştiğinin varsayılabilmesi ve bu varsayımın aksi yöndeki ispat yükünün davalı tarafa ait olacağı ifade edilmiştir³⁰.

3. *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America Davası*

Davada, Honduras'ta faaliyet gösteren Amerikan menşeli Timberlane Lumber Co., Bank of America'nın Honduras hükümetiyle birlikte hareket ederek ticari faaliyetlerini engellediğini ve bu suretle Sherman Antitröst Kanunu'na aykırı şekilde rekabeti kısıtladığını ileri sürmüştür. Davacı, Bank of America'nın eylemleri neticesinde Honduras'taki yatırımının zarara uğradığını iddia ederek Amerikan yargı mercilerinde tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak temyiz merci, rekabet düzenlemelerinin doğrudan yurt dışındaki faaliyetlere uygulanmasının sınırsız olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, yalnızca etki doktrini kapsamında ekonomik etkilerin değerlendirilmesinin yeterli olmadığına karar vererek çok yönlü bir kıstas geliştirmiştir³¹. Bu kapsamda, mahkeme tarafından uluslararası nezaket kuralları gereği yabancı devletlerin iç işlerine müdahale yasağı ve ilgili devletin dış politika çıkarları dikkate alınarak rekabet kurallarının sınır ötesi uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir³². *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* kararı, ABD rekabet hukukunun milletlerarası alanda uygulanmasının mutlak olmadığını ortaya koyarak, milletlerarası ticari faaliyetlerde bulunan şirketlerin yalnızca iç hukuk kurallarına değil aynı zamanda devletlerarası ilişkiler çerçevesinde hareket etmeleri gerektiğine dair emsal nitelikte bir karardır³³.

²⁸ Etkin doktrinin ALCOA kararıyla içtihat haline gelmesine ilişkin olarak bkz. PHILLIPS-SAWYER, Laura, "Jurisdiction beyond Our Borders: United States v. Alcoa and the Extraterritorial Reach of American Antitrust, 1909-1945", **Antimonopoly and American Democracy**, Ed. Daniel A. CRANE - William J. NOVAK, New York, Oxford Academic, 2023, s.278-318.

²⁹ SAMIE, s. 33-36.

³⁰ United States v. Aluminum Co of America, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945).

³¹ Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 574 F. Supp. 1467 (N.D. Cal. 1983).

³² Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 574 F. Supp. 1464 (N.D. Cal. 1983).

³³ BRILMAYER, Lea, "The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal", **Law and Contemporary Problems**, Y. 1987, C. 50, S. 3, s. 14; UDIN, Andrew C., "Slaying Goliath: The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law to OPEC", **American University Law Review**, Y. 2001, C. 50, S. 5, s. 1344.

4. *Hartford Fire Insurance Co. v. California* Davası

Hartford Fire Insurance Co. v. California kararında, bazı İngiliz reasürans şirketlerinin Amerikan sigorta piyasasında belirli poliçelerin sunumunu kısıtlamak amacıyla anlaşarak rekabeti sınırladıkları ve bu şekilde Sherman Antitröst Kanunu'nu ihlal ettikleri ileri sürülmüştür. Davalılar, eylemlerinin İngiltere'de gerçekleştiğini ve İngiliz hukukuna uygun olduğunu; dolayısıyla Amerikan hukukunun uygulanamayacağını savunmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise; söz konusu eylemlerin ABD'de "doğrudan, önemli ve makul ölçüde öngörülebilir"³⁴ ekonomik etkiler doğurduğu gerekçesiyle Sherman Antitröst Kanunu'nun uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, milletlerarası nezaket kurallarının yalnızca iki ülke hukukunun doğrudan bir çatışma içinde olması halinde Amerikan hukukunun uygulanmasını sınırlayabileceğini belirtmiş³⁵; ancak burada böyle bir doğrudan çatışma bulunmadığını vurgulamıştır. Bu karar, *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* kararında geliştirilen çok yönlü kıstastan farklı olarak etki doktrinine daha geniş bir alan tanımış³⁶ ve Amerikan rekabet hukukunun sınır ötesi uygulanmasında daha kapsayıcı bir yorumun benimsenmesine yol açmıştır³⁷.

5. *F. Hoffman-La Roche Ltd v. Empagran S.A.* Davası

F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A. davası, çeşitli ülkelerde faaliyet gösteren ilaç ve vitamin üreticilerinin, dünya genelinde vitamin doğal piyasa koşulları dışında fiyatlarını artırmak amacıyla kartel oluşturdukları iddiasıyla açılmıştır. Davacılar arasında, ABD dışında yerleşik ve zararlarını yalnızca yabancı piyasadaki ticari faaliyetlerden kaynaklı olduğunu iddia eden şirketler de bulunmaktadır. Bu şirketler, yabancı zararlarının Amerikan rekabet hukukuna aykırı küresel bir kartelden kaynaklandığını ileri sürerek ABD mahkemelelerinde tazminat talebinde bulunmuşlardır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Dış Ticarete Rekabet Geliştirme Kanunu (*Foreign Trade Antitrust Improvements Act, FTAIA*)³⁸ kapsamında, ABD rekabet hukukunun yalnızca Amerikan piyasalarında "doğrudan, önemli ve öngörülebilir" etkileri olan eylemler için uygulanabileceğine hükmetmiştir³⁹. Mahkeme, yabancı zararların yalnızca yabancı

³⁴ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 US 796 (1993).

³⁵ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 US 798 (1993).

³⁶ TRENOR, John A., "Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws after *Hartford Fire*", *University of Chicago Law Review*, Y. 1995, C. 62, S. 4, s. 1583-1617.

³⁷ UDIN, s. 1347.

³⁸ *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, 15 U.S.C. § 6a (1982).

³⁹ *F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran SA*, 542 US 155 (2004).

piyasalardaki rekabetin bozulmasından kaynaklandığı ve bu zararlar ABD'deki rekabet etkileri arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmadığı durumlarda Amerikan rekabet hukukunun uygulanamayacağını belirtmiştir⁴⁰. *Empagran* kararı, Amerikan rekabet hukukunun küresel piyasalarda sınırsız bir şekilde uygulanamayacağını ortaya koymaktadır.

6. *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.* Davası

Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp. kararı, Motorola'nın yurt dışındaki bağlı ortaklıkları tarafından satın alınan LCD panellerin, milletlerarası fiyat sabitleme yoluyla fahiş fiyatlarla temin edildiği iddiasına dayanmaktadır. Motorola, bu panellerin ABD'de monte edilerek cep telefonlarında kullanıldığını ve dolayısıyla nihai zararın ABD sınırları içinde gerçekleştiğini öne sürerek, Sherman Antitröst Kanunu kapsamında tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak temyiz merci, FTAIA uyarınca yurt dışında gerçekleşen işlemlere ilişkin rekabet ihlallerinden doğan zararların, yalnızca doğrudan ve önemli etkilerle Amerikan iç piyasasını etkilemesi halinde ABD rekabet mevzuatına tabi olabileceğini belirtmiştir⁴¹. Mahkeme, zarar gören tarafların Motorola'nın yabancı iştirakleri olduğunu ve bu iştiraklerin ABD hukuk düzeni dışında faaliyet gösterdiğini vurgulayarak, iddia edilen zararın ABD ekonomisi üzerinde yeterli doğrudanlıkta bir etki doğurmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu karar, özellikle çok uluslu şirketlerin yabancı iştirakleri aracılığıyla gerçekleştirdikleri işlemlerde Amerikan mahkemelerinde dava açabilme sınırlarını daraltmakta ve *Empagran* kararında ortaya konulan kıstasların uygulama alanına yöneliktir.

C. AB Yargı Kararları Bağlamında Etki Doktrini

Avrupa Birliği'nin İşleyişin Hakkında Antlaşma'nın (*Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU*)⁴² 101. ve 102. maddeleri, üye devletler arasındaki iç pazarda⁴³ rekabetin serbest işleyişini engelleyen, bozucu ya da sınırlayıcı nitelikteki her türlü teşebbüsler arası anlaşmayı, uyumlu eylemi ve teşebbüs birlikleri kararını açıkça yasaklamaktadır⁴⁴. Avrupa Birliği rekabet kurallarının, coğrafi

⁴⁰ F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran SA, 542 US 156 (2004).

⁴¹ Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corporation, No. 14-8003 (7th Cir. 2015).

⁴² Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), [2012] OJ C 326/47, art. 101.

⁴³ İç pazarın Avrupa Ekonomik Bölgesi olduğu için bkz. CAN, Hacı, *Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2008, s. 378.

⁴⁴ JONES, Alison/ SUFRIN, Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 7. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 1197.

olarak AB sınırlarının dışında faaliyet gösteren, AB'ye üye olmayan devletlerin tabiiyetinde bulunan teşebbüsler hakkında da uygulanabilirliği söz konusudur⁴⁵. Nitekim bu uygulama, etki doktrininin bir uzantısı niteliğindedir. Bu bağlamda, AB dışındaki bir teşebbüsün faaliyetlerinin, AB içi piyasalarda rekabeti sınırlayıcı ya da bozucu nitelikte bir etkisinin bulunması halinde, bu teşebbüs AB rekabet kurallarının uygulama alanı içine girebilmektedir⁴⁶. Bu doğrultuda, söz konusu teşebbüslerin rekabet kurallarını ihlal etmeleri durumunda, AB yetkili makamları tarafından bu ihlale ilişkin yaptırımların tatbik edilmesi mümkündür⁴⁷. Dolayısıyla, hukuki anlamda etkilerin ortaya çıktığı yer esas alınmak suretiyle, AB rekabet hukukunun milletlerarası düzeyde karşılık bulduğu görülmektedir.

AB hukukundaki içtihatlar incelendiğinde, AB dışı bir devletin hukukuna tabi bir ana şirketin, kendisine bağlı olarak faaliyet gösteren ve bir AB üyesi devletin tabiiyetinde bulunan iştiraki aracılığıyla rekabet kurallarını ihlal etmesi halinde, bu ihlalden yalnızca ilgili iştirak değil ana şirketin de sorumlu tutulabildiği görülmektedir⁴⁸. Başka bir ifadeyle, fiilen birlik üyesi bir devlette faaliyet göstermekte olan teşebbüsün sevk ve idaresinin esasen birlik dışındaki bir ana şirket tarafından yürütülmesi durumunda, rekabet hukukuna aykırı eylemlerin sorumluluğu yalnızca icracı teşebbüsle sınırlı tutulmamakta; ekonomik bütünlük doktrini (*single economic unit doctrine*) kapsamında ana şirket de müteselsil sorumluluk altına alınabilmektedir⁴⁹. Bu yaklaşım, AB rekabet hukukunun ihlalleri tespit ve cezalandırma konusundaki etkinliğini artırmayı amaçlamakta olup, grup şirketleri arasındaki ilişkilerin hukuki niteliğinden ziyade fiili ekonomik ve organizasyonel bağlılık dikkate alınarak bir bütün olarak şirketler topluluğuna yöneltilecek bir sorumluluk anlayışını benimsemektedir⁵⁰. Avrupa Komisyonu ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarında yer bulan bu yorum tarzı, rekabetin ihlaline sebep olan davranışın kaynağına ulaşmayı ve ihlalin etkilerini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, AB sınırları dışında mukim olsa dahi, ihlal üzerinde belirleyici etkisi bulunan ana şirketin sorumluluğu ka-

⁴⁵ SCOTT, Joanne, "Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law," **American Journal of Comparative Law**, Y. 2014, C. 62, S. 1, s. 95.

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. DAMRO, Chad, "Building an International Identity: The EU and Extraterritorial Competition Policy", **Journal of European Public Policy**, Y. 2001, C. 8, S. 2, s. 208-227.

⁴⁷ SCOTT, s. 96.

⁴⁸ EROL, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu), Ankara, 2000, s. 89.

⁴⁹ EZRACHI, Ariel, **EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases**, 5. Basım, Bloomsbury, Oregon, 2016, s. 629.

⁵⁰ EZRACHI, s. 629.

bul edilmekte ve AB hukukunun sınır ötesi etkili bir şekilde uygulanmasına olanak sağlanmaktadır. Bu bağlamda *Wood Pulp*⁵¹, *Gencor Ltd. v. Commission*⁵², *Imperial Chemical Industries Ltd v Commission*⁵³, *Intel v. Commission*⁵⁴ davalarını incelemek yerinde olacaktır.

1. Wood Pulp Davası

Ahlström Osakeyhtiö ve diğer Kuzey Avrupa merkezli kağıt üreticileri, Avrupa Komisyonu tarafından, ahşap hamuru piyasasında fiyat belirleme ve piyasa paylaşımı yoluyla rekabet hukukuna aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle, Roma Anlaşması⁵⁵'nin 85. maddesine aykırılıktan dolayı para cezasına çarptırılmışlardır⁵⁶. Davacılar, Komisyon'un yetkisini aşarak özellikle Avrupa Ekonomik Alanı dışında yerleşik teşebbüslere karşı işlem tesis ettiğini ve delillerin yetersiz olduğunu ileri sürerek ABAD'a başvurmuştur. Komisyon ise, söz konusu teşebbüslerin Avrupa pazarında etkili faaliyetlerde bulunduğunu ve hukuki dayanak olarak etki doktrinini kullanarak kararının geçerliliğini savunmuştur.

ABAD, bu davada etki doktrinine atıfta bulunarak, Avrupa dışında yerleşik teşebbüslerin AB iç pazarına yönelik rekabeti kısıtlayıcı eylemlerinin AB rekabet hukuku kapsamında denetlenebileceğini karara bağlamıştır⁵⁷. Mahkeme, söz konusu üreticilerin uyumlu eylem içinde hareket ettiğine dair dolaylı ancak yeterli deliller bulunduğunu ve piyasa davranışlarının koordineli olduğunu değerlendirerek Komisyon'un kararını onamıştır. Bu karar, milletlerarası kartellerin Avrupa Birliği rekabet hukuku çerçevesinde sorumluluğunun kapsamını belirlemesi açısından emsal niteliğinde olup çok uluslu teşebbüslerin AB dışındaki faaliyetlerinin de rekabet denetimine tabi olabileceğini ortaya koymuştur⁵⁸.

⁵¹ A. Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission of the European Communities, Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 31 Mart 1993, ECR 1993 I-01307 (ECLI:EU:C:1993:120).

⁵² Gencor Ltd v. Commission of the European Communities, Case T-102/96, Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber, extended composition), 25 March 1999, ECR 1999 II-753 (ECLI:EU:T:1999:65).

⁵³ Imperial Chemical Industries Ltd v. Commission, Case 48/69, Judgment of the Court, 14 July 1972, ECR 1972 619 (ECLI:EU:C:1972:70).

⁵⁴ Intel Corporation Inc. v. European Commission, Case C-413/14 P, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 September 2017, European Court Reports (general), ECLI:EU:C:2017:632.

⁵⁵ Treaty Establishing the European Economic Community (Treaty of Rome), March 25, 1957, 298 U.N.T.S. 11.

⁵⁶ Günümüzde bu madde, 101.maddeye tekabül etmektedir.

⁵⁷ EZRACHI, s.630.

⁵⁸ EZRACHI, s.631.

2. *Gencor Ltd. v. Commission* Davası

Avrupa Komisyonu, Güney Afrika hukukuna tabi Gencor ile İngiliz hukukuna tabi Lonrho Plc'nin, yine Güney Afrika merkezli Impala Platinum Holdings Ltd (Implats) üzerinde ortak kontrol tesis etmeye yönelik birleşme işlemini, Avrupa Birliği iç pazarında platin ve rodyum piyasalarında kolektif hakim durum oluşturacağı gerekçesiyle 4064/89 sayılı Avrupa Birleşme Tüzüğü⁵⁹ kapsamında yasaklamıştır. Komisyon, söz konusu işlemin, tarafların merkezlerinin veya üretim faaliyetlerinin AB dışında olmasına karşın, işlem konusu ürünlerin AB pazarında satılması nedeniyle iç pazarda öngörülebilir, doğrudan ve hissedilir etkilere yol açacağını tespit etmiştir. Gencor'un, Komisyon kararına karşı açtığı iptal davasında Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, Komisyon'un coğrafi yetki alanının AB dışındaki işlemleri de kapsayabileceğini, zira Tüzüğün uygulanabilirliğinin faaliyetlerin fiilen AB pazarında rekabet doğurup doğurmadığına göre belirleneceğini belirtmiştir. Mahkeme kararında, birleşme işleminin sonucu olarak AB pazarında faaliyet gösteren üç büyük ekonomik aktörden ikisinin birleşmesi suretiyle piyasa yapısının iki taraflı hakim konuma evrilmesinin, etkin rekabeti önemli ölçüde zayıflatacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, Güney Afrika rekabet otoritelerinin işlemi onaylamış olması, birleşmenin AB rekabet hukuku bakımından denetlenmesine engel teşkil etmemektedir. Zira bu onay, taraflara hukuken zorunlu bir birleşme yükümlülüğü getirmemekte, sadece milli hukuk bakımından rekabet ihlali teşkil etmediğini göstermektedir⁶⁰.

3. *Imperial Chemical Industries Ltd v Commission (Dyestuffs)* Davası

Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, Komisyon tarafından iç pazarda faaliyet gösteren ve bazıları AB dışında yerleşik olan on yedi boya üreticisine yönelik verilen kartel kararının iptali istemiyle açılan davada, rekabet hukukunun sınır ötesi uygulanabilirliğine ilişkin önemli değerlendirmeler yapmıştır. Mahkeme, başvuran teşebbüsün AB içinde yerleşik bağlı ortaklıkları aracılığıyla fiyat artışlarına ilişkin kartel kararlarını uygulamaya koyduğunu tespit etmiş; bu doğrultuda, fiillerin doğrudan iç pazarda icra edildiğini ve bu durumun Roma Anlaşması'nın 85. maddesine⁶¹ aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda, bağlı şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmalarının,

⁵⁹ Commission Notice on the Concept of Full-Function Joint Ventures under Council Regulation (EEC) No. 4064/89 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ C 66/1, 2 March 1998 (CELEX: 31998Y0302(01)).

⁶⁰ EZRACHI, s.633.

⁶¹ Günümüzde bu madde, 101.maddeye tekabül etmektedir.

fiillerin ana şirkete atfedilmesine engel teşkil etmediği; özellikle pazardaki kararlarını bağımsız olarak alamayan, ana şirketin talimatlarına uygun hareket eden bağlı şirketlerin, ekonomik anlamda tek bir teşebbüsün parçası sayılabileceği vurgulanmıştır. Mahkeme, bu bağlamda ekonomik bütünlük doktrinini esas alarak, şirketler topluluğu içinde ana şirketin bağlı ortaklıkları üzerindeki belirleyici etkisinin hukuki sorumluluk doğurduğuna hükmetmiştir. Karar, AB rekabet hukukunun sınır ötesi etkisine yönelik tartışmalarda etki doktrinine açıkça yer vermemekle birlikte, ekonomik bütünlük doktrini üzerinden benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Özellikle başvuran şirketin, bağlı ortaklıkları aracılığıyla Avrupa iç pazarında fiyat politikalarını yönlendirme gücünü fiilen kullanması, hukuki sorumluluğun kendisine atfedilmesine yeterli görülmüştür. Mahkemenin bu yaklaşımı, küresel şirket yapılarının rekabet hukuku kurallarını dolanmasını engelleyerek AB içi rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla, fiili kontrol ve ekonomik bütünlük esasına dayanmaktadır⁶².

4. *Intel v. Commission* Davası

Merkezi ABD’de bulunan teknoloji şirketi Intel’in, esas faaliyetlerini AB dışındaki üçüncü ülkelerde yürütmesine rağmen, rekabeti ihlal ettiği iddia edilen eylemlerinin AB içindeki rekabet yapısını etkileyebilecek nitelikte olduğu mahkemece belirtilmiştir. Bu durum, AB rekabet hukukunun coğrafi uygulama alanı bağlamında etki doktrininin gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu bağlamda, eğer bir teşebbüsün AB dışında icra ettiği faaliyetler, AB içindeki rekabet şartlarını önemli ölçüde etkiliyorsa, söz konusu faaliyetler AB rekabet hukuku hükümlerine tabi kılınabilmektedir. Nitekim Intel örneğinde, şirketin ABD veya Asya pazarlarında gerçekleştirdiği anlaşmalar ile uyguladığı sadakat indirimlerinin, AB’de faaliyet gösteren bilgisayar üreticileri nezdinde ve nihai olarak tüketici refahı üzerinde doğrudan ve ciddi etkiler doğurduğu tespit edilmiştir. Bu çerçevede, AB Genel Mahkemesi, rekabete aykırı fiilin AB pazarında etkisini göstermesi halinde, bu fiilin AB sınırları dışında gerçekleşmiş olmasının Komisyon’un yetkisini ortadan kaldırmayacağını açıklıkla ortaya koymuştur⁶³.

⁶² EZRACHI, s.638.

⁶³ EZRACHI, s.637; FOX, Eleanor M., “Extraterritorial Jurisdiction, Antitrust, and the EU Intel Case: Implementation, Qualified Effects, and the Third Kind,” *Fordham International Law Journal*, Y. 2019, C. 42, 2019, s. 981-997.

II. TÜRK KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARINCA REKABETİN ENGELLENMESİNDE ETKİ DOKTRİNİ

A. Türk Hukukunda Etki Doktrini

Türk rekabet hukuku bakımından etki doktrini, RKHK'nın 2. maddesinde kabul edilmiş ve hem doktrinde hem de Rekabet Kurulu kararlarında uygulama alanı bulmuştur. Anılan maddede, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen teşebbüslerin” RKHK kapsamına girdiği ifade edilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, Türkiye’de fiziksel olarak faaliyette bulunmayan ancak davranış ve işlemleriyle Türkiye’deki mal ve hizmet piyasaları üzerinde rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuran yabancı teşebbüslerin de RKHK hükümleri uyarınca denetime tabi oldukları kabul edilmektedir⁶⁴.

RKHK bağlamında, bir teşebbüsün Türkiye’de hukuki varlık göstermemesi, merkezinin yurt dışında bulunması ya da doğrudan Türkiye’de yerleşik bir temsilcisinin bulunmaması, rekabet hukuku uygulaması bakımından belirleyici değildir⁶⁵. Önemli olan husus, söz konusu davranışların Türkiye’deki piyasalarda rekabeti etkileyip etkilemediğidir⁶⁶. Dolayısıyla, etki doktrini çerçevesinde, yabancı menşeli teşebbüslerin Türkiye piyasalarına yönelik olarak gerçekleştirdiği rekabeti bozucu, engelleyici veya sınırlayıcı nitelikteki faaliyet ve işlemler, RKHK’nın uygulama alanına girmektedir⁶⁷.

Rekabet ihlali teşkil eden fiillerin somut görünüm biçimleri farklılık arz edebilmektedir. Örneğin; Türkiye’de kurulmamış bir yabancı teşebbüsün, Türkiye’de yerleşik iştiraki, temsilcisi, dağıtıcısı veya başka bir bağlı şirketi vasıta-

⁶⁴ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akıtlar ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Ed. Koç Üniversitesi, İstanbul, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları, 2010, s. 216; KARAUZ, Ağah Kürşat / İŞİK, Halil Alperen, “Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 2016, C. 1, S. 1, s. 289; YANKIN, Rağbe, “Türk Rekabet Hukukunda Etki Prensibinin Rekabet Kurumu Uygulamalarına Yansıması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2022, C. 17, S. 191, s. 140; ÇELEN, Aydın/ ERALP, Erman, “Türk Rekabet Hukuku Mevzuatı Uyarınca Etki Doktrini,” *Articletter Dergisi*, Y. 2018, S. 21, s. 11.

⁶⁵ YANKIN, s. 11.

⁶⁶ TARMAN, Zeynep, Derya, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 115; SARIÖZ, Ayşe İpek, *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 106.

⁶⁷ EROL, s.158; DERE, Gülçin, *Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri*, (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu), 2012, s. 31.

sıyla yürüttüğü faaliyetler, etki doğurması halinde RKHK m. 2 kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁸. Hatta daha ileri gidilerek, yabancı teşebbüsün Türkiye’de herhangi bir iştiraki ya da distribütörü bulunmasa dahi, mal veya hizmetlerinin Türk tüketiciler tarafından doğrudan ithal edilmesi suretiyle Türkiye piyasalarında bir rekabet ihlali söz konusu olursa⁶⁹, Rekabet Kurulu’nun bu fiiller üzerinde inceleme ve yaptırım yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁰. Nitekim Rekabet Kurulu içtihatlarında da bu yaklaşım benimsenmiş; özellikle kartel oluşumlarına ilişkin vakalarda, Türkiye’de doğrudan faaliyeti bulunmayan yabancı teşebbüslerin, ihraç ettikleri ürünlerin fiyatlandırılması ya da dağıtım koşulları aracılığıyla Türkiye piyasalarında rekabeti olumsuz etkiledikleri hallerde, bu teşebbüsler hakkında soruşturma yürütülerek idari yaptırımlar uygulanabilmiştir⁷¹.

Türk rekabet hukukunda etki doktrininin somut uygulamalarından biri, Rekabet Kurulu’nun “ithal kömür kararı”⁷² olarak bilinen kararında açıkça görülmektedir. Anılan kararda, ithal parça kömür piyasasında rekabeti sınırlayıcı nitelikte anlaşmalar yapıldığına ilişkin iddialar üzerine, Türkiye’ye kömür ihraçatında bulunan dört teşebbüs hakkında, ikisi yurt dışında mukim olmak üzere, Rekabet Kurulu tarafından soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma neticesinde Kurul, RKHK’nın 4. maddesinin ihlal edildiği kanaatine ulaşmış ve ilgili teşebbüsler hakkında idari yaptırım uygulanmasına karar vermiştir. Soruşturma sürecinde yurt dışında kurulu olan ve Türkiye’de herhangi bir fiziksel varlığı bulunmayan Krutrade isimli teşebbüs, kendisine yöneltilen iddialara karşı yaptığı savunmada, Türkiye’de doğrudan satış faaliyeti yürütmediğini, teslimatların FOB (*Free on Board*) ve CIF (*Cost, Insurance and Freight*) bazında gerçekleştiğini, dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti topraklarında herhangi bir hukuki işlem yahut ticari faaliyet gerçekleştirmediğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte, tüm satış sözleşmelerinin Türkiye dışında düzenlendiğini belirtmiştir. Ancak Kurul, bu savunmayı RKHK’nın 2. maddesinde yer alan etki doktrini çerçevesinde değerlendirerek reddetmiştir. Kurul’un bu değerlendirmesi, etki doktrinin Türk rekabet hukukunda yalnızca fiziksel varlık veya hukuki işlem yeri gibi şekli unsurlara değil, piyasa üzerindeki fiili ve ekonomik etkiler yönünden maddi

⁶⁸ DERE, s. 32; TEKİNALP/ TEKİNALP, s. 333.

⁶⁹ KAYIŞ, Bengü, **Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 116-117.

⁷⁰ TEKİNALP/ TEKİNALP, s. 333.

⁷¹ DERE, s. 27- 49.

⁷² Rekabet Kurulu, 2 Eylül 2010 tarih ve 10-57/1141-430 sayılı kararı.

unsurlara dayandığını ortaya koymaktadır. Gerçekten de söz konusu kararda, teşebbüslerin Türkiye’de elde ettikleri cironun ne şekilde oluştuğunun yahut satışın hangi hukuki zemin üzerinde gerçekleştiğinin esas alınmadığı ve temel ölçütün Türk piyasalarındaki rekabete olan etkiler olduğu açıkça vurgulanmıştır⁷³. Bu yaklaşım, etki doktrininin özüyle örtüşmekte ve Türk rekabet hukukunun milletlerarası boyutta da etkin şekilde uygulanmasını sağlamaktadır.

Rekabet Kurulu, bir başka kararında⁷⁴ Türkiye’de gerçekleştirilen bir kömür alım ihalesine yurt dışı merkezli iki yabancı teşebbüsün teklif sunmuş olmasını etki doktrini bağlamında değerlendirmiştir. Kurul, bu teklif verme eylemini de rekabet hukuku bağlamında bir ticari faaliyet olarak değerlendirmiş ve bu davranışların Türk piyasaları üzerinde rekabeti etkileyebilecek nitelikte olduğu sonucuna varmıştır. Bu çerçevede, söz konusu yabancı teşebbüslerin Türkiye’de doğrudan faaliyet yürütmeseler dahi, sundukları teklifler aracılığıyla Türk pazarına etki ettikleri gerekçesiyle RKHK m. 2 kapsamında denetime tabi oldukları kabul edilmiştir. Kurul’un yine aynı dosyada değerlendirdiği bir diğer unsur, söz konusu iki yabancı teşebbüsün ortak girişim kurma talepleridir. Kurul, bu girişimi incelerken öncelikle ortak girişimin faaliyet göstereceği ürün pazarını belirlemiş, tarafların faaliyet alanlarını incelemiş, aralarındaki sözleşme ilişkilerini değerlendirmiş ve bu ortaklık yapısının ilgili pazarda rekabeti sınırlayıcı bir amaç veya etki taşıyıp taşımadığını araştırmıştır. İnceleme sonucunda, ortak girişimin taraflarının birbirleriyle doğrudan rakip konumda olmadıkları ve girişimin rekabeti sınırlayıcı herhangi bir sonuç doğurmayacağı kanaatine varılmıştır. Bu nedenle söz konusu ortak girişime izin verilmiştir. Bu karar özelinde görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu, etki doktrininin yalnızca şekli unsurlar üzerinden değil davranışların Türk piyasası üzerindeki gerçek ve potansiyel etkileri çerçevesinde değerlendirmekte, böylece milletlerarası nitelik taşıyan rekabet ihlallerine karşı etkin bir denetim mekanizması işletmektedir. İthal kömür kararı, bu anlamda, RKHK’nın ülke dışı teşebbüslere uygulanabilirliğinin sınırlarını ve etki doktrininin Türk rekabet hukukundaki uygulama gücünü gözler önüne sermesi bakımından önem arz etmektedir.

Rekabet Kurulu, ülkemizde faaliyet gösteren çimento üreticilerine yönelik olarak yürütülen soruşturma sonucunda verdiği kararda, teşebbüslerin RKHK’nın 4. maddesini ihlal ettiklerine hükmetmiştir. Kararda, teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaların yalnızca iç pazarda satış miktarlarını belirlemeye

⁷³ DERE, s.34.

⁷⁴ Rekabet Kurulu, 19 Haziran 2003 tarih ve 03-44/500-220 sayılı kararı.

yönelik olmadığı aynı zamanda ihraç pazarlarını da kapsayan bir pazar paylaşımı ve fiyat belirleme mekanizması oluşturduğu tespit edilmiştir. Özellikle ihracat karteli iddiası çerçevesinde yapılan değerlendirmede, ülke içi karlılığı korumak amacıyla arz fazlasının sistematik biçimde ihracata yönlendirilmesinin, rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Kurul, bu yapının sadece üreticiler arası yatay iş birliğini değil aynı zamanda bayiler arasında bölgeler arası ticaretin kısıtlanmasını da beraberinde getirdiğini tespit etmiştir⁷⁵.

Rekabet Kurulu, beyaz et sektöründe faaliyet gösteren yirmi yedi teşebbüsün üye olduğu Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkcıları Birliği Derneği hakkında yürütülen soruşturma sonucunda, söz konusu teşebbüslerin RKHK'nın 4. maddesini ihlal edip etmediklerini değerlendirmiştir. Kurul kararında, ihracat kartellerine yalnızca kuruldukları ülke iç pazarına etki etmemeleri koşuluyla müsamaha gösterilebileceği belirtilmiş; ancak somut olayda, kurulan ihracat kartelinin asıl amacının iç piyasadaki arzı kısıtlayarak fiyatları yapay biçimde yükseltmek olduğu vurgulanmıştır. Bu kapsamda, kartelin yalnızca dış pazarlara yönelik değil, iç pazara doğrudan etkili olduğu gerekçesiyle RKHK m. 4 kapsamında hukuka aykırı bir anlaşma niteliği taşıdığına karar verilmiştir⁷⁶.

B. MÖHUK m. 38 Bağlamında Rekabetin Engellenmesi Bakımından Etki Doktrini

Rekabet ihlalleri bakımından özel bağlama kuralı, MÖHUK'un 38. maddesinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 38'in uygulama alanı, ancak rekabet ihlalinin birden fazla devletin hukuk düzeniyle temas kurduğu hallerde gündeme gelmektedir⁷⁷. Taraflardan birinin yabancı olması, rekabet ihlali fiilinin gerçekleştiği veya sonuç doğurduğu yerin yabancı bir ülke olması ya da grup şirket ilişkilerinde eylemin yurt dışı merkezli bir iştirak tarafından gerçekleştirilmesi⁷⁸ gibi durumlar bu bağlamda önem taşımaktadır⁷⁹. Zira esasa uygulanacak huku-

⁷⁵ Rekabet Kurulu, 26 Temmuz 2007 tarih ve 07-62/740-268 sayılı kararı.

⁷⁶ Rekabet Kurulu, 25 Kasım 2009 tarih ve 09-57/1393-362 sayılı kararı.

⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997; TİRYAKİOĞLU, 2010, s. 211-218; HUYSAL, Burak, "Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerine Uygulanacak Hukuk", **Rekabet Dergisi**, Y. 2012, C. 13, S. 2, s. 69-94; ARI, Buket, "Rekabet İhalelerinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", **Rekabet Dergisi**, Y. 2013, C. 14, S. 1, s. 3-40.

⁷⁸ KARAUZ/ IŞIK, s. 290.

⁷⁹ NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 372; ÖZEL, Sibel/ ERKAN, Mustafa/ PÜRSELİM, Hatice Selin/ KARACA, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3. Basım, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 526; GÜNGÖR, Gülin, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 221; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATA-

kun belirlenebilmesi için öncelikle fiilin hukuki mahiyetinin tespiti, yani vasıflandırmanın yapılması zorunludur⁸⁰. Bu bağlamda, MÖHUK m. 38’de yer alan bağlama kuralı çerçevesinde “doğrudan etkilenen piyasa”⁸¹ kavramının, etki doktrini çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁸². Bu bağlama kuralı, Roma II Tüzüğü⁸³ m. 6 ile paralellik göstermektedir⁸⁴. Bu düzenleme ile, daha önce RKHK’nın 2. maddesiyle tek taraflı olarak getirilen “piyasa üzerine etki” kısıtası, MÖHUK m. 38 ile iki taraflı bir bağlama kuralına dönüştürülmüştür⁸⁵. Kanaatimizce, böyle bir paralellik, milletlerarası hukuk uygulamalarıyla uyum sağlanması açısından müspet bir tercihtir. Özellikle çok uluslu şirketlerin faaliyet gösterdiği karmaşık piyasa yapılarında, ihlalin gerçekleştiği yerden ziyade fiilin etkisinin açıkça hissedildiği iktisadi alanın esas alınmasının⁸⁶, hem mağdur bakımından adil sonuçlara ulaşılmasını sağladığı hem de hukuki öngörülebilirliği güçlendirdiği kanaatindeyiz.

Rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler, devletin piyasalarda rekabetin bozulmasını önlemek ve ekonomik düzeni korumak amacıyla üstlendiği kamusal müdahale yetkisinin bir sonucudur⁸⁷. MÖHUK m. 38(1)’e göre, mahkeme, rekabet ihlalinin etkisinin doğduğu yeri belirlemelidir. Etkinin hissedildiği yer,

MAN FİĞANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 409; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 482; CAN, Hacı / ERGENE, Deniz / ŞAHAN, Ferit Çağdaş / ÖZTÜRK, Esra, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025, s. 627.

⁸⁰ Aksi halde, devletlerin farklı düzenlemelere sahip olması, hukuki uyumsuzlıkların farklı sonuçlarla neticelenmesine yol açmaktadır. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Bahar, “Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı: Pazar Üzerine Doğrudan Etki (MÖHUK m. 38)”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 350; HELLMNER, Michael, “Private International Enforcement of Competition Law: The Application of Foreign Competition Law”, *Yearbook of Private International Law, Swiss Institute of Comparative Law*, Y. 2002, S. 4, s. 361; DI GIO, Alessandro, “Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law”, *World Competition, Kluwer Law International*, Y. 2009, C. 32, S. 2, s. 201 - 203; PAPADOPULOS, Anestis, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 15 - 19.

⁸¹ Bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, “etkilenen piyasa” kavramının yorumlanmasında esas alınması gereken hukuk sistemi Türk rekabet hukukudur. Bkz. ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Düzenlemesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 203-204; TİRYAKIOĞLU, 1997, s. 81.

⁸² HUYSAL, s.78.

⁸³ Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), OJ L 199/40, 31 July 2007.

⁸⁴ ÜSTÜNDAĞ, s.349.

⁸⁵ GÜVEN, Pelin, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, S. 1, s. 447.

⁸⁶ FOOER, Albert / CUNEO, Jonathan, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, 2. Basım, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012, s. 301.

⁸⁷ TİRYAKIOĞLU, 1997, s. 81; KAYIŞ, s. 80.

esasen ekonomik faaliyetlerin yürütüldüğü piyasa olduğundan, bu piyasanın somut olay özelinde belirlenmesi gerekmektedir⁸⁸. Bu noktada, Türk rekabet hukukunda yerleşik hale gelmiş olan “ilgili pazarın tanımlanması” yöntemi, uygulamaya yönelik önemli bir rehber işlevi görmektedir. Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz⁸⁹ dikkate alındığında, ilgili ürün ve coğrafi pazar; arz ve talep ikamesi, potansiyel rekabet baskısı gibi iktisadi göstergeler esas alınarak belirlenmektedir. Bu sayede, ihlalden zarar gören teşebbüsün iktisadi olarak faaliyet gösterdiği ve fiilen rekabetin sınırlandırıldığı alan açıkça ortaya konulmuş olur⁹⁰. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre; piyasa tanımlaması sürecinde katı kurallara bağlı kalınarak hareket edilmemeli; aksine, uyumsuzluğun mahiyeti, taraflar arasındaki ilişkinin sınır ötesi niteliği ve farklı hukuk sistemlerinin konuya ilişkin yaklaşımları dikkate alınarak daha esnek ve bağlama duyarlı bir değerlendirme yöntemi benimsenmelidir⁹¹. Zira her ülkenin rekabet hukukuna ilişkin mevzuatı, ihlal sayılan eylemlerin kapsamı ve bu eylemlere verilen tepkiler farklılık arz etmektedir⁹². Yukarıdaki kararlarda görüldüğü üzere Amerikan hukukunda bir fiilin rekabet ihlali sayılabilmesi, bazen yalnızca Amerikan rekabet otoritesinin açık bir tespitine bağlı olabilmektedir⁹³. Bu sebeple, mahkemelerin piyasa kavramına yalnızca pozitif hukukun sınırları içinde değil; somut olayın şartlarını ve iktisadi gerçekliği dikkate alarak yaklaşımları gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu yaklaşımın sınırsız bir genişlemeye kapı aralamaması adına, rekabet ihlalinin ilgili piyasa üzerinde doğrudan ve belirli ağırlıkta bir etki yaratması zorunludur⁹⁴. Yalnızca dolaylı, zincirleme veya yansıyan etkilerin bağlama noktası olarak kabul edilmesinin, etki doktrininin amacından saptıracağı ve uygulamada öngörülemezliğe yol açacağı kanaatindeyiz.

⁸⁸ HUYSAL, s.74-75.

⁸⁹ Rekabet Kurulu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Karar No. 08-04/56-M, kabul tarihi 10 Ocak 2008, [https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-\(08-04\)-56-m-20210203105245341-pdf](https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-20210203105245341-pdf), E.T. 7.5.2025.

⁹⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 358.

⁹¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 359; ÖZTÜRK, Necla/ KUŞCU, Döndü, “Türk Milletlerarası Usul Hukuku Bağlamında Yargılama Yetkisinin Çatışması”, *Africa: 2nd International Conference on New Horizons in Sciences*, Ed. Mehmet Fırat BARAN, Ankara, Academy Global Publishing House, 2023, s. 15-21.

⁹² HUYSAL, s.77.

⁹³ United States v. Aluminum Co of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁹⁴ Nitekim doktrinde, makul ilişkinin tespitinde etkinin doğrudan, öngörülebilir ve esaslı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. SARIOĞ, s. 105; ÖZTEKİN GELGEL, s. 203; TİR-YAKIOĞLU, 1997, s. 84; DERE, s.45.

Milletlerarası özel hukuk bağlamında doğrudan etki, temel bir sınırlandırma ölçütü olarak illiyet bağına sağlamaktadır⁹⁵. Zira yalnızca doğrudan etkilere dayanılması hukuki öngörülebilirlik açısından önem arz etmektedir⁹⁶. Uygulamada, dolaylı ya da zincirleme etkilerin bağlama noktası olarak değerlendirilmesinin, tarafların hangi hukukun uygulanacağını öngörememesine neden olduğu ve muğlaklık yarattığı kanaatine katılmaktayız⁹⁷. Her ne kadar MÖHUK m. 38(1) hükmünde “doğrudan etki” kavramına yer verilmişse de bu terimin içeriği açık biçimde tanımlanmamıştır. Benzer şekilde, RKHK’da da “doğrudan etkilenen pazar”a dair açık bir tanım mevcut değildir. Ancak hem RKHK’nın 2, 4, 6 ve 7. maddelerin gerekçeleri⁹⁸ hem de yukarıda bahsedilen Rekabet Kurulu’nun yerleşik içtihatları, bu kavramın uygulamada nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin rehber niteliktedir. Nitekim, RKHK m. 4 ve m. 6 kapsamında düzenlenen; rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler ve hakim durumun kötüye kullanılması fiilleri, doğrudan etki kıstasına tabi tutulmaktadır. Bu fiillerin, belirli bir ürün veya hizmet pazarında rekabeti önemli ölçüde engellemesi veya bozması halinde, ilgili pazar, doğrudan etkilenen alan olarak değerlendirilmektedir⁹⁹. Bununla birlikte, RKHK m. 7’de düzenlenen birleşme ve devralmalarda da eğer işlem, hakim durum yaratma veya mevcut hakim durumu pekiştirme riski taşıyorsa, bu işlemler neticesinde etkilenecek pazar da doğrudan etki kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰⁰. Doğrudan etkinin milletlerarası özel hukuk bağlamında mahiyetine gelince; bu kavram, ihlal teşkil eden bir eylemin, yabancı bir ülke piyasasında ilk ve doğrudan sonuçlarını doğurması anlamına gelmektedir¹⁰¹. Etkinin gerçekleşmiş olması aranmasa da objektif olarak ilgili piyasayı etkileyebilecek nitelikte bulunması, başka bir deyişle, makul ölçüde öngörülebilir bir tehdit oluşturmamasının, yeterli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece, yalnızca fiili zarar değil; zarar tehlikesinin somutlaşmış olması da bağlama kurallarının işletilmesi açısından yeterli görülmelidir.

⁹⁵ TARMAN, s. 115.

⁹⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 359.

⁹⁷ ÜSTÜNDAĞ, s.360.

⁹⁸ Rekabet Kurulu, “4054 sayılı Kanun Madde Gerekçeleri”, Rekabet Kurumu web sitesi, erişim sayfası, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri>, E.T. 9.6.2025.

⁹⁹ YANKIN, s.146.

¹⁰⁰ YANKIN, s. 145.

¹⁰¹ TIRYAKIOĞLU, 1997, s. 85; ARI, s. 17; SARIOZ, s. 106.

SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Rekabet ihlallerinin sınır ötesi boyutu, küreselleşen piyasa ekonomisinin kaçınılmaz bir sonucu olarak, artık münhasıran milli hukuk sınırları içerisinde değerlendirilemeyecek kadar karmaşık ve çok katmanlı bir görünüm arz etmektedir. Bu noktada, milletlerarası özel hukuk alanında geleneksel bağlama kurallarının ötesine geçilerek, iktisadi gerçeklikleri ve piyasa dinamiklerini dikkate alan bir bağlama metodolojisinin benimsenmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu gereklilik, etki doktrinini yalnızca rekabet hukuku bağlamında değil, aynı zamanda özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukukun tayininde de merkeze yerleştirmeyi gerekli kılmaktadır.

Kanaatimizce MÖHUK m. 38, etki doktrinini Türk hukukuna taşımanın ötesinde, bu doktrini sistematik bir bağlama kuralı haline getirerek özel hukukta öngörülebilirliği güçlendiren önemli bir hükümdür. Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus, etki doktrininin bir uzantısı olan “doğrudan etkilenen piyasa” kavramının halen içeriği belirsiz ve yoruma açık bir şekilde uygulamaya konu olmasıdır. Halbuki rekabet hukukunun niteliği gereği, iktisadi bağlamda öngörülebilirlik, uygulanacak hukukun da belirlenebilir olmasıyla mümkündür. Bu bağlamda, etki doktrinin bir tezahürü olan doğrudan etkilenen piyasa ölçütü, yalnızca coğrafi veya şekli kıstaslar temelinde değil, somut iktisadi etkileşim ve rekabet bağlamı göz önünde bulundurularak dinamik bir şekilde yorumlanmalıdır. Zira sınır ötesi nitelikteki bir rekabet ihlali, çoğu zaman klasik haksız fiil bağlama kurallarının öngöremediği karmaşık bir zarar zinciri doğurmakta ve bu zincir içinde hangi piyasanın “doğrudan etkilendiği”ni belirlemek, yalnızca fiilin nerede gerçekleştiği sorusuyla cevaplanamayacak kadar çok boyutlu hale gelmektedir. Bu bağlamda kanaatimizce, MÖHUK’un 38. maddesinin uygulanmasında, Rekabet Kurulu’nun “ilgili pazar” tanımına ilişkin yöntemlerinden yararlanılarak, yargı mercilerine somut ve yönlendirici bir çerçeve sunulması uygun olacaktır. Bu yaklaşım, bağlama kuralının tutarlı ve objektif şekilde uygulanmasına hizmet edecektir. Böylelikle hem etki doktrininin keyfi yorumlarla kötüye kullanılmasının önüne geçilecek hem de teşebbüslerin milletlerarası özel hukuk ilişkileri bağlamında hukuki durumlarını daha sağlıklı ve tutarlı biçimde değerlendirebilmelerini mümkün hale gelecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ARI, Buket, “Rekabet İhalelerinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Rekabet Dergisi**, Yıl: 2013, C. 14, S. 1, s. 3-40.
- BRILMAYER, Lea, “The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal”, **Law and Contemporary Problems**, C. 50, Yaz 1987, s. 11-38.
- BRODER, Douglas, **US Antitrust Law and Enforcement**, 3. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- CAN, Hacı, **Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku**, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.
- CAN, Hacı / ERGENE, Deniz / ŞAHAN, Ferit Çağdaş / ÖZTÜRK, Esra, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025.
- ÇELEN, Aydın/ ERALP, Erman, “Türk Rekabet Hukuku Mevzuatı Uyarınca Etki Doktrini,” **Articleletter Dergisi**, Y. 2018, S. 21, s. 7-20.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- DAMRO, Chad, “Building an International Identity: The EU and Extraterritorial Competition Policy”, **Journal of European Public Policy**, Y. 2001, C. 8, S. 2, s. 208-227.
- DANOV, Mihail, **Private International Law and Competition Litigation in a Global Context**, Bloomsbury Publishing, Cambridge, 2023.
- DERE, Gülçin, **Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri**, (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu), 2012.
- DI GIO, Alessandro, “Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law”, **World Competition, Kluwer Law International**, Y. 2009, C. 32, S. 2, s. 199-220.
- EROL, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu), Ankara, 2000.
- EZRACHI, Ariel, **EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases**, 5. Basım, Bloomsbury, Oregon, 2016.

- FOOER, Albert / CUNEO, Jonathan, **The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law**, 2. Basım, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012.
- FOX, Eleanor M., “Extraterritorial Jurisdiction, Antitrust, and the EU Intel Case: Implementation, Qualified Effects, and the Third Kind,” **Fordham International Law Journal**, Y. 2019, C. 42, s. 981-997.
- GERBER, David J., **Competition Law and Antitrust**, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- GÜNGÖR, Gülin, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜVEN, Pelin, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, S. 1, s. 429-466.
- HANDLER, Milton, “The Supreme Court and the Antitrust Laws: A Critic’s Viewpoint”, **Georgia Law Review**, Y. 1967, C. 1, S. 3, s. 339-362.
- HELLNER, Michael, “Private International Enforcement of Competition Law: The Application of Foreign Competition Law”, **Yearbook of Private International Law, Swiss Institute of Comparative Law**, Y. 2002, S. 4, s. 357-401.
- HERDEGEN, Mathias, **Principles of International Economic Law**, Oxford University Press, Oxford, 2024.
- HUYSAL, Burak, “Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, **Rekabet Dergisi**, Y. 2012, C. 13, S. 2, s. 69-94.
- JONES, Alison/ SUFRIN, Brenda, **EU Competition Law: Text, Cases, and Materials**, 7. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- KARAUZ, Agah Kürşat / IŞIK, Halil Alperen, “Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 1, S. 1, s. 283-298.
- KAVA, Samuel F., “The Extraterritorial Application of the Sherman Anti-Trust Act in the Age of Globalization: The Need to Amend the Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) & Vigorously Apply International Comity”, **Journal of Business & Technology Law**, Y. 2019, C. 15, s. 135-1622.
- KAYIŞ, Bengü, **Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- MARTYNISZYN, Marek, “Developing Countries’ Experience with Extraterritoriality in Competition Law”, (Çevrimiçi) https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d3_en.pdf, E.T. 01.04.2025.
- MARTYNISZYN, Marek, “Extraterritoriality in Competition Law: Changing Frictions”, **Research Handbook on Extraterritoriality in International Law**, Ed. Austen PARRISH / Cedric RYNGAERT, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 389-411.

- NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- PAPADOPULOS, Anestis, **The International Dimension of EU Competition Law and Policy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- PARRISH, Austen L., “Evading Legislative Jurisdiction”, **Notre Dame Law Review**, Y. 2012, C. 87, s. 1673-1708.
- PHILLIPS-SAWYER, Laura, “Jurisdiction beyond Our Borders: United States v. Alcoa and the Extraterritorial Reach of American Antitrust, 1909-1945”, **Antimonopoly and American Democracy**, Ed. Daniel A. CRANE / William J. NOVAK, New York, Oxford Academic, 2023, s. 278-318.
- PHILIPS SAWYER, Laura, **U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective**, Harvard Business School Working Paper, No. 19-110, 2019.
- RODGER, Barry J., “EU Competition Law and Private International Law: A Developing Relationship”, **Handbook on European Competition Law**, Ed. Ioannis LIA-NOS - Damien GERADIN, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, s. 456-490.
- SAMIE, Najeeb, “The Doctrine of ‘Effects’ and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws”, **University of Miami Inter-American Law Review**, Y. 1982, C.14, S. 23, s. 23-59.
- SARIOZ, Ayşe İpek, **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- SCOTT, Joanne, “Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law,” **American Journal of Comparative Law**, Y. 2014, C. 62, S. 1, 2014, s. 87-125.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİĞANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.
- ÖZEL, Sibel/ ERKAN, Mustafa/ PÜRSELİM, Hatice Selin/ KARACA, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3. Basım, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Düzenlemesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- ÖZTÜRK, Necla/ KUŞCU, Döndü, “Türk Milletlerarası Usul Hukuku Bağlamında Yargılama Yetkisinin Çatışması”, **Africa: 2nd International Conference on New Horizons in Sciences**, Ed. Mehmet Fırat BARAN, Ankara, Academy Global Publishing House, 2023, s. 15-21.
- TARMAN, Zeynep, Derya, **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal, “Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ed. Sabih ARKAN/ Aynur YONDALIK, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.325-346.

- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Ed. Koç Üniversitesi, İstanbul, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları, 2010, s. 211-218.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- TRENOR, John A., “Jurisdiction and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws after Hartford Fire”, **University of Chicago Law Review**, Y. 1995, C. 62, S. 4, s. 1583-1617.
- UDIN, Andrew C., “Slaying Goliath: The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law to OPEC”, **American University Law Review**, Y. 2001, C. 50, S. 5, s. 1321-1374.
- ÜSTÜNDAĞ, Bahar, “Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı: Pazar Üzerine Doğrudan Etki (MÖHUK m. 38)”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 329-379.
- YANKIN, Rağbe, “Türk Rekabet Hukukunda Etki Prensibinin Rekabet Kurumu Uygulamalarına Yansıması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2022, C. 17, S. 191, s. 138-147.

Sigorta Hukukunda Akdî Yükümlülükler (TTK m. 1449)^(*)

Contractual Obligations in Insurance Law (TCC art. 1449)

Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL^(**)

Öz:

Sigorta sözleşmeleri, karşılıklı borç yükleyen ve tarafların menfaatlerinin zıt olduğu hukukî ilişkilerdir. Bu bakımdan, sigortacının daha yüksek prim karşılığında daha sınırlı teminat sağlama; sigorta ettirenin ise daha düşük primle daha geniş teminat elde etme arzusu üzerine kuruludur. Bu karşılıklı menfaat dengesinin sağlanmasında, akdî yükümlülüklerle dair Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1449 hükmü önemli rol oynamaktadır. Mezkûr hükme göre, sigorta ettirenin akdî yükümlülüklerini ihlâl etmesi hâlinde, sigortacı sözleşmeyi kısmen veya tamamen feshederek edim yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Mamafih mevcut düzenlemeye, ihlâlin kast, ağır veya basit ihmal olup olmadığını gözetilmeksizin “ya hep ya hiç” esasına dayalı katı bir yaklaşım benimsenmektedir. Alman hukukundan farklı olarak, kusur derecelendirmesine yer verilmemesi, hafif kusurlu hâllerde dahi sigorta ettirenin tazminat hakkını tamamen kaybetmesine yol açabilmektedir. Hakeza “akdî yükümlülük” kavramı, Türk hukukunda açıkça tanımlanmamış olup, riziko istisnasından ayırt edilmesinde dikkatli bir yorum faaliyeti gerektirmektedir. Bu makale ile TTK m. 1449 hükmünün tatbiki bakımından tartışılmalı noktalar ve yorum faaliyetinde esas alınacak kıstaslar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Sigorta Sözleşmesi, Akdî Yükümlülük, Riziko İstisnası.

Abstract:

Insurance contracts are bilateral agreements characterized by opposing interests: the insurer seeks to provide limited coverage in exchange for higher premiums, while the policyholder desires broader protection for lower payments. To balance these interests, Turkish Commercial Code (TCC) Article 1449 regulates the consequences of breaching contractual obligations stipulated

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.07.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 15.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1755630

Bu makaleye atıf için: GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat, “Sigorta Hukukunda Akdî Yükümlülükler (TTK m. 1449)”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1081-1123

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
E-posta: fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr
Orcid: 0000-0002-3266-1642

within the insurance agreement. Under this provision, if the policyholder fails to comply with contractual obligations, the insurer is entitled to terminate the contract and be released from its performance obligations. However, the current regulation adopts a strict “all or nothing” approach, disregarding the degree of fault involved in the breach. Unlike German law, which distinguishes between intentional, grossly negligent, and slightly negligent breaches, Turkish law allows for the complete forfeiture of the policyholder’s indemnity rights even in cases of minor negligence. This inflexible structure may lead to disproportionate outcomes and undermine the protective function of insurance law. Furthermore, the concept of “contractual obligation” lacks a clear definition in Turkish law. Provisions must be assessed carefully to distinguish between risk exclusions and true contractual obligations. Contractual obligations must be clearly, precisely, and transparently communicated to policyholders to be enforceable. The insurer’s duty to disclose these obligations and their legal consequences is essential to protect policyholders from unexpected loss of coverage. This article addresses the controversial aspects concerning the application of Article 1449 of the Turkish Commercial Code and examines the criteria that should be taken into account in the process of interpretation.

Keywords:

Insurance Contract, Contractual Obligation, Risk Exclusion.

Extended Summary:

Insurance contracts constitute bilateral obligatory relationships based on mutual performances, inherently reflecting the conflict of interests between the parties: the insurer aims to provide minimal coverage in return for higher premiums, while the policyholder desires the opposite. The equilibrium between these opposing interests is fundamentally ensured by the obligations stipulated in the insurance contract and the legal consequences attached to their breach. Within this context, the focus of the study is on contractual obligations as outlined under Article 1449 of the Turkish Commercial Code (TCC) and the repercussions of their violation.

According to Article 1449 of the TCC, in the event of a breach of contractual obligations, the insurer is entitled to be released from its obligation to perform by partially or fully terminating the contract. The legal regulation adopts a rigid approach based on an “all or nothing” principle, allowing the insurer to be entirely discharged from liability without considering the nature of the breach, whether intentional, grossly negligent, or merely a slight negligence. This structure potentially leads to disproportionate consequences for the policyholder, particularly in cases of minor breaches. In contrast, the German Insurance Contract Law (VVG) differentiates between levels of fault, requiring the breach to be intentional or grossly negligent for the insurer to be released from liability. If the breach arises from slight negligence, the insurer’s indemnity may only be reduced proportionally, avoiding complete forfeiture of the policyholder’s rights.

The notion of “contractual obligation” itself is not clearly defined in Turkish legislation. Not every provision imposing an obligation on the policyholder should be automatically classified as a contractual obligation within the meaning of TCC Article 1449. Whether a contractual provision constitutes a risk exclusion or a genuine contractual obligation must be determined through a comprehensive assessment of the provision’s wording, content, and purpose. Provisions imposing a specific course of conduct or refraining from certain acts upon the policyholder are more likely to qualify as contractual obligations. On the other hand, provisions stipulating objective limitations, such as geographical, temporal, or force majeure-related constraints, or those referring to mandatory public law regulations, should generally be considered as risk exclusions unless explicitly structured as behavioral duties accompanied by consequences.

For a contractual obligation to be validly imposed on the policyholder, it must be articulated in clear, precise, and comprehensible terms. Vague or ambiguous clauses that an average policyholder cannot reasonably understand should not be deemed enforceable contractual obligations. Otherwise, the policyholder risks forfeiting coverage without being adequately

informed of the obligations leading to such a result. Therefore, the duty of disclosure assumes critical importance. The insurer is obliged to inform the policyholder in writing and in a clear manner about the obligations and the legal consequences of breaching them. This ensures transparency and protects the policyholder from unexpected disadvantages.

Article 1449 of the TCC establishes a direct correlation between the breach of contractual obligations and the insurer's right to terminate the contract, thereby releasing itself from liability. The requirement of causality is also emphasized: the breach must have an impact on the occurrence of the insured risk or on the scope of the insurer's performance obligation. Without establishing this causal link, the insurer cannot invoke the breach as grounds for termination or exemption from liability. Importantly, Turkish law requires this causality in all cases, regardless of the degree of fault or the policyholder's intent. Conversely, German law exempts the insurer from proving causality in instances of intentional or fraudulent breaches, reflecting a more nuanced approach.

The legal consequences of breaching contractual obligations, as stipulated in Article 1449 of the TCC, are limited to the insurer's right to terminate the contract and thus be relieved of its performance obligations. If the contract merely stipulates the obligation without explicitly specifying the consequence for its breach, the insurer cannot invoke Article 1449 to justify termination or exemption. Moreover, the law mandates that termination and exemption from liability must be linked; the insurer cannot merely free itself from the performance obligation without formally terminating the contract.

In comparison to German law, which allows for proportionate reduction of indemnity in cases of slight negligence, Turkish law lacks intermediate mechanisms, making the current regulation disproportionately harsh towards policyholders. Introducing a graduated system of consequences, based on the severity of the breach, could enhance fairness and prevent excessive outcomes. Such reforms should focus on the differentiation of fault levels, the clarity and transparency of contractual provisions, the requirement of a causal connection, and the reinforcement of the policyholder's protective rights.

In conclusion, Article 1449 of the Turkish Commercial Code, in its current form, does not adequately serve the protective principle inherent in insurance law. It grants overly broad powers to insurers while leaving policyholders vulnerable to losing coverage, even for minor breaches. Therefore, a systematic reform of Turkish insurance law is imperative. This reform should aim to achieve a fairer balance between the parties by introducing provisions that differentiate based on fault levels, clarify the notion of contractual obligations, establish transparent disclosure standards, and incorporate alternative consequences short of full forfeiture of indemnity rights. Ensuring that contractual obligations are clearly defined and properly communicated to policyholders, coupled with a more proportionate consequence system, will promote justice and predictability within Turkish insurance law.

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi, sigortacı ve sigorta ettirenin karşılıklı edim ve yükümlülük altına girdiği, tam iki taraflı ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşır. Bu tür sözleşmelerin tabiatı, tarafların menfaatlerinin karşılıklı olmasını beraberinde getirmektedir. Nitekim sigortacı, daha yüksek prim karşılığında daha az teminat sağlamak (daha az sigorta parası ödemek); sigorta ettiren ise, daha düşük prim karşılığında daha fazla teminat sağlamak arzusundadırlar ve bu beklentiler, tabî ve meşrudur. Bu esastan olmak üzere sigorta sözleşmesi, gerçekleşmesi muhtemel bir riziko olayı etrafında şekillenen menfaat taksiminde esas belirleyicidir.

Sanayi Devrimi ve 1666 tarihinde meydana gelen Londra Yangını gibi tarihî hadiselerin etkisiyle sigorta müessesesinin ticaret ve toplum hayatında yaygınlaşması; bu süreçte sigortalanan riziko ve menfaat türlerinin çeşitlenmesi ve buna paralel olarak sigorta dolandırıcılığı vakalarının artış göstermesi, gerek mevzuatta gerekse sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenlere daha fazla yükümlülük yüklenmesini beraberinde getirmiştir. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1430 ve devamında, sigorta ettirenin yükümlülükleri düzenlenmiş ve bu yükümlülüklerin ihlâl edilmesi hâlinde; ihlâldeki kusurun derecesi, ihlâlin rizikonun gerçekleşmesine veya sigorta tazminatının artmasına olan etkileri gibi birtakım kıstasların hesaba katılması ile tazminattan indirim, sigortacının tazminat ödeme borcunun sona ermesi, sigortacıya sözleşmeden cayma veya fesih hakkının tanınması gibi neticeler bağlanmıştır.

Kanun'da düzenlenen yükümlülüklerden başka, sigorta türüne, konusuna ve rizikonun mahiyetine özgü hâl ve şartlara bağlı olarak sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene yönelik bazı özel davranış kuralları getirilmesi mümkün ve tabiidir. Bu tür davranış kuralları, esasında rizikonun gerçekleşmesinin olabileceğince önlenmesi, riziko gerçekleşmişse oluşacak zarar ve tazminat miktarının olabileceğince düşük tutulması ve sigortacının edimlerini gereği gibi yerine getirmesi amacıyla matuf akdî yükümlülüklerdir. Bununla birlikte, sözleşmede öngörülen (akdî) yükümlülüklerin sigortacının, mümkün olduğunca daha fazla prim karşılığında daha az teminat sağlama (tazminat ödeme) beklentisi ile olan rabıtasını da göz ardı etmemek gerekir. Sigortacı ve sigorta ettiren, sözleşme hürriyeti prensibi içinde sigortalı ile sağlanacak himayenin kapsamını kural olarak serbestçe belirleyebilir. Bu bakımdan sigorta sözleşmesindeki menfaat dengesi, sadece emredici ve koruyucu kanun hükümleri ile değil, sigorta sözleşmesinde öngörülen bu tür akdî yükümlülükler ve bunların yaptırımlarına dair birtakım usul ve esaslar ile de muhafaza edilmeye çalışılmıştır.

Bu esastan olmak üzere kanun koyucu, meseleyi hüküm (TTK m. 1449) ile düzenlemiştir. Mezkûr hükmün incelendiği bu makalede; rizikonun gerçekleşmesini veya tazminatın artmasını önlemek, sigortacının edimlerini gereği gibi yerine getirmesini sağlamak ya da teminat kapsamını sınırlamak amacıyla öngörülen akdî yükümlülüklerin, sigorta ettiren açısından sözleşmeyi değersiz ve anlamsız kılmaması gerektiği, ayrıca sigorta ettirenin haklı, meşru ve olağan beklentilerinin zedelenmemesi gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. AKDÎ YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI

Yükümlülük; hukuk düzeni ile emredilen ve yükümlüsünce yerine getirilmediğinde dava konusu edilebilirken; makalenin konusunu teşkil eden ve TTK m. 1449 hükmünde “*sözleşmede öngörülen yükümlülükler*” şeklinde nitelendirilen edimler, birer yükümlülük olmaktan ziyade dava ve talep konusu edilemeyen birer külfet mahiyetinde değerlendirilmektedir¹. Ne var ki bu çalışmada, hem kanunî lafza bağlı kalmak, hem de daha kısa ve ahenkli olması hasebiyle, aynı manayı karşılayan “*akdî yükümlülük*” tabiri tercih edilmiştir. Akdî yükümlülük kavramı, geniş anlamıyla veya TTK m. 1449 dairesindeki teknik ve dar anlamıyla tarif edilebilir. Geniş anlamıyla akdî yükümlülük, sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene veya bilgisi ve davranışına sonuç bağlanan diğer kişilere yüklenen her türlü yükümlülüktür. Teknik ve dar anlamı ile akdî yükümlülük ise, sigorta sözleşmesi ile sigorta ettirene veya bilgisi ve davranışına sonuç bağlananlara yüklenen ve TTK m. 1449 hükmünün tatbiki için gerekli şartları sağlayan yükümlülüklerdir. Nitekim esas itibariyle makalenin konusunu, teknik ve dar anlamı ile akdî yükümlülükler teşkil eder.

¹ ÜNAN, Samim, “Sözleşmesel Görevler (TTK 1449)”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVIII 27 Aralık 2014**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 11; PÖPEL, Thomas/ LINK, Jochen/ MOOS, Klaus, **Gesamtes Verkehrsrecht**, Ed. HAUS, Klaus-Ludwig/ KRUMM, Carsten/ QUARCH, Matthias, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2022, §28 Rn. 2; BUBMANN, Heike/ FELSCH, Joachim, **Versicherungsvertragsgesetz: VVG, EGVVG, VVG-InfoV, AltZertG, PfIVG, KfzPfIVV, allgemeine Versicherungsbedingungen**, Ed. RÜFFER, Wilfried/ HALBACH, Dirk/ SCHIMIKOWSKI, Peter, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2025, §28 Rn. 5; RIXECKER, Roland, **Versicherungsvertragsgesetz: mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung: Kommentar**, Ed. LANGHEID, Theo/ RIXECKER, Roland/ GAL, Jens/ GROTE, Joachim/ MUSCHNER, Jens, 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, §28 Rn. 9; ARMBRÜSTER, Christian, **Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz**, Ed. ARMBRÜSTER, Christian/ DÖRNER, Heinrich/ KLIMKE, Dominik/ KOLLER, Ingo/ LÜCKE, Werner/ PIONTEK, Sascha/ REIFF, Peter/ RUDY, Mathis/ SCHNEIDER, Winfried-Thomas/ VOIT, Wolfgang, 32. überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2024, §28 Rn. 68; STEINBECK, René, **Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht**, Ed. HÖRA, Knut/ SCHUBACH, Arno, 5. überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 2 Rn. 324.

A. Riziko ve Teminat Kapsamına Dair Akdî Düzenlemelerin Amacı

Bir ticari işletme faaliyeti yürüten sigortacının², kazanç elde amacına bağlı olarak sigortalılara daha az tazminat ödemek ve ödemesi muhtemel tazminatı miktarını önceden, aşağı yukarı öngörmek istemesi tabiidir ve meşrudur. Sigortacı, bu amacını gerçekleştirebilmek adına farklı usullere başvurabilir. Sözleşme serbestisi prensibinin cârî olduğu sigorta sözleşmesinde³, kural olarak teminat kapsamı serbestçe kararlaştırılabilir.

İngiliz hukukunda, “*condition precedent*” (ön şart) ve “*warranty*” (garanti şartı) olarak geçen kavram ve müesseseler, sigorta himayesini ve teminat kapsamını düzenlemek ve sınırlandırmak amacına matuf olarak sözleşmelere dercedilir. Sigorta tazminatının ödenebilmesi için, belirli bir fiilin icrası veya olayın gerçekleşmesi icap ediyorsa, bir *condition precedent* hükmünden söz edilebilir⁴. Mesela zararın gerçekleştiğini belirli bir süre içinde sigortacıya bildirme zorunluluğu bir ön şart olarak düzenlenebilir⁵. *Warranty* ise, sigorta ettirenin sigorta süresinde mutlak şekilde uymayı taahhüt ettiği hususlardır⁶. Mesela sözleşmede, teminatın geçerli olması için “*geminin Al klasında olması*” (*affirmative warranty/durum beyanı*) veya “*geminin sadece Akdeniz’de sefer yapması*” (*promissory warranty/taahhüt beyanı*) şart koşulmuş olabilir⁷. *Warranty* ile o derece katı kurallar getirilir ki, illiyet bağı olmasa dahi çoğu zaman sigortacı tazminat sorumluluğundan kurtulabilir⁸.

² Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta ve reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde teşkilatlanmaları gerekir. (Sigortacılık Kanunu m. 3/1). Bu bakımdan sigortacıların tacir oldukları (TTK m. 124/1 ve m. 16/1) dikkate alındığında, kazanç elde etme amacı ile faaliyet gösterdikleri açıktır.

³ Bkz. LOOSCHELDERS, Dirk, **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz VVG Band 1**, Ed. LANGHEID, Theo/ WANDT, Manfred, 3. Auflage, Beck, München, 2022, §1 Rn. 111; RIXECKER, §1 Rn. 13; HÖRA, Knut/ SCHUBACH, Arno, **Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht**, Ed. HÖRA, Knut/ SCHUBACH, Arno, 5. Überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2022 §1 Rn. 33; KARA, Hacı, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 144; BOZKURT, Tamer, Sigorta Hukuku, 12. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 116; KAYIHAN, Şaban/ GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Umutepe Yayınları, İstanbul, 2020, s. 87; AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 145.

⁴ Bkz. PADFIELD, Alison, **Insurance Claims**, Fifth edition, Zed Books, London, England, 2021, s. 36-37; HODGES, Susan, **Cases & Materials on Marine Insurance Law**, Taylor and Francis, Hoboken, 2012, s. 270.

⁵ RUBIN, Harwey W., Dictionary of Insurance Terms, Fourth Edition, Barron’s Educational Series, Huppauge NY 2000, s. 10; BENNET, Howard, **The Law of Marine Insurance**, 2nd Ed, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, s. 685.

⁶ MERKIN, Robert M./ HJALMARSSON, Johanna, **Compendium of Insurance Law**, Informa, London, 2007, s. 745; RUBIN, s. 558; BENNET, s. 539.

⁷ Bkz. STEMPER, Jeffrey W./ SWISHER, Peter N./ KNUTSEN, Erik S., **Principles of Insurance Law**, Fourth edition, LexisNexis, New Providence, NJ, 2011, s. 575.

⁸ ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 527; HODGES, s. 272-275.

Kara Avrupası ve Türk hukukunda ise doğrudan ve birebir *warranty* veya *condition precedent* benzeri bir müesseseler bulunmamaktadır. Esas itibari ile Türk ve Kara Avrupası hukukunda da, sözleşme serbestisi cârîdir ve sözleşmeye birtakım teminat sınırlamaları veya riziko istisnaları dercedilebilir ancak sigorta ettireni koruyucu hükümler karşısında bu imkânlar sınırlıdır. Bu esastan olmak üzere, rizikonun gerçekleşme veya ağırlaşma⁹ ihtimâlini azaltmak, sigortacı açısından doğabilecek muhtemel zararın sınırlarını öngörülebilir hâle getirmek ve bu yolla tazminat ödeme borcunun kapsamını hem sınırlandırmak hem de düzenlemek amacına matuf olarak sigorta sözleşmesi ile sigorta ettirene yönelik birtakım akdî yükümlülükler öngörülebilir¹⁰. Bu yükümlülükler, koruyucu veya ifaya yardımcı mahiyette olabilir¹¹. Bunun gibi sigortacılar, sigorta ettirenlerin davranışlarına dair haklı beklentilerini korumak ve sözleşme sadakatlerini sağlamak adına bu tür hükümler öngörebilirler¹². Türk hukukunun da dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde, bu yöndeki uygulama ve hükümlerin ihdası, birtakım kanunî sınırlamalara tâbidir. Nitekim sigortacı ve sigorta ettiren arasındaki bilgi ve ihtisas asimetrisi, keyfî ve orantısız yaptırımlar bakımından bunu elzem kılar¹³.

B. Akdî Yükümlülüklerin Riziko İstisnalarından Ayrılması

Sigorta sözleşmesinin unsurları arasında zikredilen “*riziko*”; ileride gerçekleşmesi muhtemel ve fakat gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden bilinemeyen ve tazminat ödeme borcunun doğması için gerçekleşmesi şart olan hadisedir¹⁴. Gerçekleşen hadisenin, sözleşmede tanımlanan ve kapsamı belirlenen riziko ile örtüşmemesi hâlinde, ortaya çıkan zarar var olan sigorta himayesinin kapsamına girmez; hatta sigorta himayesinin en başından itibaren mevcut olmadığı ifade

⁹ Bkz. YENER, Merve İrem, *Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 317; GENCER, Hakan, *Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülükleri ve İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar*, Seçkin Hukuk, Ankara, 2024, s. 201.

¹⁰ LOOSCHELDERS, *Kommentar*, §1 Rn. 15.

¹¹ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 203; LOOSCHELDERS, Dirk, *Versicherungsrechts-Handbuch*, Ed. Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2025, §17 Rn. 1.

¹² RIXECKER, §28 Rn. 1.

¹³ RIXECKER, §28 Rn. 1.

¹⁴ Bkz. ÜNAN, *Cilt I*, s. 14; YAZICIOĞLU, Emine/ ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 74; KENDER, Rayegân, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, On Yedinci Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 332; KAYIHAN/ GÜNERGÖK, s. 160; KARA, s. 174; BOZKURT, s. 43; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 127; ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §1 Rn. 9; YENER, s. 47; ERIŞ, s. 25.

edilebilir¹⁵. Bu esastan olmak üzere riziko, her bir sigorta sözleşmesi bakımından ayrıca tanımlanır ve sınırlandırılır¹⁶.

Sözleşmede riziko tanımlanırken, evvelâ teminat altına alınan rizikolar ana hatları ile veya teferruatlı olarak açıklanır; buna birincil riziko tanımlaması denir¹⁷. Riziko olayının meydana geldiği ve birincil riziko tanımlaması kapsamına dâhil olduğu, genel hükümler dairesinde sigorta ettiren tarafından ispat edilmelidir (TMK m. 6 ve HMK m. 190)¹⁸. Bu, çoğu zaman ortalama bir sigorta ettiren için nispeten hafif bir yükümlülüktür. İkincil riziko tanımlamasında ise, birincil riziko tanımlamasında belirtilen rizikolardan bazıları teminat kapsamı dışında bırakılır¹⁹. İkincil riziko tanımlamasının devreye girerek, tazminat ödeme borcunun sükût edeceğini ise sigortacı ispat etmelidir (TTK m. 1409/2)²⁰. Bu istisnalara istisnalar getirerek, rizikoyu tekrar teminat kapsamına sokan üçüncül riziko tanımlamaları söz konusu ise ispat yükü tekrar sigorta ettirene geçecektir²¹. Bu esastan olmak üzere, riziko istisnaları öngörülmesindeki temel düşünce, belirli bazı riskleri teminat kapsamı dışında bırakmaktır. Riziko tanımlamaları ile bir riziko istisnası öngörülmüşse, zaten sigortalı bir olay da mevcut değildir²².

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin bir davranışı, riziko istisnası veya akdî yükümlük olarak düzenlenebilir²³. Mesela sözleşmede, sadece kilitli kasada saklanan ziynet eşyalarının teminat kapsamında olduğu kararlaştırılabileceği gibi, ziynet eşyalarını kilitli kasada saklama yükümlülüğünün ihlâl edilmesi hâlinde, tazminat ödeme borcunun sükût edeceği de kararlaştırılabilir. Kural olarak ilk durumda bir riziko istisnasından, ikincisinde ise bir akdî yükümlülüğünden söz edi-

¹⁵ WANDT, §28 Rn. 50; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 24.

¹⁶ RIXECKER, §1 Rn. 6; GÜNAY, Barış, *Sigorta Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 85; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 128-129.

¹⁷ LOOSCHELDERS, *Kommentar*, §1 Rn. 13; ARMBRÜSTER, Christian, *Privatversicherungsrecht*, 2nd ed, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, Rn. 1244; SCHIMIKOWSKI, Peter, *Versicherungsvertragsrecht*, 7. überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2024, Rn. 392.

¹⁸ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, VVG §1 Rn. 192; STEINBECK, §3 Rn. 30; ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, Rn. 1244; WANDT, §28 Rn. 50.

¹⁹ WANDT, §28 Rn. 50; SCHIMIKOWSKI, Rn. 452; ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, Rn. 1246.

²⁰ “Rizikonun gerçekleştiğini ve gerçekleşen bu rizikonun teminat kapsamı içinde kaldığını davacı ispatlamak zorunda iken; kural olarak rizikonun teminat dışında kaldığına ilişkin iddia ise sigortacı tarafından kanıtlanmalıdır”. Bkz. Yar. HGK, E. 2017/17-1084, K. 2019/18, 17.01.2019; Yar. HGK, E. 2017/2190, K. 2020/205, 25.2.2020, (karararama.yargitay.gov.tr).

²¹ ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, Rn. 1249.

²² LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 24; SCHIMIKOWSKI, Rn. 393.

²³ WANDT, §28 Rn. 54; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 24.

lebilir. Ancak aşağıdaki başlıkta inceleneceği üzere bu ikisi arasında ayırım yapmak bazı durumlarda güçtür. Bu esastan olmak üzere, akdî yükümlülük ve riziko istisnası veya sınırlaması gibi kavramların, kanunî ve kesin tarifleri ve sınırları olmadığını ifade etmek gerekir. Hâkezâ sigorta poliçesinin ne zaman bir akdî yükümlülük içerdiği, ne zaman rizikonun en başından itibaren sınırlandırıldığını belirlemeye yönelik kesin kıstaslar da mevcut değildir. Sigorta sözleşmesinde bir akdî yükümlülük açıkça öngörülebilir veya başkaca bir kloz veya bir teminat sınırlandırması, özü itibariyle bir akdî yükümlülük teşkil edebilir. Bu bakımdan sözleşmede öngörülen bir hükmün, bir akdî yükümlülük mü yoksa bir tür riziko istisnası mı olduğu meselesi, bir hukukî yorum ve tetkik faaliyeti gerektirir.

Riziko tanımlamaları ve riziko istisnalarının düzenlenmesi bakımından, TTK m. 1449 hükmündeki gibi kanunî bir sınırlandırma söz konusu değildir.

C. Akdî Yükümlülüğün Tespitine Dair Temel Prensip ve Bazı Kistaslar

Kanunda tarif edilmemiş ve sınırları tespit edilmemiş olan akdî yükümlülükler hakkında, doktrinde süregelen tartışmaların düğümlendiği nokta, bunların riziko tanımlamaları ve istisnalarından ayırt edilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu bapta, bu tefrikin yapılması esnasında başvurulabilecek bazı kistaslardan söz edilmektedir. Ne var ki bu kistaslar, kati ve bağlayıcı değildir; bunlar dikkate alınabilir lâkin hüküm, ortalama sigorta ettirenin/sigortalının bakış açısı esas alınarak yorumlanmalıdır²⁴.

1. Hükmün Maddî İçeriğinin Esas Olması

Sigorta sözleşmesine, genel şartlar²⁵ veya özel şartlar ile dercedilen bir hükmün, akdî bir yükümlülük mahiyetinde olup olmadığı tespit edilirken, evvelâ ve esas olarak hükmün maddî içeriği dikkate alınır²⁶. Bu bakımdan hükmün lafzı ve ifade şekli, prensip olarak yorum faaliyetinin sadece bir yönüdür ve düzenlemenin maddî içeriğine kıyasla ikincil bir öneme sahiptir²⁷.

²⁴ Bkz. WANDT, §28 Rn. 49; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 40; BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 24.

²⁵ Sigorta genel şartlarının, sigorta sözleşmesinin bir parçası olduğu hakkında bkz. CAN, Mehmet Çelebi, “Anayasa Mahkemesi’nin E. 2019/40 K. 2020/40, T. 17.07.2020 Sayılı Kararı Bağlamında Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği”, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2023, s. 430.

²⁶ PÖPEL/ LINK/ MOOS, VVG §28 Rn. 6; BURMANN, Michael, *Strassenverkehrsrecht*, Ed. BURMANN, Michael/ HEB, Rainer/ HÜHNERMANN, Katrin/ JAHNKE, Jürgen, 28. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2024 VVG §28 Rn. 1; BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 18; WANDT, §28 Rn. 60; RIXECKER, §28 Rn. 12; SCHIMIKOWSKI, Rn. 273; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 26.

²⁷ BURMANN, VVG §28 Rn. 1; WANDT, §28 Rn. 60. Doktrinde *Yener*, açıkça sözleşmesel külfet veya teminat dışı bırakma kaydı olarak kaleme alınmayan sözleşme hükümlerinin, TTK m. 1449 bağlamında

Akdî bir yükümlülük, “*yükümlülük*” veya “*görev*” adı altında, sözleşmede açık ve kesin bir şekilde yer alabilir; bu hâlde sigorta ettirenin, hükmün lafzından hareketle, kendisine terettüp eden yükümlülüğü tafsîlatlı bir tetkike ihtiyaç duymaksızın kolaylıkla idrak etmesi mümkün olabilecektir. Nitekim sözleşmede bir akdî yükümlülüğün varlığını tespit ve kabul etmek, sigortacının ifadan kaçınmasını nispeten sıkı şartlara tâbi kılacağından²⁸, ekseriyetle sigortalının lehine olacaktır²⁹. Bundan sonra ise üzerinde durulması gereken, bu akdî yükümlülüğün kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı ve TTK m. 1449’un tatbiki için lâzım gelen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Tartışma ve tereddüt daha ziyade, akdî yükümlülüğün sözleşmenin içinde gizlenmesi hâlinde ortaya çıkar. Hüküm; lafzı, başlığı ve sözleşme içindeki yeri itibarıyla riziko istisnası veya muafiyet klozu³⁰ olarak kurgulanmış olmasına rağmen, bir akdî yükümlülük niteliğindeyse “*gizli akdî yükümlülük*”ten söz edilir³¹. Gizli bir akdî yükümlülüğün varlığında, hükmün maddî içeriği esas alınarak, hükmün lafzı ve sözleşmenin sistematığı göz ardı edilebilecektir³². Bu bakımdan akdî yükümlülükler her zaman, sözleşme metninin içinde, ayrı bir başlık altında, sonuçlarıyla birlikte şeffaf bir şekilde düzenlenmez. Bunlar, akdî yükümlülük başlığı altında olmaksızın sigorta genel ve özel şartlarında yer alabileceği gibi; poliçe veya sözleşmede atıf yapılmak kaydıyla sözleşmenin kuru-

akdî yükümlülük kavramı ile ilişkilendirilmesinin yerinde olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. YENER, Merve İrem, “Anlaşılmalı Servis Kaydı İçeren Kasko Sigortaları”, **BATİDER**, Y. 2023, C. 39, S. 4, s. 1235. Bununla birlikte sözleşme hükümlerinin akdî yükümlülük mahiyetinde olup olmadığı değerlendirilken, hükmün lafzı ya da riziko istisnası olarak düzenlenip düzenlenmediği belirleyici değildir. Akdî yükümlülük, riziko istisnası şeklinde öngörülebileceği gibi, farklı bir başlık altında veya usulde düzenlenebilir. Hükümün lafzına öncelik tanıyan anlayışın artık kabul görmediği hakkında bkz. WANDT, §28 Rn. 67; LOOSCHELDERS, **Handbuch**, §17 Rn. 25.

²⁸ Bkz. Aşağıda Bölüm III-A-2.

²⁹ a.y. §28 Rn. 55.

³⁰ ÜNAN, **Cilt I**, s. 550.

³¹ WANDT, §28 Rn. 57; KUMMER, Joachim, **Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht**, ed. Knut HÖRA/ SCHUBACH, Arno, 5. Überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2022, §12 Rn. 125-126; SCHIMIKOWSKI, Rn. 273; RIXECKER, §28 Rn. 12.

³² BGH, Urteil vom 18. 6. 2008 - IV ZR 87/07 (LG Bielefeld), (**Recht und Schaden**, Y. 2008, C. 35, S.9, 381-382). Alman hukuku bakımından tafsîlatlı mülahazalar için bkz. LOOSCHELDERS, **Handbuch**, §17 Rn. 27; RIXECKER, §28 Rn. 16. Doktrinde *Felsch*, gizli yükümlülük kavramının tüketici hukuku, Almanya sigorta genel şartları ve şeffaflık ilkesi dairesinde artık günümüzde işlevsiz olduğunu ileri sürmektedir. Müellif, sözleşme hükmünün lafzına bağlı kalınarak, gizli akdî yükümlülüklerinin esas itibarıyla riziko istisnası olarak görülebileceğini, meselenin ise sigortacıların daha açık ve şeffaf düzenlemeler yapması ile çözülebileceği kanaatindedir. Bkz. FELSCH, Joachim, “Verhüllte Obliegenheiten - ein Nachruf”, **Recht und Schaden**, Y. 2015, C. 42, S. 2, s. 57-59. Mamafih Almanya mahkemeleri büyük ölçüde sigorta ettirenleri korumak adına gizli akdî yükümlülük teorisine müstenit kararlar vermeye devam etmektedirler. Bu esastan olmak üzere müellifin ileri sürdüğü görüşlerin, sigorta kültürünün henüz tam olarak kabul görmediği ve sigorta okuryazarlığının pek gelişmediği memleketimizde benimsenmesi, sigorta ettirenler aleyhine menfi neticelere sebep olabilir.

luş safhasındaki soru-cevap formlarında, sigorta planında veya diğer sözleşme eklerinde de kayıtlı olabilir³³. Akdî yükümlülük, sözleşmenin eklerinde veya sözleşme ile sözleşmenin eki hâline getirilmiş belgelerde, açık, kesin ve emredici hükümlere aykırı olmayacak şekilde düzenlenmişse TTK m. 1449 hükmüne tâbi olacaktır.

Mamafih hükmün lafzının ve sözleşmenin sistematığının, tamamen önemsiz olduğunu ifade etmek de doğru değildir³⁴. Mesela sözleşmede “*all risks*” klozunun bulunması hâlinde, sözleşmedeki “*kilitli şekilde saklama*” ibaresi bir akdî yükümlülük olarak değerlendirilebilecek iken³⁵; *all risks* klozu bulunmayan sözleşmelerde, somut olayın özelliklerine bağlı olarak bu bir riziko istisnası olarak tavsif edilebilecektir³⁶. Ancak bu yaklaşımın, sigorta ettiren aleyhine sonuç doğurabilecek, katı bir yaklaşım olduğuna dikkat etmek gerekir³⁷.

2. Akdî Yükümlülüğün Tespitine Yarayacak Bazı Kıstaslar

a. Bir Davranış Yükümlülüğünün Varlığı

TTK m. 1449 bağlamında bir akdî yükümlülüğün söz edebilmek için, evvelâ sigorta ettirene belli bir davranış yükümlülüğü izafe edilmiş olmalıdır³⁸. Bu noktada davranış yükümlülüğünü, oldukça geniş bir şekilde ele almak icap eder. Davranış yükümlülüğü, sigorta ettirene izafe edilen aktif bir yapma veya pasif bir kaçınma edimi şeklinde tezahür edebileceği gibi³⁹; sigorta ettirenin davranışlarından etkilenen veya hâkimiyet alanında gerçekleşen bir vakaya bağlı olarak da söz konusu olabilir⁴⁰. Bu bakımdan sözleşmede öngörülen hüküm ve hukukî

³³ Bkz. benzer şekilde ARMBRÜSTER, Christian, **Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz**, Ed. ARMBRÜSTER, Christian/ DÖRNER, Heinrich/ KLIMKE, Dominik/ KOLLER, Ingo/ LÜCKE, Werner/ PIONTEK, Sascha/ REIFF, Peter/ RUDY, Mathis/ SCHNEIDER, Winfried-Thomas/ VOIT, Wolfgang, 32. überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2024, §28 Rn. 3.

³⁴ Bkz. PÖPEL/ LINK/ MOOS, VVG §28 Rn. 6.

³⁵ Bkz. BGH, Urteil vom 21. 5. 1986 - IV a ZR 132/84 (Hamburg), (**Recht und Schaden**, Y. 1986, C. 13, S. 12, s. 320-321). Nitekim Türk Yargıtay’ının aynı yöndeki bir kararı için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2012/4280, K. 2013/1191, 7.6.2013 (ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt VI**, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 124).

³⁶ BGH, Urteil vom 17.09.1986 - IV a ZR 232/84 (Saarbrücken), (**Neue Juristische Wochenschrift**, Y. 1987, C. 40, S. 4, s. 191-193); BGH, Urteil vom 20. 6. 1973 - IV ZR 52/72 (KG), (**Neue Juristische Wochenschrift**, Y. 1973, C. 26, S. 39, s. 1747-1749).

³⁷ ARMBRÜSTER, **Versicherungsvertragsgesetz**, VVG §28 Rn. 17.

³⁸ ÜNAN, **Cilt I**, s. 528; BURMANN, VVG §28 Rn. 1; WANDT, §28 Rn. 30; ARMBRÜSTER, **Versicherungsvertragsgesetz**, §28 Rn. 7.

³⁹ BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 38.

⁴⁰ ARMBRÜSTER, **Versicherungsvertragsgesetz**, §28 Rn. 7.

netice, sigorta ettirenin davranışı ile alâkasız veya hâkimiyet alanında olmayan, mesela bir üçüncü kişinin fiiline bağlanmıyorsa bir akdî yükümlülüğünden söz edilemez⁴¹.

Akdî yükümlülükler hakkında, Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (*Principles of European Insurance Contract Law/PEICL*) de, büyük ölçüde sigorta ettirenin “davranış”ı üzerinde yoğunlaşmaktadır⁴².

Sözleşmede, sigorta ettirenin istenmeyen veya hoş görülme-yen bir davranış-şı teferruatlı şekilde tarif edilmiş, bunun yanı sıra sigorta ettirene kusursuzluk savunması imkânı tanınmıyorsa genellikle bir akdî yükümlülüğünden söz edilir⁴³. Ne var ki, sözleşme hükmünde öngörülen davranışın, sigorta ettirenin kusurundan bağımsız biçimde teminat dışında bırakılması halinde, bunun bir akdî yükümlülüğünden ziyade bir riziko istisnası olarak nitelendirilmesi gerekir⁴⁴. Mesela iş kesintisi sigortasında, işletmenin hasar gören makineyi tamir ettiremeye yetecek sermayeden yoksun olması sebebiyle zararın artması hâlinde tazminatta oransal indirim öngören hükmün, sigorta ettirenin kusurundan tamamen bağımsız görülmesi sebebiyle bir riziko istisnası mahiyetinde olduğu kabul edilmiştir⁴⁵. Bilhassa sigortalının rizikonun mahiyetini gereği gibi incelemesi için, sigortalı tarafından uyulması öngörülmüş süreler, bir tür ön şart olarak değerlendirilebilir⁴⁶. Hırsızlık sigortasında altın ziyneti teminat kapsamı dışında bırakma, sağlık sigortasında sadece belirli bazı hastanelerde tedavi olma şartı ve sorumluluk sigortasında tehlikeli faaliyetlerin teminat dışında bırakılması; davranış yükümlülüğü içermediğinden birer riziko istisnasıdır⁴⁷.

Davranış yükümlülüğünden söz edilebilmesi için, yükümlülüğün muhatabının kim olduğuna dair TTK m. 1449’da bir sarahat yoktur; ancak TTK m.

⁴¹ WANDT, §28 Rn. 62; ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 7.

⁴² WANDT, §28 Rn. 376; ÜNAN, *Cilt I*, s. 529.

⁴³ BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 19; ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 10; BURMANN, VVG §28 Rn. 1.

⁴⁴ WANDT, §28 Rn. 63; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 24.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 16. 11. 2005 - IV ZR 120/04 (OLG Bremen, (*Recht und Schaden*, Y. 2006, C. 33, S. 4, s. 166-169).

⁴⁶ Almanya kaza sigortası genel şartlarındaki, 15 ay içinde hekim raporu alınması yönündeki hüküm bir riziko istisnası olarak kabul edilmiştir. Sigortalının kusurlu olup olmaması, yani sigortalının gecikmeden sorumlu olup olmadığı, 15 aylık sürede tıbbi tespit koşulunun yerine getirilip getirilmediği meselesinde kural olarak önemli değildir. Ancak sigortalının sigorta ettireni oyalaması, kesin süreyi hatırlatmadan işlemlere devam etmesi gibi durumlarda, sürenin geçirildiğini ileri sürerek tazminat ödemeyi reddetmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bkz. BGH: IV ZR 7/77 vom 28.06.1978, (beck-online.beck.de).

⁴⁷ Bkz. RIXECKER, §28 Rn. 15.

1449'un, “*sigorta ettirenin borç ve yükümlülükler*” başlığı altında düzenlendiği dikkate alınır, akdî yükümlülüklerin muhatabının kural olarak sigorta ettiren olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁸. Bunun yanında, sigorta ettiren dışındaki sigortalı, lehtar veya temsilcinin bilgisi ve davranışının hukukî sonuçlarına dair TTK m. 1412’de, her ne kadar “*bilgi ve davranışa kanunda sonuç bağlanmış olması*”ndan söz edilmişse de, hüküm akdî davranış yükümlülükleri bakımından da uygulama alanı bulmalıdır⁴⁹.

b. Teminatın Önce Sağlanıp Sonra Geri Çekilmesi

Sigorta sözleşmesinde teminatın kapsamı, en başından bu yana sınırlı tutulmuş; birtakım riskler en başından kapsam dışında bırakılmış olabilir. Bazı riskler ise teminat kapsamında olmasına rağmen, sigorta ettirenin belirli bir davranışına bağlı olarak teminat kapsamı dışına çıkarılabilir. Teminat, sigorta ettirenin herhangi bir davranışından bağımsız olarak, sözleşmenin inikadından itibaren sınırlı şekilde sağlanmış ise bir riziko istisnasından bahsetmek gerekir⁵⁰. Bir başka ifade ile bu hâlde, o konuda sigorta teminatı hiç sağlanmamış; mevzu bahis risk sigorta tekniği bakımından bir riziko vasfı kazanmamıştır. Bununla birlikte mevzu bahis risk sözleşme ile teminat kapsamına alınarak riziko olarak nitelendirilmiş; lâkin sigorta ettirenin icraî veya ihmali bir davranışı sebebiyle teminat kapsamı dışında kalacağı ifade edilmişse bir akdî yükümlülüğün söz etmek mümkündür⁵¹.

Mesela hırsızlık sigortasında, sigorta ettirene mücevherlerin kilitli kasada saklanması gerekliliği yüklenmişse bu bir akdî yükümlülük teşkil eder⁵². Bu du-

⁴⁸ Alman hukuku bakımından benzer değerlendirme için bkz. LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 43.

⁴⁹ Bkz. ÜNAN, *Cilt I*, s. 530; GÜNAY, s. 83; AKGÜN, Evrim, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha, İstanbul, 2017 s. 285.

⁵⁰ Almanya hukukunda bu kıtas, birçok mahkeme kararında belirleyici olmuştur. Bkz.

BGH, Urteil vom 03.07.1985 - IV a ZR 4/84 (Düsseldorf), (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y.1985, C. 38, S. 47, s. 2831-2832).

BGH, Urteil vom 14-12-1994 - IV ZR 3/94 (München), (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y.1995, C. 48, S. 12, s. 784-785).

BGH, Urteil vom 16. 11. 2005 - IV ZR 120/04 (OLG Bremen), (*Neue Juristische Wochenschrift -RR*, Y. 2006, C. 21, S. 6, s. 394-397).

⁵¹ BURMANN, VVG §28 Rn. 1. PÖPEL/ LINK/ MOOS, VVG §28 Rn. 7; BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 18.

⁵² BGH, Urteil vom 16. 6. 2004 - IV ZR 201/03 (Berlin), (*Recht und Schaden*, Y. 2004, C. 31, S. 11, s. 462-463). Hırsızlık Sigortası Genel Şartları m. A.2’de yer alan “*sigorta sözleşmesine, teminat altına alınacak kıymetlerin muhafazası için özel hükümler konabilir. Bu takdirde sigortacı, söz konusu kıymetlerin sigorta sözleşmesinde öngörülen şekillerde saklanmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemekten kaçınmaz*” hükmünün bu kapsamda değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür.

rumda mücevherlerin çalınması rizikosu objektif olarak teminat kapsamında yer almış ancak kilitli kasada saklama şeklindeki davranış yükümlülüğü yerine getirilmediği için teminat geri çekilmiştir. Teminatın geri çekilip çekilmediği tetkik edilirken de, hükmün maddî içeriği esas alınmalıdır. Almanya Federal Mahkemesi'nin bir kararında, sigorta genel şartlarında yer alan ve “*trafik güvenliğini haiz olmayan araçlarla meydana gelen zararların*” teminat dışı kaldığı belirtilen hükmün, bir riziko istisnası olarak kurgulanmış olmasına rağmen, teminatın en başından sınırlandırılmadığı, aksine başlangıçta sağlanan teminatın sigorta ettirenin belirli bir davranışta bulunmaması (aracın trafik güvenliğine uygunluğunun sağlamaması) nedeniyle sonradan kaybedildiğini değerlendirerek gizli bir akdî yükümlülüğün varlığı tespit edilmiştir⁵³.

Teminatın önce sağlanıp sonra geri çekilmesi Avrupa Sigorta Sözleşme Hukuk İlkelerinde de bir kıstas olarak değerlendirilmiştir (Bkz. PEICL 4:101-4:103).

c. Objektif Sınırlamalar

Sigorta sözleşmesine dercedilen bazı hükümler, sigorta teminatını sınırlama amacına matuf olmakla birlikte, bir davranış yükümlülüğü içermez ve sigorta ettirenin davranışından ve kusurundan bağımsız olarak objektif mahiyettedir. Bu tür sınırlandırmaların odak noktası, sigorta ettirenin veya davranışları sigorta ettirene atfedilebilecek kişilerin davranışlarından ziyade; zaman, yer veya tabîî afetler gibi objektif hususlardır. Bu esastan olmak üzere teminatın objektif bir şekilde sınırlandırılması söz konusu ise riziko istisnasından bahsetmek gerekir⁵⁴.

Mesela seyahat, sağlık, taşıma ve bazı sorumluluk sigortalarından sıkça rastlanan, sigorta teminatının “*sadece Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde geçerli olduğu*”na yönelik hükümler, akdî yükümlülük niteliğinde olmayıp, riziko istisnası olarak değerlendirilecektir⁵⁵. Hâkezâ yangın veya hırsızlık sigortalarında görüldüğü gibi, sigorta teminatının sadece poliçede belirtilen adresteki riskleri teminat altına aldığı yönündeki hükümler birer riziko tanımlamasıdır. Buna karşılık yangın sigortası sözleşmesinde yangın tüpünün veya hırsızlık sigortasında gece bekçisinin, poliçede belirtilen adreste bulundurulması gibi ek yükümlülükler getirilmesi durumunda, akdî yükümlülüğün bahsedilebilir.

⁵³ BGH, Urteil vom 24. 5. 2000 - IV ZR 186/99 (Rostock), (*Recht und Schaden*, Y. 2000, C. 27, S. 11, s. 480-481).

⁵⁴ WANDT, §28 Rn.

⁵⁵ Bkz. Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları m. 5: “*Bu Genel Şartlara tâbi olarak akdedilen sigorta sözleşmesi ile verilen sigorta teminatı, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde geçerlidir*”.

Sigorta ettirenin üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı, savaş, nükleer patlama, deprem gibi tabiat hadiseleri veya üçüncü kişilerin fiilleri ile alâkalı hususların teminat kapsamı dışında bırakılması, tabiî olarak bir akdî yükümlülük teşkil etmez. Bunlar, sigorta ettirenin davranışından bağımsız olarak gerçekleştiği için TTK m. 1449 kapsamında değildir⁵⁶.

Rizikonun zaman bakımından sınırlandırılması da, objektif bir riziko istisnasıdır. Bu esastan olmak üzere sigorta himayesinin, belirli bir zaman aralığında gerçekleşecek rizikolara hasredilmesi mümkündür. Hırsızlık sigortasında, teminat sağlanabilmesi için hırsızlığın 06:00 ilâ 22:00 saatleri arasında gerçekleşmiş olması gerektiği yönündeki sözleşme hükmü, teknik olarak bir riziko tanımlamasıdır⁵⁷.

Sigorta genel veya özel şartlarında, sigortalının talepte bulunabilmesi için bazı sürelerle uyması ve bu süreler içinde bazı görevlerini yerine getirmesi veya talepte bulunması gerektiğine dair kayıtlar yer almaktadır. Bu gibi süre ve tarihler, Alman öğretisinde genellikle bir akdî yükümlülük değil; sigorta tazminatı kazanmanın birer ön şartı olarak değerlendirilmektedir⁵⁸. Mesela Alman hukukunda, kaza sonrası oluşan kısmî maluliyetin 15 ay içinde bildirilmesi gereği, bir akdî yükümlülük olarak değil, bir hak düşürücü süre ve tazminat talep edilebilmesi için ön şart olarak kabul edilmiştir⁵⁹. Bununla birlikte bu gibi sınırlayıcı sürelerin, keyfî şekilde değil de amaca matuf ve mantıklı ve aynı zamanda kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde belirlenmesi gerekir. Bu tür hükümlerin amacı, sigorta ettirene belirli bir davranışı dayatmak yolu ile rizikonun gerçekleşmesini veya tazminat miktarının artışı önlemek değil; sigortacının zararı etkili bir şekilde tespit ve tetkiki ile haklarını muhafaza edebilmesi bakımından öngörülmüş ise, bir akdî yükümlülükten ziyade objektif bir ön şarttan bahsetmek gerekir⁶⁰. Sigortacının bu objektif sınırlamadaki menfaati, sigorta ettirenin davranışından bağımsız olarak; zaman geçtikçe miktarı, mahiyeti ve sebeplerinin açıklığa kavuşturulması zor olan riskleri teminat kapsamı

⁵⁶ Bkz. LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 24; SCHIMIKOWSKI, Rn. 396.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 18. 6. 2008 - IV ZR 87/07 (LG Bielefeld), (*Recht und Schaden*, Y. 2008, C. 35, S. 9, s. 381-382).

⁵⁸ LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 34; BUBMANN/FELSCH, §28 Rn. 32.

⁵⁹ BGH, Urteil vom 24-03-1982 - IV a ZR 226/80 (Saarbrücken), (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y.1982, C. 35, S. 4, s. 2779-2780); BGH, Urteil vom 19. 11. 1997 - IV ZR 348-96 (Celle), (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y. 1998, C. 51, S. 25, s. 1069-1070); Aspen Insurance UK Ltd & Ors v. Pectel Ltd, England and Wales High Court Nov. 18, 2008, (<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff73f60d03e7f57eaa5ee>).

⁶⁰ BUBMANN/FELSCH, §28 Rn. 32; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 34.

dışında tutmak, riziko ile ilgili ispat zorluklarından kaçınmak olabilir⁶¹. Bununla birlikte Yargıtay, muhtemelen bu amaçlarla bir ticarî alacak sigorta poliçesine, dercedilen hasarın fatura tarihinden itibaren 150 gün içinde sigortacıya bildirilmesine dair hükmü, akdî yükümlülük olarak nitelendirmiştir⁶².

d. Uyulması Zorunlu Bir Kamu Hukuku Kuralının Varlığı

Sigorta sözleşmelerinde, kamu hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü ön-görülen, sigorta teminatı sağlanmasını kamusal bir izin veya ruhsata bağlayan veya hâlihazırda kanun ile yapılması veya yapılmaması emredilen birtakım kurallara atıf yapılabilir. Mesela Gayrimenkul Değerleme Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.5'e göre SPK tarafından yetkilendirilmemiş, lisan-sı yenilenmemiş veya iptal edilmiş kişi veya kuruluşların düzenledikleri raporlara ilişkin tazminat talepleri teminat kapsamı dışında bırakılmıştır. Hâkezâ Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.5'de gerekli izin, eğitim ve ruhsatı bulunmayan kişi ve kuruluşlar tarafından verilmiş olan özel güvenlik hizmeti sonucu ileri sürülebilecek tazminat taleplerinin teminat kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

Sigorta sözleşmesinde atıf yapılan emredici hukuk kurallarının mahiyeti değerlendirilirken birtakım kıstaslar uygulanabilir. Mesela sigorta sözleşmesinde atıf yapılan bir emredici hukuk kuralına sigorta sözleşmesi yapılmamış olsa dahi riayet edilmesi zorunlu ise, bahsi geçen kuralın bir akdî yükümlülüğün ziyade bir riziko istisnası olduğu değerlendirilebilir. Nitekim bu gibi hükümler, lafzî olarak birer riziko istisnası şeklinde düzenlenmektedir.

Ne var ki, emredici hükümlere aykırılığın mutlak surette teminat kapsamı dışında tutulması, sigorta ettiren bakımından her zaman adil bir çözümü beraberinde getirmez. Nitekim riziko pek çok zaman sigorta ettirenin kusuru ile gerçekleşebilir ve emredici hükümlerin hafif kusurla dahi ihlâl edilmesi pekâlâ

⁶¹ Bkz. BGH: IV ZR 7/77 vom 28.06.1978, (beck-online.beck.de); WANDT, §28 Rn. 77. Bu yönde bir teminat sınırlamasının varlığına rağmen sigorta ettiren, bilhassa bir talebin ileri sürülmesi için kesin sürelerin söz konusu olduğu durumlarda, kendi kusuru olmaksızın süreyi kaçırdığını ispat ederek sigortacının tazminat ödeme borcunun devam ettiğini ileri sürebilir. Bkz. BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 32; LOOESCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 34; BGH, Urteil vom 24-03-1982 - IV a ZR 226/80 (Saarbrücken), (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y. 1982, C. 35, S. 49, s. 2779-2780). Mesela sigorta ettirenin geçirdiği kazanın sigorta ettirenin çalışma yeteneği üzerindeki (kalıcı) etkisine ilişkin bir uyuşmazlıkta, kazanın tıbbi olarak tespit edilmiş ve değiştirilemez birtakım sağlık sorunlarına sebep olduğu şüphesiz ise sigortacının kesin süreleri ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması sayılır. Bkz. BGH, Urteil vom 05-07-1995 - IV ZR 43/94 (Düsseldorf), (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y.1995, C. 48, S. 43, s. 2854-2856).

⁶² Yargıtay 11. HD, E. 2024/5162, K. 2025/3544, 21.05.2025, (karararama.yargitay.gov.tr).

mümkündür. Mesela bir kasko sigortasında, hatalı sollama, takip mesafesine uymama, sinyal vermeden dönüş veya şerit değiştirme gibi emredici kurallara yapılan atıfların birer riziko istisnası olarak tavsifi ve bu bağlamda sigorta ettirenin birçok hâlde teminatsız kalması söz konusu olabilecektir.

Bir diğer mesele ise normun koruma amacı bağlamında nedensellik bağının gerekli olup olmadığıdır. Bu bakımdan meydana gelen zararın, sigorta sözleşmesinde emredici hukuk kuralına yapılan atıf ile önlenmesi amaçlanan neticelerden biri olmaması hâlinde nasıl bir yorum yapılacaktır? Mesela bir motorlu aracı ehliyetle kullanma mecburiyetine dair kural, araçtaki teknik arızalara karşı koruma sağlama amacı gütmeyiz⁶³. Hâkezâ amacı, ahırda çıkabilecek bir yangının konutlara sıçramasını önlemek olan bir yangın duvarının inşa edilmemesi, konutlarda meydana gelen zararlar bakımından sigortacıyı sorumluluktan kurtarırcan; yangın duvarının koruma amacına girmedığı için ahırda meydana gelen zararlarda sigortacının sorumluluğu devam eder⁶⁴. Bunun gibi yolcu taşımacılığı için gereken izin veya yetkinin, sadece yolcuların güvenliği ve yolcuları zarardan korumakla ilgili olduğu, trafikte seyreden diğer kişilerle ilgili olmadığı ifade edilmiştir⁶⁵. Bu bakımdan bazı faaliyetlerin sadece resmî izin veya yetkilendirme ile gerçekleştirilmesine dair sigorta sözleşmesi hükümlerinin koruma amacı, sadece gerekli izin veya yetkinin alınması ya da emredici kurallara uyulması ile önlenilecek ve fakat gereği yapılmadığı için önlenememiş olan sigortalı hadiseleri teminat kapsamı dışında tutmak olarak değerlendirilmelidir⁶⁶. Bu esastan olmak üzere, bu tarz bir kamu hukuku kuralına atıf yapılan hükümler, normun koruma amacı ve nedensellik bağı dairesinde ele alınmalıdır⁶⁷. Suç teşkil eden fiiller bakımından ise, suçun mahiyetine ve ağırlığına göre bunların riziko istisnası olarak kabul edilmesi mümkündür⁶⁸.

⁶³ Bir Almanya Bölge Mahkemesi kararında, bir trafik kazasıyla ilgili olarak sigorta ettirenin, kazaya konu aracın teknik bir arıza nedeniyle kontrolden çıktığı yönündeki iddiası ispat edilememiş; kazanın sürücü hatasından kaynaklandığı kanaatine varılmıştır. Bu nedenle mahkeme, ehliyetsizlik ile kaza arasında illiyet bağı kurarak tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Bkz. OLG Hamm, Urteil vom 20. 10. 1989 - 20 U 83/89, (**Recht und Schaden**, Y. 1990, C. 17, S. 2, s. 39-40).

⁶⁴ BGH, Urteil vom 17. 4. 2002 - IV ZR 91/01 (Frankfurt/M.), (**Recht und Schaden**, Y. 2002, C. 29, S. 7, s. 292-294).

⁶⁵ BGH, Urteil vom 13. 12. 1972 - IV ZR 156/71 (Hamm), (**Neue Juristische Wochenschrift**, Y. 1973, C. 26, S. 7, s. 285-287).

⁶⁶ WANDT, §28 Rn. 93.

⁶⁷ RIXECKER, §28 Rn. 29.

⁶⁸ Bkz. BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 29.

Yargıtay bir kararında, sözleşme hükmü ile normun koruma amacı veya nedensellik bağına hesaba katmaksızın, sigorta poliçesinde yer alan “*sigortalı veya sigorta ettirenin aynı zamanda poliçeye konu emtianın taşıyıcısı olması durumunda teminat, taşıyıcıların veya profesyonel sürücülerin 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ve bağlı yönetmeliklerle belirlenmiş niteliklere ve kapsamdaki geçerli belgelere sahip olması ve bunların sigortacı tarafından talep edildiğinde ibraz edilmesi şartıyla geçerlidir. Aksi halde sigortacının hasarı reddetme hakkı saklıdır*” ifadelerine istinaden bir riziko istisnasının varlığını kabul etmiştir⁶⁹.

Kanaatimizce, sigorta sözleşmesine dercedilecek ifadelerle daha farklı bir neticeye varmak mümkün olabilir. Sözleşmenin tefsirinde, sigortacının belli bir riziko-yu teminat kapsamı dışında bırakma niyetinin ortalama bir sigorta ettirenin bakış açısıyla anlaşılıp anlaşılamayacağı dikkate alınır⁷⁰. Mesela resmî izin alınmaksızın yapılan uçuş faaliyetleri için sigorta himayesi sağlanmayacağına dair hüküm, bir riziko istisnası olarak değerlendirilmiştir⁷¹. Bunun gibi, emredici bir hukuk kuralının koruma amacı, sigorta sözleşmesine dercedilecek bir hükümle genişletilebilir. Mesela sürücünün standart sürücü belgesi yanı sıra yolcu taşıma belgesine de sahip olması, yalnızca kanunun öngördüğü koruma amacıyla sınırlı kalmaksızın, sigorta teminatının kapsamı açısından da önem arz edebilir şeklinde kararlaştırılabilir. Ancak bu tür bir düzenleme yapılacaksa, sigorta ettirenin bu konuda yeterli şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Başka bir deyişle, sigorta ettirene açıkça, yükümlülük hükmünün atıfta bulunduğu kanunî veya idarî kamu hukuku kuralına, sadece kendi kamusal koruma amacıyla değil, sigorta sözleşmesi bakımından da uyması gerektiği bildirilmelidir⁷². Bu şekilde yapılacak bir düzenleme ile bir kamu hukuku kuralına aykırılığın riziko istisnası olarak kabul edilmesi mümkündür⁷³.

III. AKDÎ YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLÂLİNE BAĞLANAN NETİCELER

Türk Ticaret Kanunu’nun 1449’uncu maddesinde, akdî yükümlülüklerin ihlâli hâlinde doğabilecek netice olarak sadece, sözleşmenin kısmen veya tamamen feshi suretiyle sigortacının ifa borcundan kurtulmasından bahsedilmiştir-

⁶⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2017/2586, K. 2018/7822, 11.12.2018, (karararama.yargitay.gov.tr). Kararın eleştirisi için bkz. ÜNAN, *Cilt VI*, s. 400.

⁷⁰ WANDT, §28 Rn. 63.

⁷¹ BGH, Urteil vom 31. 1. 1990 - IV ZR 227/88 (Frankfurt/Main), (**Recht und Schaden**, Y. 1990, C. 17, S. 7, s. 230-231).

⁷² WANDT, §28 Rn. 97.

⁷³ Bununla birlikte Almanya mahkeme kararlarında, bu gibi hükümlerin riziko istisnası mahiyetindeki ifade tarzına rağmen gizli akdî yükümlülük olarak tavsif edildiği görülmektedir. Bkz. BGH, Urteil vom 14. 5. 2014 - IV ZR 288/12 (OLG Hamburg), (**Recht und Schaden**, Y. 2014, C. 41, S. 7, s. 350-353).

tir. Bir başka ifade ile Kanun'da “*ya hep ya hiç*” ilkesi benimsenmiş olup; başka bir ara çözüme yer verilmemiştir. Bu bakımdan meseleyi, kanunda öngörülen ve öngörülmeyen muhtemel neticeler olarak iki ayrı bapta tetkik etmek yerinde olacaktır⁷⁴.

A. Kanun'da Öngörülen Netice

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 1449'uncu maddesine göre sigortacının, sigorta ettirenin bir akdî yükümlülüğünü ihlâli sebebiyle ifa borcundan kurtulabilmesi, ancak sigorta sözleşmesinin tamamen veya kısmen feshedilmesi hâlinde mümkün kılınmıştır. Bu esastan olmak üzere taraflarca sözleşmeye dercedilecek bir akdî yükümlülüğün ihlâli hâlinde doğacak neticenin, sadece “*sözleşmenin feshi suretiyle ifadan kurtulma*” şeklinde düzenlenmiş olması hâlinde, anılan 1449'uncu madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir ifade ile sözleşmede, sözleşmenin feshinden söz etmeksizin sadece sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulacağı kararlaştırılırsa, Kanun'un lafzına göre TTK m. 1449 hükmü uygulanmayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, sigorta tatbikatında tarafların, TTK m. 1449'da ifadesini bulan “*sözleşmeyi feshederek edim yükümlülüğünden kurtulma*” gibi hükmü sözleşmeye dercetme hususunda anlaşmaları pek vaki değildir⁷⁵.

TTK m. 1449'da, sigortacının ifadan kurtulması ile sözleşmenin feshi arasında bir rabıta kurulmuştur. Bir başka ifade ile sigortacı, ifadan kurtulma hakkını veren sözleşme hükmünden faydalanmak istiyorsa; kanunda öngörülen fesih şartını yerine getirmelidir. İfadan kurtulma ve fesih arasında tesis edilen rabitanın gerekçesi, sigortacının akdî yükümlülüğün ihlâlini tespit etmesine rağmen, rizikonun gerçekleşmesine kadar bekleyerek prim tahsiline devam etmesini önlemektir⁷⁶. Haddizatında akdî yükümlülüğün ihlâli sigortacıyı edimi-

⁷⁴ “*Ya hep, ya hiç*” anlayışı, sigorta sözleşmesine mahsus riziko ile prim arasındaki dengeyi ve buna bağlı olarak ileri sürülecek adil çözüm yollarını esas almak yerine, daha ziyade sigorta ettirenin cezalandırılmasına hizmet eden bir anlayışı yansıtmaktadır. Bkz. SCHIMIKOWSKI, Rn. 267.

⁷⁵ ÜNAN, Sözleşmesel Görevler, s. 17.

⁷⁶ ARMBRÜSTER, **Versicherungsvertragsgesetz**, §28 Rn. 171. TTK m. 1449 düzenlemesinin menşei olan mülga VVG m. 6'ya göre, ifadan kurtulma ile fesih arasındaki rabitanın sözleşme ile tesisi şart değildir. Sigorta sözleşmesinde fesih imkânından bahsedilmeksizin edim yükümlülüğünden kurtulma imkânına yer verilmesi yeterli olup; fesih, edim yükümlülüğünden kurtulmanın bir ön şartı olarak kanunda düzenlenmiştir. Doktrinde Ünan, VVG m. 6'dan yapılan iktibasın hatalı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ÜNAN, **Cilt I**, s. 531. Ne var ki, yeni VVG m. 28 ile sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması ile fesih arasındaki zorunlu rabıta Almanya hukukunda kaldırılmıştır.

nin ifasından kurtaracak kadar ağırsa; herhâlde sözleşmenin de devam etmesi beklenemez.

Türk Ticaret Kanunu'nda, ihlâl konusu olan akdî yükümlülüğün rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonrası döneme ait olması arasında bir fark gözetilmemiştir⁷⁷. Rizikonun gerçekleşmesinden önceki safhaya dair akdî yükümlülükler, ekseriyetle rizikonun gerçekleşmesini ve muhtemel zararın artışını önlemeye yöneliktir⁷⁸. Bu yükümlülükler bir bakıma, sigortacının tazmin sorumluluğunun kapsamını tayin ederler. Bu itibarla sigortacının, rizikonun gerçekleşmesinden önceki safha için öngörülebilecek akdî yükümlülüklerle bağlı ciddi menfaatleri söz konusu olabilir. Rizikonun gerçekleşmesinden sonraki safhaya dair ise, Kanun'da; rizikonun gerçekleştiğini ihbar, zararın artışını önleme, sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü gibi yükümlülükler ile bunlara aykırılığın hukukî neticeleri, emredici şekilde düzenlendiği için bu döneme ilişkin ayrıca bir akdî yükümlülük ihdasına lüzum olmadığı ifade edilmiştir⁷⁹. Ne var ki rizikonun gerçekleşmesinden sonraki safhaya dair akdî bir yükümlülük öngörülmesi de pekâlâ mümkündür⁸⁰.

Akdî yükümlülüğün ihlâline bağlı olarak ifadan kurtulma ve fesih neticesinin öngörülmesi, esasında sigortacıya verilmiş sözleşmesel bir haktır. Bu bakımdan sigortacı bu hakkını kullanıp kullanmama hususunda takdir yetkisini haizdir⁸¹. İsterse sözleşmedeki imkâna rağmen, sözleşmeyi feshetmeyip ifada bulunabilir⁸². Sözleşme hükmünün hak mahiyetine bağlı olarak akdî yükümlülüğün ihlâli ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ve ifa borcunun sukut et-

⁷⁷ ERIŞ, Gönen, **Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 546. Mamafih *Ünan*, ihlâlin rizikonun vukuundan evvel öğrenilmesi hâlinde sigortacının tazminat ödeme borcu henüz doğmadığından, akdî yükümlülüğün ihlâline bağlanacak neticelerin, bu ihlâlin sigortacı tarafından rizikonun gerçekleşmesinden evvel mi yoksa sonra mı öğrenildiğine göre farklılık düzenlenmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. ÜNAN, **Cilt I**, s. 525-526. Fakat kanaatimizce bu yönde bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Şöyle ki, Kanun'da "sözleşmeyi kısmen veya tamamen feshederek ifadan kurtulma" ifadesi mevcuttur. Bu meyanda "ifa" mefhumunu sadece tazminat ödeme borcu ile değil, aynı zamanda rizikoyu taşıma yükümlülüğü ile de özdeşleştirmek mümkündür.

⁷⁸ ARMBRÜSTER, **Privatversicherungsrecht** Rn. 1700.

⁷⁹ Bkz. ÜNAN, **Cilt I**, s. 533.

⁸⁰ Almanya yeni VVG m. 28'de, eski VVG kadar olmasa da, riziko gerçekleşmeden önceki yükümlülükler (VVG m. 28/1 ve 3) ile sonraki yükümlülükleri (VVG m. 25/2 ve 4) birbirinden ayrılmıştır. Bununla birlikte VVG reformu ile bu ayırımın pratik öneminin azaldığı da ifade edilmektedir. Bkz. ARMBRÜSTER, **Privatversicherungsrecht** Rn. 1704.

⁸¹ LOOSCHELDERS, **Handbuch**, §17 Rn. 42; ARMBRÜSTER, **Versicherungsvertragsgesetz**, §28 Rn. 183.

⁸² WANDT, §28 Rn. 268; BUBMANN/FELSCH, §28 Rn. 236. Bu hâlde başka bir zaviyeden, sigortacının ödediği tazminatın bir hatır ödemesi olup olmadığı hususu gündeme gelecektir.

mesi söz konusu değildir. Bu neticelerin doğması için sigortacının harekete geçerek yenilik doğurucu bir beyanda bulunması icap eder⁸³. Bu esastan olmak üzere mahkeme, akdî yükümlülüğün ihlâline dair resen inceleme yapamaz⁸⁴.

Geçerli bir akdî yükümlülüğün varlığını, TTK m. 1449'un tatbik şartlarının bulunduğunu ve akdî yükümlülüğün ihlâl edildiğini sigortacı ispat etmelidir⁸⁵. Buna karşılık sigorta ettiren, sigortacının fesih süresini kaçırdığına, kendi kusurunun bulunmadığına veya nedensellik bağına dair itirazlarını ileri sürebilecektir⁸⁶. Sözleşmeye aykırılık hâlinde, sözleşmeye aykırı davranışın kusura istinat etmediğini ispat yükü, ihlâlde bulunan taraftadır (TBK m. 112)⁸⁷. Bu bakımdan sigorta ettirenin, akdî yükümlülüğün ihlâlinde kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekir. Nitekim Alman hukukunda da ispat yükünün sigorta ettirende olduğu ifade edilmektedir⁸⁸. Ancak Alman hukukunda sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulmasının, ihlâlin kast veya ağır ihmâl ile gerçekleştirilmesine bağlı olduğuna dikkat etmek gerekir. Bu bakımdan, hafif kusurun dahi tazminat kaybına yol açabileceği Türk hukukunda, sigorta ettirene veya sigortalıya tamamen kusursuz olduğunu ispat yükü yüklemek sözleşme adaletine uygun düşmeyecektir⁸⁹.

Sigorta sözleşmesi, TTK m. 1449'a göre feshedilerek sigortacı ifadan kurtulursa, sigorta ettirenin ödediği primlerin, himayenin sağlanmayacağı süre nispetinde iadesi gerekir (TTK m. 1419).

2. TTK m. 1449 Hükmünün Tatbikinin Şartları

TTK m. 1449'un 1'nci fıkrasında sigorta ettirenin kusuru, 2'nci fıkrasında fesih hakkının kullanılabilmesi süre ve 3'üncü fıkrasında nedensellik bağı, hükmün tatbikinin şartları olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, akdî yükümlülüğün açık ve kesin olması da, TTK m. 1449'da açıkça zikredilmese de özel sigorta hukukunun genel prensiplerinden ve TTK m. 1423'de sâdır olan bir şart olarak aşağıda izah edilmiştir.

⁸³ RIXECKER, §28 Rn. 61; BURMANN, VVG §28 Rn. 11; ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 183.

⁸⁴ BURMANN/FELSCH, §28 Rn. 236.

⁸⁵ BURMANN, VVG §28 Rn. 18; RIXECKER, §28 Rn. 31.

⁸⁶ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 177.

⁸⁷ "Debitor non praesumitur sine culpa esse".

⁸⁸ WANDT, §28 Rn. 171.

⁸⁹ Doktrinde, sigorta ettirenin sözleşme ile getirilen görevi ihlâl ettiğini ve bunda kusuru bulunduğunu, sözleşmenin bu nedenle feshedildiğini ispat yükünün sigortacıda olduğu ifade edilmiştir. Bkz. AKGÜN, s. 284.

a. Kusur

Sigorta ettirenin *kanunî* yükümlülüklerini ihlâl etmesi hâlinde, tazminat hakkını tamamen yitirmesi genelde kastın varlığına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır; ihlâlin ihmâl sonucu gerçekleşmesi hâlinde ise, kusurun ağırlığı ve illiyet bağı dikkate alınarak tazminatta indirim yoluna gidilmektedir. Lâkin akdî yükümlülükler bakımından TTK m. 1449 hükmünde, kusurun mahiyeti ve derecesi ile alâkalı bir kıstas öngörülmemiş, dolayısıyla sadece kast veya ağır ihmâl değil; hafif kusurun varlığı hâlinde dahi sigortacının ifadan kurtularak sözleşmeyi feshetmesine imkân tanınmıştır.

Almanya hukukunda, TTK m. 1449'un muadili VVG m. 28'in tatbiki için, ihlâlin kast veya ağır ihmâl ile gerçekleştirilmesi gereği, bir başka ifade ile hafif kusurun yeterli olmayacağı kabul edilmiştir (VVG m. 28/1)⁹⁰. Nitekim kastın varlığı hâlinde ifadan kurtulma, ağır ihmâl hâlinde ise kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yolu öngörülmüştür. Türk hukukunda ise Kanun'un lafzına rağmen doktrinde, kast veya ağır kusurun bulunmadığı hâllerde, bir başka ifade ile hafif kusurlu hâllerde ifadan kurtulma imkânının verilmemesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir⁹¹.

Kusur kavramı bu esastan olmak üzere, borçlar hukuku telakkilerine göre anlaşılmalı; sigorta ettirenin sözleşmeye aykırı hareket etmeyi göze alması, arzu etmesi veya sözleşmeye aykırı neticeyi engellemek için herhangi bir çaba göstermemesi hâlinde kusurlu olduğu kabul edilmelidir⁹². Almanya hukukundaki bir uygulama örneğinde, alkollü araç kullanması esnasında trafik kazası ile zara- ra sebep olan sürücünün, araca alkollü şekilde binmesinin kasıtlı olmayabileceği ve ağır ihmâl olabileceği, bu bakımdan tazminatın tamamen kaybedilmesinden ziyade tazminattan indirimin söz konusu olabileceği değerlendirilmiştir⁹³.

b. Nedensellik

Akdî yükümlülüğün ihlâline bağlı olarak sözleşmenin kısmen veya tamamen feshi ve sigortacının ifadan kurtulabilmesi için, ihlâlin rizikonun gerçekleşmesine ve sigortacının yerine getirmesi gereken edimin kapsamına etki etme-

⁹⁰ PÖPEL/ LINK/ MOOS, VVG §28 Rn. 18; BURMANN, VVG §28 Rn. 5; MAIER, Karl, "Die Leistungsfreiheit bei Obliegenheitsverletzungen nach dem Regierungsentwurf zur VVG-Reform", **Recht und Schaden**, Y. 2007, C. 34, S. 3, s. 90.

⁹¹ ÜNAN, *Cilt I*, s. 542.

⁹² AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 203.

⁹³ MAIER, s. 90; JOACHIM, Felsch, "Neuregelung von Obliegenheiten und Gefahrerhöhung", **Recht und Schaden**, Y. 2007, C. 34, S. 12, s. 493.

si şarttır (TTK m. 1449/3). Diğer bir ifade ile nedensellik bağının mevcut olmaması hâlinde, sigortacının sözleşmeyi feshetmesi ve ifadan kurtulabilmesi mümkün değildir⁹⁴. Nedensellik bağı, Almanya hukukunda da gözetilmekte; mevcut olmadığı hâllerde sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulamayacağı veya bu yükümlülüğünün hafiflemeyeceği ifade edilmiştir (VVG m. 28/3). Ancak aynı hukuk sisteminde, akdî yükümlülüğün hileli veya kasten ihlâli hâlinde, nedensellik bağının aranmayacağı da kabul edilmiştir⁹⁵.

Bir akdî yükümlülüğe aykırılığın, rizikonun gerçekleşmesine etkide bulunduğu bahsedilebilmesi için, söz konusu aykırılığın mevcut olmaması hâlinde rizikonun meydana gelmeyeceğinin ileri sürülebilmesi gerekir⁹⁶. Mesela motorlu aracın alarminin devre dışı veya kapısının açık bırakılmasından sonra hırsızlık vakası yaşanması ya da yangın duvarı önlemi alınmadığı için komşuya yangın sıçraması, rizikonun gerçekleşmesine etki eden hâllere örnekler⁹⁷. Mamefih alarm devre dışı bırakılmış olmasına rağmen hırsız çaldığı anahtarla eve girerse veya kapısı açık bırakılan araç çekici vasıtasıyla çalınırsa, ihlâlin rizikonun gerçekleşmesine etki etmediği açıktır. TTK m. 1449/1’de geçen “*rizikonun gerçekleşmesin etki etme*” ifadesini, Almanya VVG’deki gibi, rizikonun gerçekleşmesi veya tespiti yahut sigortacının edim yükümlülüğünün belirlenmesi veya kapsamı üzerinde etkili olma biçiminde anlamak gerekir⁹⁸. Bu bakımdan TTK m. 1449/3’de yer alan “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır.

“Edim yükümlülüğünün kapsamına etki” ifadesinden ise, sigortacının ödemek durumunda kalacağı tazminat miktarının artmasını anlamak mümkündür. Bununla birlikte, edim yükümlülüğünü ve mahiyetini tespiti yönelik kanun hükümlerini de bu bapta değerlendirmek gerekir. Yargıtay bir kararında açıkça, “*davacının geç bildirimde bulunmasının sigortacının ediminin içeriğine etki ettiğine ilişkin herhangi bir ispat vasıtası ortaya konulmadığı*” gerekçesiyle TTK m. 1449 hükmünün uygulanmayacağına karar vermiştir⁹⁹. Tazminat mikta-

⁹⁴ Bkz. KONFİDAN, Melisa, **Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 326.

⁹⁵ WANDT, §28 Rn. 309; ARMBRÜSTER, **Privatversicherungsrecht** Rn. 1712; MAIER, s. 91; BURMANN, §28 Rn. 13; OLG München, Schlusssurt. v. 25.4.2014 – 10 U 3357/13 (**Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht**, Y. 2014, C. 27 S. 11, s. 525-526).

⁹⁶ ÜNAN, Sözleşmesel Görevler, s. 21.

⁹⁷ ÜNAN, **Cilt I**, s. 545.

⁹⁸ ÜNAN, **Cilt I**, s. 544.

⁹⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2024/5162, K. 2025/3544, 21.05.2025, (karararama.yargitay.gov.tr).

rının artışına sebep olan bir ihlâl, TTK m. 1444'e göre rizikonun ağırlaşması mahiyetinde olabilir veya rizikonun gerçekleşmesinden sonra da, TTK m. 1447 ve 1448'de ifadesini bulan bilgi verme ya da zararı önleme ve azaltma gibi kanunî yükümlülüklerle aykırılık teşkil edebilir. Bu hâllerde sözleşme ve kanun hükümlerinden hangisinin uygulanacağını değerlendirmek gerekebilir¹⁰⁰.

TTK m. 1449'da nedensellik bağı ile kusur arasında bir rabıta kurulmamıştır. Diğer bir deyişle kusurun kast derecesinde olması hatta sigorta ettirenin, akdî yükümlülüğünü kötü niyetli ve sigortacının aleyhine olacak ve bilinçli bir şekilde ihlâl etmesi hâlinde dahi nedensellik bağı aranır. Nedensellik bağının mevcudiyeti bakımından, sigorta ettirenin zarar verme veya zenginleşme niyeti ile hareket etmesi şart değildir¹⁰¹.

Mesela Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları m. A.5.5'e göre, aracın uyuşturucu madde etkisi altında ya da yasal sınırların üzerinde alkollü olan kişilerce veya alkollü araç kullanması yasaklanan kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararlar teminat dışında tutulmuştur. Bu hükmün akdî bir yükümlülük olarak nitelendirilmesi hâlinde, Yargıtay'ın *"alkollü sürücünün tam kusurlu olması ve bu kusurun yalnızca alkollü araç kullanımından kaynaklanması"* yönündeki yerleşik içtihadı çerçevesinde nedensellik bağının niteliği tartışılabilir¹⁰². Bu bakımdan alkollü araç kullanılması ile rizikonun gerçekleşmesi veya edim kapsamının genişlemesi arasında bir bağlantı yoksa ne olacaktır? Alkollü araç kullanma yasağının emredici bir kamu hukuku kuralı olduğu da dikkate alındığında, normun koruma amacı ile nedensellik bağının varlığını tetkik etmek yerinde olacaktır. Nedensellik bağından söz edebilmek için, akdî yükümlülüğün ihlâli ile ortaya çıkan tehlikeli durum ve meydana gelen zarar, ilgili yükümlülüğün önlemeyi amaçladığı riskler arasında yer almalıdır¹⁰³. Bir başka ifade ile davranış ile netice arasındaki uygun nedenselliğin ötesinde, ihlâl edilen yükümlülüğün amacı ile zarar arasında da bir rabitanın varlığı gerekir. Bu bakımdan, akdî yükümlülüğün amacının, gerçekleşen zararı önlemek olup olmadığı sualine cevap verilmelidir. Mesela, şoförün yolcu taşıma meslekî yeterlilik belgesi olmadan kullandığı bir otobüsün, bir kaza sonucu yolcularına değil,

¹⁰⁰ Daha tafsilatlı tetkikler için bkz. YENER, s. 317-318.

¹⁰¹ BURMANN, VVG §28 Rn. 13.

¹⁰² Bkz. DOĞAN, Burak, "Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları ve Yürürlükte Bulunan Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yargıtay'ın Alkollü Araç Kullanımı Sırasında Meydana Gelen Zararlara İlişkin Yerleşik Kararları Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 26, S. 1, s. 123-126; ÜNAN, Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt IV*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 96.

¹⁰³ ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht* Rn. 1078; BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 14.

trafikteki üçüncü kişilere zarar vermesi hâlinde uygun nedensellik bağı söz konusu olabilir; ancak normun koruma (yolcu güvenliğinin sağlanması) amacı bakımından bir nedensellikten söz edilemeyeceği için TTK m. 1449’a göre tazminat ödemekten imtina edilemez¹⁰⁴. Alkollü araç kullanılması bakımından normun koruma amacı, her türlü can ve mal zararını önlemek olduğuna göre, Yargıtay’ın bu hususta benimsediği münhasırlık kıstasından ziyade en yakın sebep (*proximate cause*) teorisine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁵.

Son olarak, rizikonun gerçekleşmesine veya edim yükümlülüğünün kapsamına yönelik etkinin, soyut ve genel değil; somut nitelikte olması gerekir¹⁰⁶. Nedenselliğin eksikliği, sigorta ettiren tarafından ispat edilmelidir¹⁰⁷. Akdî yükümlülük, gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı da, riziko ve edimin kapsamı aynı şekilde gerçekleşecek idiye nedensellik bağının olmadığından bahsedilebilir¹⁰⁸.

c. Akdî Yükümlülüklerin Açıklığı ve Kesinliği

Sigorta sözleşmesinde olduğu gibi, akdî yükümlülükler bakımından, esasında şekil serbestisi geçerlidir¹⁰⁹. Almanya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG) m. 7’de düzenlenen genel bilgilendirme yükümlülüğüne ilaveten, rizikonun gerçekleşmesini müteakip dönemde sigorta ettirene yüklenen bilgi verme ve açıklamada bulunma yükümlülüklerinin ihlâli hâlinde sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulabilmesi, ancak sigorta ettirenin bu hukukî sonuca vücut verebilecek ihlâlin sonuçları hakkında yazılı olarak bilgilendirilmiş olması şartına bağlanmıştır (VVG m. 28/4). Türk hukukunda ise akdî yükümlülükler ve neticelerine dair, rizikonun gerçekleşmesinden önce veya sonra olmak üzere özel bir bilgilendirme şeklinden söz edilmemiştir.

Ne var ki akdî bir yükümlülük ve ihlâline bağlanan neticeler, hukukî mahiyeti itibarı ile sigorta ettirenin bilhassa dikkat etmesi icap eden ve sözleşmeden doğan haklarının kaybına sebep olabilecek hususları ihtiva eder. Bu esastan olmak üzere sigortacı ve acentesi, aydınlatma yükümlülüğü dairesinde, sigorta ettirenin sözleşmeden doğan haklarını kaybetmemesi bakımından dikkat etmesi gereken, belirli bazı davranışları yapmasını veya yapmaktan kaçınmasını öngö-

¹⁰⁴ ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht* Rn. 710 ve d. 92.

¹⁰⁵ Bkz. Aynı yönde DOĞAN, s. 126.

¹⁰⁶ RIXECKER, §28 Rn. 91; ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 243.

¹⁰⁷ MAIER, s. 92; RIXECKER, §28 Rn. 91; WANDT, §28 Rn. 274; BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 56.

¹⁰⁸ RIXECKER, §28 Rn. 96.

¹⁰⁹ BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 16.

ren hükümlere yazılı olarak dikkat çekmelidir (TTK m. 1423/1)¹¹⁰. Bir başka ifade ile akdî yükümlülüklerin, neticeleri ile beraber açık, kesin ve anlaşılır bir şekilde sigorta ettirene izah edilmesi aydınlatma yükümlülüğünün bir tezahürüdür. Mamafih akdî yükümlülüğe dair bilgilendirmenin ayrı bir yazılı metin ile yapılması şart değildir; ancak akdî yükümlülüğünün ihlâlinin muhtemel neticesi, sözleşme metninin diğer kısımlarından ayrılabilir, fark edilebilir olmalıdır¹¹¹.

Akdî bir yükümlülüğün açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesinin, aydınlatma yükümlülüğünün bir tezahürü olduğu yukarıda ifade edilmişse de, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâline bağlanan hukukî neticelerin açık ve kesin olmayan akdî yükümlülükler bakımından tatbiki mâkûl ve adil olmayan neticelere yol açabilecektir. Şöyle ki, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâline bağlanan yaptırım, TTK m. 1423/2’de düzenlenmiş olup, sigorta ettirenin bu ihlâle karşı süresi içinde itiraz etmemesi hâlinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla kabul edilmiş sayılacağı öngörülmüştür¹¹². Bu hükmün, açık ve kesin olmayan akdî yükümlülükler tatbiki hâlinde, sigorta ettiren on dört gün içinde itiraz etmemesi hâlinde sigorta tazminatından mahrum kalabilecektir. Bu sebeple, akdî yükümlülüğün yeterince açık ve kesin olmaması hâlinde, sigortacının ifadan kurtulmasına imkân verecek bir yükümlülüğün doğmayacağı kabul edilmelidir¹¹³.

Sigorta ettirenin sözleşmeden murad ettiği tazminat hakkının kısmen veya tamamen kaybına sebep olabilecek akdî yükümlülüklerin, açık ve sınırları belirli bir şekilde düzenlenmesi gerekir¹¹⁴. Akdî yükümlülük, sözleşmede açık ve berrak bir şekilde kararlaştırılmalıdır; zımnî olarak düzenlenemeyeceği gibi¹¹⁵, yoğun ve meşakkatli bir yorum faaliyeti de gerektirmemelidir¹¹⁶. Ayrıca hükmün, sadece

¹¹⁰ ÜNAN, *Cilt I*, s. 227; DOLAR, Neyzen Fehmi, *Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü (TTK m. 1423)*, Seçkin Hukuk, Ankara, 2023, s. 139-140.

¹¹¹ Bkz. BGH, Urteil vom 9. 1. 2013 - IV ZR 197/11 (OLG Bremen), (*Recht und Schaden*, Y. 2013, C. 4, S. 3, s. 115-116).

¹¹² Mesele ile ilgili ayrıntılı mülâhazalar için bkz. DOLAR, s. 203-222.

¹¹³ Bkz. ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn; 4. BURMANN, §28 Rn. 17.

¹¹⁴ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 4; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 40; STEINBECK, §2 Rn. 327; BGH, Urteil vom 12. 6. 1985 - IVa ZR 261/83; BGH, Beschluss vom 30.04.2008 - IV ZR 53/05; LG Hamburg, Urteil vom 21. 9. 1988 - 13 O 199/88; LG Hamburg v. 19. 8. 1992 305 O 126/92.

¹¹⁵ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 3; BURMANN, §28 Rn. 2; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 40. Akdî yükümlülüğün, zımnî olarak öngörülememesi ile sözleşme veya poliçedeki nitelendirilmesi, bir başka ifade ile ne şekilde adlandırıldığı birbirinden farklı konulardır. Bkz. PADFIELD, s. 37. Fakat yorum faaliyeti, akdî yükümlülüğün başka bir isim veya başlık altında yer almasının yerine göre hesaba katılabileceğini göz ardı etmemek gerekir.

¹¹⁶ BUBMANN/FELSCH, §28 Rn. 10.

anlaşılır olmakla kalmayıp, aynı zamanda sigorta ettiren açısından ortaya çıkabilecek ekonomik dezavantaj ve yükleri de yeterince açık şekilde göstermelidir¹¹⁷. Bu esastan olmak üzere akdî yükümlülüğün, TTK m. 1449’da ifadesini bulan neticeleri tevhit edebilmesi için dayatılan olumlu veya olumsuz davranış kuralının, somut olarak açıkça belirtilmiş olması gerekir¹¹⁸. Bu bakımdan belirli bir hususa sadece değinilmiş olması, tek başına bir akdî bir yükümlülük oluşturmaz.

Sözleşmede sadece akdî yükümlülüğe değil; akdî yükümlülüğü ihlâlin neticelerine de aynı açıklıkta yer verilmelidir¹¹⁹. Feshin şartları, nedensellik bağı, tazminat hakkının kaybedilmesi veya tazminattan indirim gibi hususlar açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmelidir¹²⁰. Akdî yükümlülükle ilgili olarak TTK m. 1449 hükmüne atıf yapılarak bir bilgilendirme yapılması teorik olarak kabul edilebilirse de¹²¹, bilhassa hafif kusurla dahi ihlâlinde tazminat alma hakkının kaybedilebileceği ayrıca belirtilmelidir; çünkü bu netice beklenen mâkûl bir netice değildir.

Akdî yükümlülük ve ihlâline bağlı neticenin açık ve kesin olması gerektiği ifade edilmişse de, bunların belli ölçüde soyutluk içermesi kaçınılmazdır. Bir başka ifade ile karşılaşılmaması muhtemel her somut hâlin sözleşmeye kaydedilmesi mümkün değildir¹²². Mesela bir bina sigortası sözleşmesinde öngörülen, kullanılmayan bölümlerdeki tesisat borularının donmaya karşı “yeterli sıklıkta” kontrol edilmesi yükümlülüğü, hâlin şartları, hava sıcaklığı, ısıtma sistemindeki olası bir arıza sebebiyle boruların kırılmasının söz konusu olabileceği en erken zamana göre anlamak gerektiği ifade edilerek yeterince açık ve anlaşılır olduğu kabul edilmiştir¹²³. Bu gibi hâllerde, ortalama bir sigorta ettirenin bakış açısı esas alınarak, hükmün ne derece anlaşılır olduğu değerlendirilmelidir. Bir ev eşyası sigortasında, bir alarm sisteminin mevcut olması gereğinin, sigorta ettirenin bu sistemi belirli zamanlarda veya durumlarda çalışır vaziyette tutma yü-

¹¹⁷ LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 40.

¹¹⁸ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 3; WANDT, §28 Rn. 31; BUBMANN/FELSCH, §28 Rn. 10; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 40; BGH, Urteil vom 12. 6. 1985 - IVa ZR 261/83, (*Recht und Schaden*, Y. 1985, C. 12, S. 9, s. 228-230); BGH, Urteil vom 14.8.2019 - IV ZR 279/17, (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y. 2019, C. 72, S. 49, s. 3584).

¹¹⁹ BURMANN, §28 Rn. 14; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 42.

¹²⁰ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 5a.

¹²¹ Bkz. MARLOW, Sven, “Unwirksame Rechtsfolgenregelungen in Alt- und Neuverträgen - Einige Anmerkungen”, *Recht und Schaden*, Y. 2015, C. 42, S. 12, s. 593.

¹²² WANDT, §28 Rn. 35.

¹²³ BGH, Urteil vom 25. 6. 2008 - IV ZR 233/06 (OLG Celle), (*Verbraucher und Recht - Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht*, Y. 2008, C. 23, S. 9, s. 378).

kümlülüğü altında olduğu şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir¹²⁴. Lâkin biz bu görüşe katılmıyoruz. Alarının mevcut olması gereği, her hâlde alarının çalışır vaziyette tutulması anlamına gelecektir. Bununla birlikte sözleşmeye dercedilen hükümler ile sigorta ettirenin belirsiz ve muğlak ifadelere bağlı olarak yanılmasına imkân verilmemeli veya sigorta ettiren aldatılmamalıdır¹²⁵.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, sigorta ettirene yüklenmiş genel bir dikkatli davranma yükümlülüğünün, yeterince açık ve kesin olmadığı ifade edilmiştir¹²⁶. Hâkezâ poliçede yer alan “ihmalkâr davranışlarla anahtar hırsızlığını kolaylaştırmama¹²⁷”, “basiretli bir iş adamı gibi özen gösterme ve sigorta yokmuş gibi hareket etme¹²⁸” veya “gereksiz bir artıştan kaçınma¹²⁹” gibi ifadeler, yeterince açık ve kesin olmadığı için Almanya mahkemelerince birer akdî yükümlülük olarak değerlendirilmemiş ve sigorta ettiren aleyhine neticelerin tevli-di kabul edilmemiştir. Bunun gibi hukukî giderler sigortasında, poliçe sahibinin hukukî giderleri “mümkün olduğunca düşük tutması” ve “birden fazla dava yolu mevcutsa en düşük maliyetli olanı tercih etmesi” gerektiğine dair hükümler de, ortalama bir sigorta ettirenin, bu ifadelerden hangi somut davranışların beklediğini anlaması mümkün olmadığından yeterince açık ve kesin görülmemiştir¹³⁰. Ancak teknenin kış boyunca güvenli bir yerde tutulması ifadesi mâkûldür ve esasında sigorta ettirene olağan ve beklenen bir yükümlülük yükler ancak “diğer güvenlik standartlarına uygunluk” gibi bir atıf varsa, bunun sigorta ettiren tarafından yeterince anlaşılır olmaması muhtemeldir¹³¹.

Kanaatimizce, öngörülen akdî yükümlülüğün kanunî ve idarî düzenlemelerle sınırlı tutulduğu ve bu düzenlemelere atıf yapılan hâllerde, yeterli bilgilendirme yapılmış kabul edilmelidir. Mesela yangın sigortası ile ilgili olarak öngörülen mevzuata uyma yükümlülüğü yeterince açıktır; beklenmedik veya alışılmadık bir yükümlülük değildir¹³². Ancak kanun, yönetmelik veya uyulması zo-

¹²⁴ BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 13.

¹²⁵ PADFIELD, s. 37.

¹²⁶ WANDT, §28 Rn. 32.

¹²⁷ LG Frankfurt v. 22. 9. 1983 2/23 O 80/83, (beck-online.de).

¹²⁸ LG Bielefeld v. 17. 11. 70 10 O 251/69, (beck-online.de).

¹²⁹ BGH, Urteil vom 14.8.2019 - IV ZR 279/17, (*Neue Juristische Wochenschrift*, Y. 2019, C., S. 49, Rn. 15-16).

¹³⁰ LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 41.

¹³¹ WANDT, §28 Rn. 35.

¹³² BUßMANN/ FELSCH, §28 Rn. 14; BGH Urt. v. 25.9.2024 - IV ZR 350/22 (OLG Celle), (*Recht und Schaden*, Y. 2024, C. 51, S. 21, s. 953-958).

runlu idarî düzenlemelerden başka, firma uyarıları, tavsiyeler, kullanım kılavuzları veya yönergeleri ve özel kişi veya kuruluşlardan gelen diğer önerilerin bu kapsamda olmadığını ifade etmek gerekir¹³³.

Almanya hukukunda, bilhassa büyük rizikolar açısından açıklık ve kesinlik standardı görece daha düşük tutulmuştur. Mesela nakliye şirketinin araç sürücüsünü dikkatli şekilde seçme ve denetleme yükümlülüğü, sektörün yerleşik uygulamaları da göz önüne alındığında yeterince açık ve belirli kabul edilmiştir¹³⁴. Buna karşılık yüklü aracın hırsızlığa karşı emniyete alınmasına ilişkin yükümlülük muğlak bulunmuş; kapalı garajda muhafaza edilmesi veya alarm sistemi kurulması gibi somut önlemlere açıkça yer verilmediğinden, sigorta ettirene bu tür spesifik yükümlülüklerin yüklenemeyeceği ifade edilmiştir¹³⁵. Türk hukukunda her ne kadar büyük rizikolar ayrıca düzenlenmemişse de, tacir olan sigorta ettirenin basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü ve tüketici sıfatını haiz sigorta ettireni koruma anlayışı gibi kıstaslar ile benzer neticelere ulaşılması pek tabii mümkündür.

d. Süre

TTK m. 1449/2'ye göre sigortacı, kısmen veya tamamen fesih ve buna bağlı olarak ifadan kurtulma hakkını, durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde kullanmalıdır. Aksi hâlde fesih hakkı düşer¹³⁶. Bir aylık süre, dosyayla ilgilenen sigortacı personelinin ihlâli öğrenmesi ile başlar; söz konusu personelin fesih yetkisinin bulunması şart değildir¹³⁷. Dikkat etmek gerekir ki hükümde fesih süresi, salt öğrenmeye bağlanmıştır; mesela, fesih süresi içinde rizikonun gerçekleşmesi kural olarak süreyi etkilemez¹³⁸.

Fakat kanaatimizce, bir aylık süre sigortacıya verilmiş bir hak değildir; sigortacı basiretli bir tacir olarak keyfiyeti öğrendiği andan itibaren süratle değerlendirmesini yaparak sigorta ettireni bilgilendirmelidir. Durumun öğrenilmesinden kastedilen, kanaatimizce akdî yükümlülüğün kusurlu olarak ve rizikonun

¹³³ BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 14.

¹³⁴ OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat), Urteil vom 13.07.2005 - 5 U 689/04, (BeckRS 2005, 13001/beck.online.de).

¹³⁵ OLG Köln, Urteil vom 30. 8. 1990 - 5 U 253/89, (**Recht und Schaden**, Y. 1990, C. 17, S. 11, s. 395-396).

¹³⁶ ULAŞ, Işıl/ BEKTAŞ, İbrahim, **Ulaş Sigorta Hukuku, Birinci Cilt**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 114.

¹³⁷ BURMANN, §28 Rn. 4.

¹³⁸ ÜNAN, Sözleşmesel Görevler, s. 23.

gerçekleşmesine veya sigortacının ediminin kapsamına etki edecek şekilde ihlâl ettiğini edildiğinin öğrenilmesidir. Bir aylık süre, rizikonun gerçekleşmesi veya tazminat talep edilmesi gibi olaylardan bağımsızdır¹³⁹. Mesela süre, sigortacının yerinde yaptığı bir ziyaret sırasında su hasarını öğrenmesiyle değil, ancak hasarın sigorta ettirenin yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle meydana geldiğinin anlaşıldığı anda işlemeye başlar¹⁴⁰.

Sözleşme ile fesih hakkını kullanılması hususunda Kanun'dan farklı bir süre öngörülmesi hâlinde, kanundaki bir aylık süre uygulanır¹⁴¹. Her ne kadar TTK m. 1449, TTK m. 1452/3 ile sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyecek hükümler arasında zikredilmişse de; aksinin kanunla düzenlenebileceği şeklindeki hükmün lafzı ve düzenlenen sürenin hak düşürücü mahiyeti itibarıyla TTK m. 1449/2'nin mutlak emredici nitelikte olduğunun kabulü gerekir.

¹³⁹ ÜNAN, *Cilt I*, s. 543.

¹⁴⁰ ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 173. Akdi yükümlülüğün ihlâl edildiğinin, sigortacı tarafından sigorta tazminatı ödendikten sonra öğrenilmesi hâlinde, muhtemelen feshedilecek bir sigorta sözleşmesi mevcut olmayacağı için TTK m. 1449 hükmüne başvurulamayacaktır. Bu hâlde sigortacı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ve süresi içinde, ödediği tazminatın iadesini isteyebilir. (Doktrinde fazladan veya sebepsiz ödenen sigorta tazminatının iadesi talebine genel hükümlerin mi, TTK m. 1420'deki hükümlerin mi uygulanacağı tartışmalıdır (Bkz. ARKAN, Sabih, "Sigorta Hukukunda Fazladan Yapılan Ödemelerin İadesinde Zamanaşımı", *AÜHFD*, Y. 2007, C. 56, S. 2, s. 43; MEMİŞ, Tekin, "Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1940). Ne var ki bu durum sigorta ettireni, özellikle daha uzun bir zamanaşımı süresince geçmişteki bir yükümlülüğüne dair ayrıntıları hatırlamak ve buna dair delilleri muhafaza etmek zorunda bırakacaktır. Sigorta tazminatının ödenmesine dair prosedür, TTK m. 1427'de kurgulanmıştır. Buna göre, sigorta tazminatının ödenmesi için evvelâ riziko ile ilgili belgelerin sigortacıya verilmesi, akabinde ise sigortacının kendi araştırmalarını tamamlaması gerekir. Bu belgelerin takdiri ve yapılması gereken araştırmaların mahiyetini sigortacı belirleyecektir. Sigortacının buna rağmen, zorunda olmadığı veya fazladan yaptığı ödemeler söz konusu olabilir. Nitekim bu tür ödemeler, sigortacılık faaliyetinin ve sektörün tabiatından kaynaklanan ve sigorta tekniği içinde prim tutarının belirlenmesi ve işletme politikasında hesaba katılmaktadır. Bu bakımdan sigortacılık faaliyetinin tabiatından ve sektörel şartlardan kaynaklanan bu riskin, kendisini TTK m. 1449'da öngörülen yaptırımdan daha dezavantajlı duruma sokacak şekilde sigorta ettiren veya sigortalıya yüklenmemesi gerekir. Bu esastan olmak üzere, TTK m. 1449 hükmündeki bu boşluğun, sebepsiz zenginleşme veya sigorta sözleşmesinde dair genel zamanaşımı sürelerinin tatbiki ile çözümlenmesi, kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Burada, sigorta ettiren veya sigortalının, akdi yükümlülüğün ihlâlindeki kusurunu değerlendirmek suretiyle bir neticeye varmak adil olabilir. Akdi yükümlülüğü kasten veya hileyle ihlâl eden yahut akdi yükümlülüğün ihlâl edildiğini kasten veya hileyle gizleyen sigorta ettiren için, sigorta sözleşmelerine dair TTK m. 1420'de kaydedilen zamanaşımı süresi uygulanacak ve tazminatın iadesi istenebilecektir. Buna karşılık akdi yükümlülüğün ihlâlinden veya ihlâlin bildirilmesinde kastı veya hileli davranışı söz konusu olmayan sigorta ettiren için, riziko araştırma külfetini basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne uygun olmayacak bir surette yerine getirerek ihlâli fark edemeyen sigortacının, tazminatın ödenmesi ile birlikte artık bir iade talebinde bulunamayacağı ve oluşan riskin sigortacılığın tabiatı gereği ve beklenen bir ticarî risk olarak sigortacının hanesine kaydedileceği kabul edilmelidir.

¹⁴¹ Doktrinde Ulaş/Bektaş, "Kanun'dakinden daha uzun, farklı bir süreye tâbi tutulmuş olması hâlinde kanun hükmünün uygulanması doğaldır" ifadeleri, muhtemeldir ki sigortalı lehine daha kısa bir sürenin kararlaştırılabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. ULAŞ/ BEKTAŞ, s. 115.

Fesih hakkının süresi içinde kullanıldığını ispat yükü sigortacıdadır¹⁴². Fesih hakkının, belli bir süre sonra sonuç doğuracağını belirterek kullanılıp kullanılmayacağı hususu açık değildir. Almanya’da eski VVG döneminde feshin süresiz olması gerektiği kabul edilmiştir; ancak sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulması ile fesih arasındaki zorunlu rabitanın kaldırılmasından sonra süreli feshin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁴³. Böyle bir imkânın sigortacıya tanınması hâlinde sigorta ettirenin prim ödemeye ve sigortacının fesih zamanına kadar hangi rizikolara karşı teminat sağlanmaya devam edeceği hususunun aydınlatma yükümlülüğü dairesinde ve riziko-prim dengesi muhafaza edilerek tespit edilip açıklanması gerekir.

B. Kanunda Öngörülme İhtimaller

TTK m. 1449’da, akdî yükümlülüklerin düzenlenmesine ve ihlâline dair yalnızca tek bir ihtimale yer verilmiştir. Ancak tatbikatta, akdî yükümlülüklerle ilgili meselelerin farklı şekillerde tezahür etmesi pek tabii mümkündür.

1. İhlâlinin Neticesi Sözleşmede Düzenlenmeyen Akdî Yükümlülükler

Kanun’da akdî yükümlülüğün ve ihlâlinin, fesih ve ifadan kurtulma neticesine tâbi tutulması ihtimalinden bahsedilmektedir ancak akdî yükümlülüğe yer verilip, ihlâline bağlı neticenin düzenlenmemesi hâlinde ne olacağı hususunda bir hüküm sevk edilmemiştir. Sözleşmede fesih ve ifadan kurtulma imkânından söz edilmemişse sigortacı, akdî yükümlülük sigorta ettiren tarafından ihlâl edilse dahi Kanun’da öngörülmüş olan fesih ve ifadan kurtulma imkânını kullanılamaz¹⁴⁴. Böyle bir ihtimâlde ne olacağının kanunda düzenlenmemesi, doktrinde mühim bir eksiklik olarak telakki edilmiş; en azından Yargıtay’ın, akdî yükümlülüğün neticesinin sözleşmede düzenlenmediği hâllerde söz konusu boşluğun nasıl doldurulması gerektiğini ve sigortacının hangi haklara sahip olabileceğini belirlemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁵.

Doktrinde, akdî yükümlülüğün yaptırımının sözleşmede belirlenmemesi hâlinde TTK m. 1449’un uygulama alanı bulmayacağı; ancak kanun hükmünün geniş yorumlanarak sözleşmeyi feshetmeksizin bir ara çözüm kararlaştırabile-

¹⁴² ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 177.

¹⁴³ Bkz. ÜNAN, *Sözleşmesel Görevler*, s. 24.

¹⁴⁴ WANDT, §28 Rn. 57.

¹⁴⁵ ÜNAN, *Cilt I*, s. 534-535.

ceği ifade edilmiştir¹⁴⁶. Bir bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimize göre burada, doldurulması gereken bir boşluk yoktur; tarafların sözleşme ile akdî yükümlülüğün ihlâline bağlı neticeleri düzenleme yetkilerini kullanmamış olmaları söz konusudur¹⁴⁷. Bu bakımdan, taraflar kararlaştırmamışlar ise, herhangi bir yaptırım veya netice uygulanması mümkün değildir¹⁴⁸.

2. Sözleşme Feshedilmeksizin İfadan Kurtulma

Sigorta sözleşmesi ile bir akdî yükümlülük öngörülerek, ihlâli hâlinde sigortacıya sözleşme feshedilmeksizin sadece ifadan kurtulma imkânının verilir verilemeyeceği açık değildir. Kanun'un lafzına göre böyle bir düzenleme tarzı mümkün görünmemektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi TTK m. 1449'da, akdî bir yükümlülüğün ihlâli hâlinde, sözleşmenin feshi ile sigortacının ifadan kurtulması arasında mutlak bir rabıta öngörülmüştür. Bu esastan olmak üzere mesele tetkik edilirken evvelâ, kanun koyucunun fesih ile ifadan kurtulma arasında kurduğu bu rabitanın gerekçelerini değerlendirmek gerekir.

Almanya hukukunda, mülga VVG'de bu rabıta aranmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin feshi ile birlikte sigortacının, bir akdî yükümlülüğü ihlâlinin hâlihazırda gerçekleşmiş olduğunu bilmesine rağmen primleri tahsil etmeye devam etmesi ve buna rağmen daha sonra gerçekleşen riziko karşısında tazminat ödemekten imtina imkânına sahip olmasına karşı sigorta ettirenin korunması esas alınmıştır¹⁴⁹. Lâkin yeni VVG ile bu mutlak rabıta kaldırılmıştır.

Türk kanun koyucusu ise, TTK m. 1449 bahsinde bu veya benzer gerekçelerden bahsetmemiştir. Kanaatimizce sigortacının tamamen veya kısmen ifadan kurtulması ile sözleşmenin bir bütün olarak akıbeti, hâlin icabına göre ayrıca değerlendirilebilecek, mutlak surette birbirine bağlanması şart olmayan hususlardır. Lâkin sigortacının tazminat ödemekten imtina edeceğini bile bile prim tahsiline devam etmesi ve bu süre zarfında sigorta ettirenin gerçek bir sigorta himayesinden mahrum kalması, yerinde ve mâkûl bir endişedir. Bu bakımdan prensip olarak, sigortacının sözleşmeyi feshetmeyerek prim tahsiline devam etmesi ve rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte tazminat ödemediğinden imtina etmesine izin verilmemelidir.

¹⁴⁶ TOSUN, Özge, **Türk Eximbank Kısa Vadeli İhracat Kredi Sigortası Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 318.

¹⁴⁷ LOOSCHELDERS, **Handbuch**, §17 Rn. 42; MARLOW, s. 591.

¹⁴⁸ Bkz. WANDT, §28 Rn. 25.

¹⁴⁹ WANDT, §28 Rn. 173.

3. Tazminattan İndirim

Türk hukukunda sigorta ettirenin *kanunî* yükümlülüklerinin ihlâl edilmesine bağlı olarak “*ya hep ya hiç*” anlayışından ziyade, gri alanları karşılamak üzere tazminattan indirim imkânı sağlanmıştır¹⁵⁰. Böylece riziko ve prim dengesi muhafaza edilerek; ihlâlde sigorta ettirenin kusuru, ihlâlin rizikonun gerçekleşmesine veya tazminat miktarına etkisi tetkik edilerek hakkaniyete uygun ara çözümlere imkân tanınmıştır. Mamafih akdî yükümlülükler ile ilgili TTK m. 1449 bakımından *ya hep ya hiç* ilkesi benimsenerek, herhangi bir ara çözüme işaret edilmemiştir.

Gerçekten de *ya hep ya hiç* anlayışı dairesinde ifrat ile tefrit arasında mâkûl bir denge gözetilmediğinde, ihlâlin *ya* bütünüyle yaptırımsız kalmasına *ya* da aşırı ölçüsüz bir yaptırımla karşılık bulmasına yol açabilecek niteliktedir¹⁵¹. Nitekim Almanya hukukunda eleştirilen bu düzenleme tarzı, bu ilkenin câr olduğu eski VVG döneminde dahi içtihat hukuku ile yumuşatılmıştır¹⁵². Bugün ise VVG m. 28/2 ile akdî yükümlülüğün ihmâlen ihlâli hâlinde, tazminattan indirim yoluna gidilebileceği kabul edilmiş (VVG m. 28/2-2. c.); bir başka ifade ile *ya hep ya hiç* anlayışı kanunen terk edilmiştir¹⁵³. Hâkezâ PEICL’de de, *ya hep ya hiç* ilkesinden ziyade, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim imkânına işaret edilmiştir (PEICL m. 4:103/2)¹⁵⁴.

Sigorta sözleşmesinde, fesih ve ifadan kurtulma müeyyidesine birlikte yer verilmesi, sık karşılaşılan bir uygulama değildir. Bu itibarla, tatbikatta karşılaşılmaması muhtemel ve sadece “*ifadan kurtulma*” şeklinde bir yaptırımın tatbik edilmesini gerektirecek hâllere kanunda açıkça yer verilmesi gerektiği ifade olunmuştur¹⁵⁵. Nitekim kanunda yer verilmemesine rağmen, akdî yükümlülüğün ihlâlinin rizikonun gerçekleşmesine etkisi ve sigorta ettirenin kusurunun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılabileceği de ifade edilmiştir¹⁵⁶.

¹⁵⁰ ÜNAN, *Cilt I*, s. 541.

¹⁵¹ Bkz. WANDT, Vor §28 Rn. 5.

¹⁵² TERBILLE, Michael, “Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsrecht, dargestellt anhand der Regelungen der §§ 6, 23 ff und 61 VVG”, recht und schaden (r+s), Y. 2001, C. 28, S. 1, s. 2; KARLSRUHE, Wolfgang Römer, “Alles-oder-Nichts-Prinzip?”, *Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht*, Y. 2000, C. 3, S. 6, s. 260; LOOSCHELDERS, *Handbuch*, §17 Rn. 76.

¹⁵³ RIXECKER, §28 Rn. 74; MAIER, s. 89; BURMANN, VVG § Rn. 5. FELSCH, “Obliegenheiten”, s. 491; HEB, Rainer, “Die Quotenbildung nach dem VVG - Erfahrungen seit 2008”, *Recht und Schaden*, Y. 2013, C. 40, S. 1, s. 1; LANGHEID, Theo, “Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Y. 2006, C. 59, S. 46, s. 3319.

¹⁵⁴ WANDT, §28 Rn. 377.

¹⁵⁵ ÜNAN, *Cilt I*, s. 540.

¹⁵⁶ GÜNAY, s. 165.

TTK m. 1449, sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyen nisbî emredici hükümlerden olduğu için, fesih ve ifadan kurtulma dışındaki, mesela sözleşmenin en baştan itibaren geçersiz sayılması gibi daha ağır yaptırımların kararlaştırılması geçersizdir¹⁵⁷. Buna karşılık, daha hafif yaptırımların, edim yükümlülüğünden tamamen kurtulma yerine ödenecek tazminat tutarında indirim yapılacağı yönündeki sözleşme hükmü geçerli sayılmalıdır¹⁵⁸. Ne var ki, sigortacının tamamen ifadan kurtulması yerine daha hafif bir netice olan tazminattan indirim gibi yaptırımların uygulanmasında da, bu çalışmada inceleme konusu yapılan akdî yükümlülüğün niteliği, tespiti ve genel uygulama ilkeleri ve şartları dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce, meri mevzuat bakımından TTK m. 1449’da geçen, “*sigortacının sözleşmeyi kısmen feshetme*” imkânını değerlendirmek gerekir. Kısmen fesih, sigortacının sözleşmesinin tamamını değil, bir kısım hükümlerini feshetmesi olarak anlaşılmalıdır. Doktrinde ayrıca kısmen fesih ifadesinin, sözleşmenin tazminat ödeme borcunun bir bölümü ile sınırlı olarak feshedilmesi şeklinde anlaşılabileceği ifade edilmiştir¹⁵⁹. Bir başka ifade ile kısmen fesih lafzı, aynı zamanda ifadan kısmen kurtularak tazminat ödeme borcunun bir kısmının yerine getirilmesinden imtina edilebileceği anlamına gelecektir. Bu hâlde, ihlâl mahiyeti tetkik edilerek somut olay dairesinde ihmâlin derecesine da bakmak icap eder¹⁶⁰. İndirim yapılmasının mümkün kabul edildiği takdirde, sigorta ettirenin ekonomik durumu ve sigorta süresi gibi hususların da dikkate alınması gerekir. Kusur değerlendirmesinde, hem objektif, hem sübjektif kıstaslar hesaba katılmalıdır¹⁶¹. Mesela akdî yükümlülüğün, bir riziko istisnasına yaklaştığı ölçüde, kusurun daha ağır olduğu ve tazminattan daha fazla indirim yapılabileceğini kabul etmek gerekir.

C. Kanunî Yükümlülüklerin Aynı Zamanda Akdî Yükümlülük Olarak Öngörülmesi

Kanunî bir yükümlülüğün, sözleşme metninde veya sigorta genel şartlarında, aynen ya da bazı değişikliklerle ve hatta genişletilerek yer alması pekâlâ

¹⁵⁷ Nitekim mesela, VVG m. 28/5 de sigortacının sözleşmeden cayamayacağı ifade edilmiştir.

¹⁵⁸ ÜNAN, *Cilt I*, s. 535.

¹⁵⁹ ÜNAN, *Cilt I*, s. 541.

¹⁶⁰ HEß, s. 4. Bununla birlikte, ihlâldeki kusurun ağırlığına göre tazminattan indirime gidilebileceğini öngören yaklaşım, uygulamada belirsizlik ve karışıklık yaratacağı düşüncesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. FELSCH, *Obliegenheiten*, s. 491.

¹⁶¹ RIXCEKER, §28 Rn. 79.

mümkündür. Prensip olarak, kanunî bir yükümlülük ve neticesine, sözleşmede de yer verilmesi, o yükümlülüğü akdî bir yükümlülük hâline getirmez¹⁶². Bir başka ifade ile bu hâlde, kanunda öngörülen hüküm ve neticeler tatbik edilir¹⁶³.

Doktrinde Ünân, bu hususla ilgili TTK m. 1449/1 hükmünü *anlaşılması güç ve amacı anlaşılmayan bir düzenleme* ifadeleriyle eleştirmektedir¹⁶⁴. Gerçekten de hükümde geçen, “*sigortacıya karşı yerine getirilmesi gereken ve sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali hâlinde, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan özel düzenlemeler hariç olmak üzere*” ifadeleri, kanunî bir yükümlülüğün aynı zamanda akdî bir yükümlülük olarak öngörülmesi hâlinde, sigorta ettirenin lehine veya aleyhine olduğuna bakılmaksızın kanunî hükümlere öncelik verileceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bununla birlikte anılan ifadenin, kanunda neticesiyle birlikte düzenlenen bir yükümlülüğün, sözleşmede ayrıca bir netice öngörülmezsizin tekrar düzenlenmesi durumunda işlevsel olabileceği ileri sürülmüştür. Sözleşmede herhangi bir netice öngörülmezsizin düzenlenmiş bir yükümlülüğün, kanunda fesih veya ifadan kurtulma gibi neticelerle birlikte düzenlenmiş olması hâlinde, söz konusu yükümlülüğün bu kanunî yaptırımların uygulanmasına imkân tanıyacak şekilde yorumlanabileceği ifade edilmiştir¹⁶⁵. Mesela akdî yükümlülüğün ihlâlinin rizikonun ağırlaşmasına sebebiyet verdiği durumlarda, söz konusu ihlâl ilişkili olarak sözleşmede herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olsa dahi, Türk Ticaret Kanunu’nun 1444 ve 1445. maddeleri uyarınca yaptırımların uygulanmasına imkân tanınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁶.

Bu görüşe prensip olarak katılmakla beraber, her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Kanunda yaptırıma bağlanmış bir yükümlülüğün, sözleşmede herhangi bir yaptırıma yer verilmeksizin yeniden düzenlenmesi, sigorta ettiren nezdinde, bu yükümlülüğün ihlâli hâlinde bir yaptırım uygulanmayacağı yönünde haklı bir beklentiye yol açabilir. Bu bakımdan sözleşme bütüncül bir şekilde yorumlanarak, ortalama bir sigorta ettirenin ne anlayabileceği araştırılarak bir neticeye varılmalıdır.

¹⁶² WANDT, *Kommentar I* § 2 Rn. 28; RIXECKER, §28 Rn. 3; BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 9; ÜNAN, *Cilt I*, s. 535.

¹⁶³ ÜNAN, *Cilt I*, s. 535; BUBMANN/ FELSCH, §28 Rn. 9.

¹⁶⁴ ÜNAN, *Cilt I*, s. 536.

¹⁶⁵ Bkz. ULAŞ/ BEKTAŞ, s. 114.

¹⁶⁶ ÜNAN, *Cilt I*, s. 537; ERİŞ, s. 546; GENCER, s. 201. Bkz. benzer şekilde AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 203.

İhlâline bağlı neticeler kanunda düzenlenmemiş olan kanunî yükümlülüklerinin, sözleşme ile neticeleri belirlenerek birer akdî bir yükümlülüğe dönüştürülmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte¹⁶⁷; TTK'da sigorta ettirene yüklenen ve ihlâlî durumunda herhangi bir yaptırımla desteklenmeyen herhangi bir yükümlülük düzenlenmemiştir¹⁶⁸. Sigorta ettiren için öngörülen yükümlülüklerin ihlâline bağlanan neticeler, genellikle nisbî emredici mahiyettedir ve bunların sigorta ettiren aleyhine değiştirilmesi, genişletilmesi veya ağırlaştırılması mümkün değildir¹⁶⁹. Fakat sigorta ettirenin lehine olacak şekilde, kanunda öngörülen-den daha hafif bir yükümlülük öngörülmesi veya yükümlülüğün neticelerinin hafifletilmesi mümkündür. Bu hâlde yeni bir akdî yükümlülükten ziyade, kanunî bir yükümlülüğün sigorta ettiren yararına hafifletilmesi söz konusudur¹⁷⁰.

Yaptırımı yahut neticesi kanunla tespit edilmiş bir yükümlülük, sözleşmeye - yaptırımı, neticesi veya mahiyeti değiştirilmek suretiyle - dâhil edilmişse; bu akdî yükümlülük, sigorta ettiren, sigortalı ya da lehtarın aleyhine olmamak kaydıyla geçerliliğini haizdir. Nitekim TTK m. 1449, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar aleyhinde değiştirilmesi mümkün olmayan hükümler arasındadır (TTK m. 1452/3). Aynı yaklaşım, kanunî bir yükümlülüğü açıklama veya somutlaştırma amacına matuf sözleşme hükümleri için de cârîdir. Bu hâllerde, kanunî yükümlülüğü tavzih eden sözleşme hükümleri, TTK m. 1452/3 dairesinde tetkik edilerek, kanunî düzenlemenin sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar aleyhine değiştirelemeyeceği kaidesi işletilecektir¹⁷¹. Bu bakımdan kanunî bir yükümlülüğü açıklayan veya somutlaştıran sözleşme hükümlerinin, birer akdî yükümlülükten ziyade, kanunî bir yükümlülüğün sigortalı lehine hafifleten¹⁷², en azından ağırlaştırmayan açıklayıcı hükümler olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷³. Mamafih

¹⁶⁷ WANDT, Vor §28 Rn. 11; RIXECKER, §28 Rn. 3.

¹⁶⁸ Bununla birlikte TTK m. 1444, 1447 ve 1448 hükümleri; sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyen emredici hükümlerdir (TTK m. 1452/3). Bu bakımdan, sözleşme ile bu hükümlerin sigorta ettiren lehine değiştirilmesi mümkündür. Kanaatimiz odur ki bu hükümlerin uygulama alanına girecek bir davranış, akdî yükümlülük olarak düzenlenir ve sigorta ettirenin daha lehine bir yaptırım öngörülürse, bir akdî yükümlülükten söz etmek mümkün olabilir. Fakat pratikte, kanun hükümlerinin sözleşme hükümlerinden daha lehe olacağı vakidir.

¹⁶⁹ ÜNAN, *Cilt I*, s. 535.

¹⁷⁰ WANDT, Vor §28 Rn. 13; ÜNAN, *Cilt I*, s. 535.

¹⁷¹ WANDT, §28 Rn. 25.

¹⁷² ÜNAN, *Cilt I*, s. 535.

¹⁷³ Akdî yükümlülüklerle dair TTK m. 1449 hükmü, 6102 sayılı Kanun ile birlikte yürürlüğe girmiştir. 6762 sayılı Kanun'da böyle bir düzenleme yer almadığından, o dönemde sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin kanunî yükümlülüklerin emsalı veya izahı olarak telakki edilmesinden başka bir imkân yoktu. Meslekî sorumluluk sigortalı bakımından, o dönemdeki bir genel şart hükmünün bu bakımdan tefsiri için bkz. ŞENOCAK, Kemal, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 264.

sözleşme hükümünün, kanunî yükümlülükten ayrılmış ve içerik itibariyle bağımsız bir yükümlülük olarak tebarüz etmesi hâlinde, bir akdî yükümlülükten bahsetmek gerekir¹⁷⁴.

Rizikonun sigorta ettirenin kusuru, bir başka ifade ile kastı veya taksiri neticesinde gerçekleşmesinin muhtemel hukukî neticeleri, “*rizikonun gerçekleşmesinde kusur*” kenar başlıklı TTK m. 1429’da düzenlenmiştir. Bu bakımdan, akdî yükümlülüğün ihlâlindeki kast, bir sübjektif riziko istisnasıdır¹⁷⁵. Sözleşmede, TTK m. 1429/1’de tanınan imkâna istinaden, rizikonun gerçekleşmesinde sigorta ettirenin kusurunun bulunması hâlinde sigortacının sorumluluktan muaf tutulacağı kararlaştırılmış ve yine aynı sözleşme ile sigorta ettirene, rizikoyu bertaraf edici nitelikte bazı tedbirleri alma yükümlülüğü de tevdi edilmiş olabilir. Bu gibi bir durumda riziko, sözleşmede öngörülen tedbirlerin alınmamasına müteallik olarak gerçekleşmiş ve rizikonun gerçekleşmesine sebebiyet veren kusur ile anılan yükümlülüğün ihmâlen veya noksan surette ifası arasında özdeşlik mevcut ise; sigortacının, TTK m. 1429 mucibince edim borcundan kurtulacağı ifade edilmiştir¹⁷⁶. Lâkin bu görüşe katılmıyoruz. Bir davranış kuralı, sözleşmede akdî yükümlülük olarak öngörülmemiş olsaydı dahi, sigortalıdan uyması gereken bir davranış olarak beklenebiliyorsa, buna kusurlu olarak uyulmaması ve rizikonun meydana gelmesi hâlinde TTK m. 1429 uygulanır. Ancak bunun dışında, ayrıca öngörülmüş akdî yükümlülüklerin kusurlu olarak ihlâli rizikoya sebep olsa dahi, ancak TTK m. 1449’daki şartların varlığı hâlinde sigortacıyı borçtan kurtarır.

SONUÇ

Sigorta sözleşmeleri, karşılıklı edim yükümlülükleri üzerine inşa edilen, iki tarafa borç yükleyen ve esas itibarıyla menfaatlerin zıt olduğu bir hukukî münasebetin tezahürüdür. Bu esastan olmak üzere sigortacının daha yüksek prim karşılığında daha az teminat sağlama; sigorta ettirenin ise daha düşük prim karşılığında daha fazla teminat elde etme arzusu tabiidir. Bu karşıt menfaatler dengesi, kanunda ve sigorta sözleşmesinde düzenlenen yükümlülükler ve bunların ihlâline bağlanan neticeler ile sağlanmaktadır. Bu itibarla TTK m. 1449’da “*sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlali*” kenar başlığı altında düzenlenen *akdî yükümlülükler* büyük ehemmiyet arz eder.

¹⁷⁴ WANDT, § 28 Rn. 29.

¹⁷⁵ SCHIMIKOWSKI, Rn. 403; ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz*, §28 Rn. 40.

¹⁷⁶ ÜNAN, *Cilt I*, s. 538.

Akdî yükümlülüklerin ihlâli hâlinde, sigortacının sözleşmeyi kısmen veya tamamen feshederek ifa borcundan kurtulabileceği TTK m. 1449'da düzenlenmiştir. Lâkin mezkûr hükümde, sadece “ya hep ya hiç” esasına dayanan bir netice öngörülmüş, sigorta ettirenin hafif veya ağır kusuru, ihlâlinin kastı ya da ihmali olması gibi derecelendirmeler yapılmaksızın her türlü kusura bağlı olarak ifadan tamamen kurtulma imkânı tanınmıştır. Bu hâl, bilhassa hafif kusurlu ihlâller bakımından adil olmayan neticelere sebep olabilecektir. Nitekim Alman hukukunda, akdî yükümlülüklerin ihlâlinin sigortacının ifadan kurtulmasını sağlaması için, ihlâlin kast veya ağır ihmâl derecesinde olması aranmakta, aksi takdirde sigortacının edim yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulması mümkün olmamaktadır. Türk hukukunda ise kusur derecelendirmesi yapılmıştır.

Akdî yükümlülükler, bilhassa aşağı yukarı aynı amaca matuf olarak sözleşmeye dercedildikleri için, riziko istisnaları ile karıştırılmaya müsaittir. Bu esastan olmak üzere mesele, bu iki kavramın ayırt edilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Akdî yükümlülük mefhumu, kanunda tanımlanmış ve sınırları çizilmiş değildir. Bu bağlamda, sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene yüklenen her davranış yükümlülüğü, doğrudan akdî yükümlülük olarak kabul edilmemelidir. Bir sözleşme hükmünün, bir riziko istisnası mı yoksa akdî bir yükümlülük mü içerdiği, evvelâ hükmün maddî içeriğine göre belirlenmelidir. Hükmün lafzı ve sözleşmenin sistematigi, ancak ikinci planda değerlendirilmelidir.

Bir sözleşme hükmünün akdî yükümlülük içermesi için, mutlaka bir davranış yükümlülüğü öngörülmesi gerekir. Ne var ki, sigorta ettirenin fiilî davranışı ile doğrudan alâkalı olmayan; yer ve zaman sınırlandırmaları ile doğal afetler, savaş yahut terör gibi objektif mahiyetteki hadiseler veya sigorta ettirenin şahsından veya davranışı kendisine izafe edilemeyecek kişilerin fiillerinden sâdır olmayan vakıalara atıfta bulunulan hükümler, ekseriyetle riziko istisnası olarak tavsif edilir. Hâkezâ sözleşmede, emredici kanun hükümlerine yapılan atıflar da bir davranış yükümlülüğü içerse dahi, genellikle akdî yükümlülük olarak değerlendirilmez. Ancak bu tür düzenlemelerin sözleşme hükmü haline getirilmesi ve ihlâlinin açık şekilde yaptırıma bağlanması durumunda, belirli şartlar altında akdî yükümlülük olarak kabul edilmesi de mümkündür.

Sigorta ettirene yüklenen akdî yükümlülüğünün, TTK m. 1449'a tâbi olarak, öngörülen neticeleri tevhit edebilmesi için, açık, kesin ve anlaşılır olması gerekmektedir. Yeterince açık olmayan, muğlak ifadeler içeren veya sigorta ettirenin ortalama bilgi düzeyiyle anlayamayacağı şekilde düzenlenen hükümler, akdî yükümlülük olarak kabul edilmez. Aksi takdirde, yükümlülüğün mahiyeti-

ni ve kendisine yüklediği davranış kuralını anlayamayan sigorta ettiren, sözleşmeden doğan haklarından mahrum kalabilecektir. Bu noktada aydınlatma yükümlülüğü büyük önem arz etmektedir; sigortacı sigorta ettireni, akdî yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ihlâli halinde doğabilecek neticeler hakkında açık şekilde bilgilendirmelidir.

Sigortacının, TTK m. 1449’da göre sözleşmeyi kısmen veya tamamen feshederek ifadan kurtulma yoluna gidebilmesi için, sigorta ettirenin akdî yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlâl etmiş ve bu ihlâlin rizikonun gerçekleşmesine veya edimin içeriğine etki etmiş olması icap eder. Bir başka ifade ile akdî yükümlülüğün ihlâli bakımından kusur ve nedensellik bağı hükmün tatbiki için şarttır. Fesih ile ifadan kurtulma arasında kanunî bir rabıta kurulmuş olması, fesih sebepleri doğmuş olmasına rağmen sigortacının sözleşmeyi feshetmeyerek prim tahsiline devam ederek, rizikonun gerçekleşmesine müteakip ifadan imtina etmesini önlemektir. Sözleşmede sadece yükümlülüğün düzenlenerek, ihlâline bağlanacak neticenin belirlenmemiş olması hâlinde ise, sözleşmenin feshi ve sigortacının ifadan kurtulabilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu hâlde, kanunda verilen bir imkânın taraflarca kullanılmaması söz konusu olduğundan, bir boşluk doldurma yoluna gidilmemelidir. Hâkezâ sözleşme feshedilmeksizin yalnızca ifadan kurtulma imkanının öngörülmesi de, kanunun lafzına göre mümkün değildir. Çünkü TTK m. 1449, fesih ile ifadan kurtulma arasında mutlak bir bağlantı kurmaktadır. Ancak akdî yükümlülüklerin ihlali halinde, sözleşmenin feshi yerine tazminattan indirim gibi daha hafif yaptırımların öngörülmesini ise mümkün kabul etmek gerekir.

Türk hukukunda, Almanya hukukundan farklı olarak, hafif kusurlu ihlâllerde tazminattan indirimle gidilmesi gibi bir ara çözüm Kanun’da öngörülmemiştir. Kanaatimizce, bilhassa hafif kusurlu ihlâllerde sigortacının ifadan tamamen kurtulmasının önüne geçilerek, tazminattan belirli oranda indirim yapılabilmesi gibi bir ara çözümün ihdası yerinde olacaktır. Bu bakımdan, Kanun’da geçen “sözleşmeyi kısmen veya tamamen feshederek ifadan kurtulabileceğine” şeklindeki ifadenin, tazminattan indirim ve daha adil bir ara çözüm yolunu açan bir düzenleme olabileceği kanaatindeyiz. Akdî yükümlülüklerin esas itibarıyla rıziko ve prim dengesinin sağlanmasına hizmet ettiği ve cezalandırma işlevinin olmadığı dikkat alındığında, hafif kusurlu sigorta ettirenin korunması amacını gözetmek gerekir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKGÜN, Evrim, **Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ARKAN, Sabih, “Sigorta Hukukunda Fazladan Yapılan Ödemelerin İadesinde Zamanaşımı”, **AÜHFD**, Y. 2007, C. 56, S. 2, s. 39-43.
- ARMBRÜSTER, Christian, **Privatversicherungsrecht**, 2nd ed, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019 (*Privatversicherungsrecht*).
- ARMBRÜSTER, Christian, **Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz**, Ed. ARMBRÜSTER, Christian/ DÖRNER, Heinrich/ KLIMKE, Dominik/ KOLLER, Ingo/ LÜCKE, Werner/ PIONTEK, Sascha/ REIFF, Peter/ RUDY, Mathis/ SCHNEIDER, Winfried-Thomas/ VOIT, Wolfgang, 32. überarbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2024 (*Versicherungsvertragsgesetz*).
- AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- BENNET, Howard, **The Law of Marine Insurance**, 2nd Ed, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006.
- BOZKURT, Tamer, **Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BURMANN, Michael, **Strassenverkehrsrecht**, Ed. BURMANN, Michael/ HEB, Rainer/ HÜHNERMANN, Katrin/ JAHNKE, Jürgen, 28. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2024.
- BUßMANN, Heike/ FELSCH, Joachim, **Versicherungsvertragsgesetz: VVG, EGVVG, VVG-InfoV, AltZertG, PflVG, KfzPflVV, allgemeine Versicherungsbedingungen**, Ed. RÜFFER, Wilfried/ HALBACH, Dirk/ SCHIMIKOWSKI, Peter, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2025.
- CAN, Mehmet Çelebi, “Anayasa Mahkemesi’nin E. 2019/40 K. 2020/40, T. 17.07.2020 Sayılı Kararı Bağlamında Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği”, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2023, s. 421-432.
- DOĞAN, Burak, “Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları ve Yürürlükte Bulunan Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yargıtay’ın Alkollü Araç Kullanımı Sırasında Meydana Gelen Zararlara İlişkin Yerleşik Kararları Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 26, S. 1, s. 107-140.

- DOLAR, Neyzen Fehmi, **Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü (TTK m. 1423)**, Seçkin Hukuk, Ankara, 2023.
- ERİŞ, Gönen, **Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- FELSCH, Joachim, “Neuregelung von Obliegenheiten und Gefahrerhöhung”, **Recht und Schaden**, Y. 2007, C. 34, S. 12, s. 485-497 (*Obliegenheiten*).
- FELSCH, Joachim, “Verhüllte Obliegenheiten - ein Nachruf”, **Recht und Schaden**, Y. 2015, C. 42, S. 2, s. 53-59.
- GENCER, Hakan, **Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülükleri ve İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar**, Seçkin Hukuk, Ankara, 2024.
- GÜNAY, Barış, **Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.
- HEß, Rainer, “Die Quotenbildung nach dem VVG - Erfahrungen seit 2008”, **Recht und Schaden**, Y. 2013, C. 40, S. 1, s. 1-10.
- HODGES, Susan, **Cases & Materials on Marine Insurance Law**, Taylor and Francis, Hoboken, 2012.
- HÖRA, Knut/ SCHUBACH, Arno, **Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht**, Ed. HÖRA, Knut/ SCHUBACH, Arno, 5. Überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KARLSRUHE, Wolfgang Römer, “Alles-oder-Nichts-Prinzip?”, **Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht**, Y. 2000, C. 3, S. 6, s. 259-262.
- KAYIHAN, Şaban/ GÜNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Umutepe Yayınları, İstanbul, 2020.
- KENDER, Rayegân, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, On Yedinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KONFİDAN, Melisa, **Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- KUMMER, Joachim, **Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht**, ed. Knut HÖRA/ SCHUBACH, Arno, 5. Überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- LANGHEID, Theo, “Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Y. 2006, C. 59, S. 46, s. 3317-3322.
- LOOSCHELDERS, Dirk, **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. VVG Band 1**, Ed. LANGHEID, Theo/ WANDT, Manfred, 3. Auflage, Beck, München, 2022 (*Kommentar*).
- LOOSCHELDERS, Dirk, **Versicherungsrechts-Handbuch**, Ed. Beckmann Roland Michael, Annemarie Matusche-Beckmann, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2025 (*Handbuch*).

- PÖPEL, Thomas/ LINK, Jochen/ MOOS, Klaus, **Gesamtes Verkehrsrecht**, Ed. HAUS, Klaus-Ludwig/ KRUMM, Carsten/ QUARCH, Matthias, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2022.
- RIXECKER, Roland, **Versicherungsvertragsgesetz: mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung: Kommentar**, Ed. LANGHEID, Theo/ RIXECKER, Roland/ GAL, Jens/ GROTE, Joachim/ MUSCHNER, Jens, 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- STEINBECK, René, **Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht**, Ed. Knut HÖRA/ SCHUBACH, Arno, 5. Überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- MAIER, Karl, “Die Leistungsfreiheit bei Obliegenheitsverletzungen nach dem Regierungsentwurf zur VVG-Reform”, **Recht und Schaden**, Y. 2007, C. 34, S. 3, s. 89-92.
- MARLOW, Sven, “Unwirksame Rechtsfolgenregelungen in Alt- und Neuverträgen - Einige Anmerkungen”, **Recht und Schaden**, Y. 2015, C. 42, S. 12, s. 591-593.
- MEMİŞ, Tekin, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanasına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan**, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 1931-1943.
- MERKIN, Robert M./ HJALMARSSON, Johanna, **Compendium of Insurance Law**, Informa, London, 2007.
- PADFIELD, Alison, **Insurance Claims**, Fifth edition, Zed Books, London, England, 2021.
- RUBIN, Harwey W., **Dictionary of Insurance Terms**, Fourth Edition, Barron’s Educational Series, Hauppauge NY 2000.
- SCHIMIKOWSKI, Peter, **Versicherungsvertragsrecht**, 7. überarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2024.
- STEMPEL, Jeffrey W./ SWISHER, Peter N./ KNUTSEN, Eik S., **Principles of Insurance Law**, Fourth edition LexisNexis, New Providence, NJ, 2011.
- ŞENOCAK, Kemal, **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- TERBILLE, Michael: “Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsrecht, dargestellt anhand der Regelungen der §§ 6, 23 ff und 61 VVG”, **Recht und Schaden**, Y. 2011, C. 28, S. 1, s. 1-7.
- TOSUN, Özge, **Türk Eximbank Kısa Vadeli İhracat Kredi Sigortası Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ULAŞ, Işıl/ BEKTAŞ, İbrahim, **Ulaş Sigorta Hukuku, Birinci Cilt**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- ÜNAN, Samim, “Sözleşmesel Görevler (TTK 1449)”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXVIII 27 Aralık 2014**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s. 11-37 (*Sözleşmesel Görevler*).

- ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I**, On İki Levha, İstanbul, 2016 (*Cilt I*).
- ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt IV**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (*Cilt IV*).
- ÜNAN, Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt VI**, On İki Levha, İstanbul, 2020 (*Cilt VI*).
- WANDT, Manfred, **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. VVG Band 1**, Ed. LANGHEID Theo/ WANDT, Manfred, 3. Auflage, Beck, München, 2022.
- YAZICIOĞLU, Emine/ ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, **Sigorta Hukuku**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- YENER, Merve İrem, “Anlaşmalı Servis Kaydı İçeren Kasko Sigortaları”, **BATİDER**, Y. 2023, C. 39, S. 4, s. 1213-1241.
- YENER, Merve İrem, **Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Ücret Alacağının Döviz Cinsinden veya Dövizde Endeksli Olarak Kararlaştırılması Yasağı^(*)

Prohibition of Deciding Wage Arising from the Employment
Contract in Foreign Currency or as Indexed to Foreign Currency

Hakan CİNDEMİR^(**)

Öz:

Uluslararası ticaretin büyümesi ve küreselleşme giderek artan bir sermaye akışına yol açmıştır. Yatırımların ve emeğin serbest dolaşımı ile yabancı para birimleriyle işlem yapılmasına yönelik talepler de artmıştır. Bununla birlikte özellikle işverenlerin kendi yerel para birimi dışında bir para birimiyle borçlanması veya bu türlü sözleşmelerle yükümlülük altına girmesi döviz kuru riskiyle karşı karşıya kalmalarını beraberinde getirmiştir. Ticari organizasyonlar ve döviz kurundan kaynaklı olumsuzluklara karşı önlem almak isteyen devletler oluşan riskleri en aza indirebilmek için birtakım tekniklere başvurmaktadır. Gerek kamu ve gerek özel sektör düzeyindeki organizasyonlar çoğu zaman döviz kuru düzeyinde sorumluluk üstlenme konusunda isteksizdirler. Çünkü bu türlü işlemler kârlı bir sözleşme ilişkisinin kolayca olumsuz bir yapıya dönüşmesi ihtimalini içermektedirler. Dalgalı kur rejiminin uygulandığı ülkemiz gibi örneklerde döviz kurunda olumsuz bir hareket olması ciddi mali kayıplara neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucular özellikle işverenlerin döviz kuru riskini yönetmeye yönelik adımlar atmaktadır. Devletler bir yandan ticaret hacmindeki büyümenin korunması; diğer yandan ise döviz kurundaki değişimlerden kaynaklı ekonomik ve hukuki sorunların giderilmesi amacıyla katı önlemlere başvurmadan geri durmamaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda ülkemizde hayata geçirilmiş bulunan döviz yasağını içerir düzenlemeler iş hukuku ile sınırlı olarak değerlendirilecektir. Söz konusu sınırlama dahilinde iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağının döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılmasına yönelik yasaklamaların niteliği, kapsamı ve etkileri ayrıntılı bir şekilde tanımlanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Ticaret Hacı, Döviz Bazlı Yükümlülükler, İş Sözleşmesi, Sözleşme Yasağı, Ücretin Belirlenmesi.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21.12.2024
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1605252

Bu makaleye atf için: CİNDEMİR, Hakan, “İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Ücret Alacağının Döviz Cinsinden veya Dövizde Endeksli Olarak Kararlaştırılması Yasağı”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1125-1158

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Gaziantep - Türkiye
E-posta: hakancindemir@yahoo.com
Orcid: 0000-0002-2180-0723

Abstract:

The expansion of international trade and the rise of globalization have resulted in a steadily growing movement of capital. Along with the free movement of investments and labor, demand for transactions in foreign currencies has also increased. However, especially for employers, incurring liabilities or entering into contracts denominated in currencies other than their local currency can expose them to foreign exchange risk. Commercial organizations and states, which seek to mitigate the negative impacts arising from exchange rate fluctuations, employ various techniques to minimize such risks. Organizations at both the public and private sector levels are often reluctant to assume responsibility for exchange rate fluctuations. This is because such transactions involve the risk that a profitable contractual relationship could easily turn into a negative one. In countries like ours, where a floating exchange rate regime is applied, an adverse movement in exchange rates can lead to significant financial losses. Therefore, legislators take steps to manage the foreign exchange risk, particularly concerning employers. States are not hesitant to resort to strict measures to achieve both the preservation of trade growth and resolution of economic and legal issues arising from fluctuations in exchange rates. Within this framework, the present study will evaluate the regulations, which prohibit transactions in foreign currency, implemented in our country specifically within the scope of labor law. This article intends, thoroughly define the nature, scope, and effects of the prohibitions regarding determining wage arising from employment contracts in a foreign currency or indexed to foreign exchange.

Keywords:

Trade Volume, Foreign Currency Based Obligations, Employment Contract, Prohibition of Contract, Determination of Wage.

GİRİŞ

İşçinin temel geçim kaynağını oluşturan ücret, çalışanın ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin temel ihtiyaçlarını karşılamak, yaşam standartlarını sürdürebilmek ve ekonomik güvenliklerini sağlamak için büyük önem arz eder. Bu sebeple adil bir ücret sistemi çalışanların motivasyonu ile iş gücü verimliliğini artırmakla kalmaz, sosyal ve ekonomik denge için de büyük önem arz eder ve toplumun genel refahını artırır.

Ücretin belirlenmesi ve ödenmesi sadece işçi ve ailesi açısından önem arz etmez, aynı zamanda toplumsal düzenin sağlanması bakımından da önemli bir süreçtir. Bu sebeple, birçok hukuk sisteminde ücretin kamu düzeniyle doğrudan ilgili olduğu kabul edilmiş ve ücretin belirlenmesi asgari standartların sağlanmasına yönelik düzenlemelerin yansırı birçok ek düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ücrete ilişkin hükümlerin gelir dağılımındaki adaleti koruyarak toplumsal dengeyi sağlanmasına yönelik olması gerekir. Böylelikle hem çalışanların hakları korunur; hem de toplumun genel huzur ve istikrarı sağlanmış olur.

Ücret politikaları belirlenirken kamu düzeni perspektifinden ele alınması gerekmektedir. Türk hukuk sisteminde ücrete ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda Anayasada emeğin karşılığı olan ücretin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret olması gerektiği düzenlenmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi bu yükümlülüğü yerine getirmek için iş sözleşmelerine özel olarak uygulanacak ücret hükümlerine yönelik pek çok düzenlemenin yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu'nu¹ da çıkarmıştır.

İş Kanunu madde 32 fıkra 2 düzenlemesine göre; *“ücret ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak Türk parası ile ödenir”*, bununla birlikte taraflar ödemeleri yabancı para cinsinden kararlaştırmışlarsa ödeme günündeki rayice göre Türk parasıyla ödeme yapılabilir². Türk Borçlar Kanunu da para borçlarının asıl olarak ülke parasıyla ödenmesi esasını kabul etmiş; ancak 99. maddenin 2. fıkrası uyarınca sözleşmeyle başka ülke para birimiyle ödeme yapılmasının kararlaştırılmasına cevaz vermiştir.

İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerin yürürlüğü devam etmesine rağmen, 12.09.2018 tarihli “85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı” ile “32

¹ R.G., T.22.5.2003, S.25134.

² AYAN, Serkan, Yabancı Para Borçlarının İfası, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, C.8, Özel Sayı, Y. 2013, s.516-517.

³ R.G., T.13.09.2018, S.30534.

sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁴’nın 4. maddesine ek olacak şekilde “g” bendi hüküm altına alınmıştır. Bu değişikliklerle, birçok sözleşme türünün yanı sıra iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmelerinin de döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması yasaklanmıştır. Kararın dayanak kanunu olan 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunda, 32 sayılı Kararda ve Karara sonradan eklenen “g” bendinde sayılan sözleşme türlerinin tanımı yapılmamıştır. Bu sebeple Kararda sayılan iş ve hizmet sözleşmeleriyle, teknik anlamda Borçlar ve İş Kanunu’nda tanımlanan, “iş ve hizmet sözleşmelerinin” kastedilip kastedilmediği sorununun tespiti gerekliliği doğmuştur. Bu gereklilik doğrultusunda çalışmamızda söz konusu hukuki meselelere yer verilecektir.

Ortaya konulması gereken en önemli husus ise, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararı ile aynı anda, aynı hukuki alanı düzenleyen, birden çok mevzuat hükmü varken Kararnamenin hukuki niteliği ile sonuçlarının ne olacağıdır. Dolayısıyla özellikle Kararnamenin, Anayasaya uygunluk değerlendirmesi ve normlar hiyerarşisine uygunluk durumunun incelenmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda 85 sayılı Karar sözleşme hürriyeti kavramıyla birlikte incelenecektir. Kararnamenin, İş ve Borçlar Kanunundaki düzenlemelere nazaran uygulanabilirliği ve düzenlemeye aykırı yapılacak sözleşmelerin hukuki yaptırıma tabi olup olmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. ÜCRET KAVRAMI VE TÜRLERİ

İş sözleşmeleri bilindiği üzere işçi ve işveren arasında akdedilen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerindendir. Dolayısıyla işçi temel olarak iş görme, talimatlara uyma, sadakat ve rekabet etmeme borcu altına girerken; işveren ise ücret ödeme, eşit işlem yapma ve işçiyi gözetme borcu altına girer. Söz konusu sözleşmelerde dövizle belirlenmeye uygun tek borç işverenin ücret borcu olduğundan Cumhurbaşkanlığı Kararı işverenin ücret borcunun ifasına ilişkindir.

1982 Anayasası’nın 55. maddesinde ücret, emeğin karşılığı olarak düzenlenmiştir. Ücret genellikle işçinin hatta ailesinin tek geçim kaynağıdır. İşçi ve ailesi yönünden büyük önem arz etmesi sebebiyle sosyal haklar arasında düzenlenerek anayasal güvence altına alınmıştır⁵. Ücret ödeme borcu esas itibarıyla iş

⁴ R.G., T.11.08.1989, S.20249.

⁵ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s.375; EKONOMİ, Münir, **İş Hukuku**, C.I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s.113; AKYİĞİT, Ercan **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.198; NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.282-283.

sözleşmesinden kaynaklanan bir borçtur. Anayasa Mahkemesinin de bir kararında belirttiği üzere; ücret Anayasa tarafından güvence altına alınırken, diğer gelirlerden farklı ve özel şekilde düzenlenerek devlete adil bir ücret belirlenmesi için tedbir alma görevi yüklenmiştir. Söz konusu kararda “*Anayasa’nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu düzenlemede ücretin özellikli ve ayrık durumunu gözeterek, Devlet’e “adaletli bir ücret” için tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır*”⁶ ifadelerine yer verilmiştir. Bu sebeple devlet bu konuda emredici hukuk kuralları koyarak ücretin taraflarca düzenlenmesine büyük ölçüde müdahale etmiştir⁷. Devletin müdahalesi anlamındaki en önemli örneği asgari ücret teşkil etmektedir. Asgari ücrete ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olması, bu ücretin azaltılmasına izin vermemektedir. Tarafların anlaşması ile dahi asgari ücrette indirim yapılması mümkün olmayıp, bu tür anlaşmalara rağmen işçi eksik aldığı ücreti talep etme hakkına sahip kılınmıştır. İş Kanunu’nun 32. maddesinde ücret, “bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır” şeklinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu’nun 393. maddesinde ise “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de işçiye zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” hükmüne yer verilmiştir. Bu anlamda iki farklı kanunda düzenleme yapılmış olsa da söz konusu hükümler nitelik olarak birbirinden farklı değildir. Dolayısıyla Türk hukukunda iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi kavramları arasında hukuki bir farklılık olduğu söylenemez⁸. Buradaki temel farklılık, genel kanun olması itibarıyla Borçlar Kanunu’ndaki hizmet sözleşmesi esaslarının, İş Kanunu’nun Kapsamı dışında kalan bazı işlere uygulanmasından kaynaklanmaktadır⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ücrete dair uluslararası sözleşmeler genel nitelik taşımaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü ‘nün 8 Haziran 1949 tarih ve 95 sayılı Ücretlerin Korunması Sözleşmesi’nde ücret; “*yapılan veya yapılacak bir*

⁶ A.Y.M., E. 2006/95, K.2009/144, T. 15.10.2009 (RG., 8.1.2010., S.27456).

⁷ TERZİOĞLU, Ahmet, İş Hukukunda İşverenin Borcu Olarak Ücret, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, C.18, S.72, Y.2019, s.1935.

⁸ TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.69; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ ULAŞ, Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2024, s.79; GÜMÜŞ, Mustafa, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.388.

⁹ ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat/ ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s.175.

iş için ya da görülen veya görülecek bir iş için yazılı veya sözlü iş sözleşmesi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye hangi isim ve hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi mümkün olan karşılıklı anlaşma veya ulusal mevzuatla tespit edilen bedel veya kazanç¹⁰ olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Avrupa Sosyal Şartının dördüncü maddesinde “Tüm çalışanların, kendileri ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlamak için yeterli adil bir ücret alma hakkı vardır” hükmüne yer verilmiş ve böylece bütün çalışanların, kendileri ve aileleri için insan onuruna yakışır bir yaşam standardı sağlayacak düzeyde adil bir ücret alma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır.

İşçinin iş görmesi karşılığında ücret ödenmesi işverenin temel borcudur¹¹. Yapılan iş karşılığında ödenen ücretin yanı sıra, iş karşılığı olmaksızın işçiye ücret ödenmesini gerektiren durumlar da, kanunda hüküm altına alınmıştır. Sosyal düşüncelerin etkisiyle getirilen bu istisnai düzenlemelerle işçilere, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatiller ile yıllık izin gibi durumlarda çalışmaksızın ücret alma hakkı sağlanmıştır. Bu ücret tipi sosyal ücret olarak ifade edilmektedir¹². Bu ödemeler, genellikle çalışanların refahını artırmak, işçilerin belli bir refah seviyesinde yaşamasını sağlamak ve çalışma koşullarını iyileştirmek amacıyla verilir¹³.

Kural olarak ücret ödeme borcu, çalışma ediminin yerine getirilmesini isteme hakkının alacaklısı tarafından ifa edilir. Ayrıca, kanun koyucu tam ve usulüne uygun şekilde yapılması şartıyla ücretin üçüncü kişiler tarafından karşılanmasına olanak tanımıştır. Üçüncü kişilerce yapılan bu türlü ücret ödemeleri işvereni ifa borcundan kurtaracaktır. Sözleşmede kararlaştırılan ve asgari ücret miktarından az olmamak kaydıyla üçüncü kişinin yapacağı ücret ödemeleri işverenin borcunu sona erdirecektir. Bununla birlikte tarafların ücretin üçüncü kişi tarafından ödenebileceği yönündeki anlaşması ödeme yapılmadığı müddetçe işvereni ücret ödeme borcundan kurtarmayacaktır¹⁴. İşverenin ücret ödeme yükümlülüğü üçüncü kişiler tarafından ifa edildiği takdirde borç sona ermiş sayılacaktır.

Ücretin çeşitli şekillerde belirlenmesi mümkündür. Ücretin çalışma süresinin uzunluğu dikkate alınarak hesaplanması bu yöntemlerden biridir. Bu du-

¹⁰ 95 Sayılı Ücretlerin Korunması Sözleşmesi, UÇÖ Kabul Tarihi, 08.06.1949, RG. 28.10.1960, S.10641.

¹¹ SÜMER, Hadi Haluk, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.76; NARMANLIOĞLU, s.355.

¹² SÜZEK, s.76.

¹³ TERZİOĞLU, s.1937.

¹⁴ ÖNER, Eyrenci/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006, s.121.

rumda, ücretin zamana bağlı olarak ödenmesi gündeme gelir. Zamana dayalı olarak belirlenen bu ücret, saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak belirlenebilir. Ülkemizde yaygın olan ücret belirleme yöntemi zamana göre ücret uygulamasıdır¹⁵.

İşçilere belirli bir iş hacmi veya üretim miktarına göre ödenen ücret türü ise akort ücreti oluşturur. Bu sistemde, işçilerin aldıkları ücret, gerçekleştirdikleri iş miktarına bağlı olarak değişir. Dolayısıyla işçi ne kadar çok verim sağlarsa, o kadar çok ücret alır. Bu sistemde, işçilerin performansı ve üretkenliği ücretin miktarını doğrudan etkiler. Bu sebeple söz konusu ücret tipi işçiyi aşırı çalışmaya sevk ederek ve yorarak, yıpranmasına sebebiyet verebilmektedir.

Götürü ücret ise, yapılan işin sonucuna göre hesaplanan ücret biçimidir. Bu ücret biçimi, işin birim bazında ölçülmesinin zor olduğu, seri üretim yapılmayan veya birbirine benzemeyen işler için kullanılır. Götürü ücret, süreklilik göstermeyen ve genellikle belirli bir sürede biten projeler veya işler için tercih edilir¹⁶.

İş Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlendiği şekliyle yüzde yöntemine göre ödenen ücret ise genellikle otel, lokanta, gazino, gece kulübü, bar, pavyon, pastane ve benzeri yerlerde çalışan işçilere uygulanan bir ödeme yöntemidir. Bu yöntemde işçiler, müşterilerin hesap pusulalarına eklenen veya ayrı olarak alınan yüzde ekleri ile müşterilerin kendi istekleriyle bıraktıkları bahşişlerden gelir elde ederler. İşverenler, servis karşılığı veya başka adlarla müşterilerin hesaplarına eklenen yüzde eklerini ya da müşterilerin bıraktıkları bahşişleri işçilere eksiksiz olarak ödemek zorundadır¹⁷.

Prim ödemeleri ise işçilerin iş performansını yükseltmek, daha kaliteli ve daha fazla iş üretmelerini sağlamak ve başarılı çalışmalarını ödüllendirmek amacı taşır. Prim, işçiye toplu iş sözleşmeleri veya bireysel sözleşmelerle önceden belirlenmiş koşullarda verilebileceği gibi, işveren tarafından tek taraflı olarak işçiyi teşvik etmek ve ödüllendirmek amacıyla da verilebilir. Prim ödemeleri işçinin performansını artırmayı hedefleyen bir motivasyon aracı işlevi görür. Primler, işverenin kararıyla belirlenir ve işçinin performansına bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Böylece, işçiler daha yüksek performans göstermeye teşvik edilir ve başarılı çalışmaları ödüllendirilmiş olur¹⁸.

¹⁵ CENTEL, Tankut, **Bireysel İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s.98.

¹⁶ TERZİOĞLU, s.1942.

¹⁷ Y. 9. H.D., T.15.02.2016, E.2014/36458, K. 2016/2559, Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.333.

¹⁸ SÜMER, s.76.

İkramiye, asıl ücrete ek olarak bazı sebeplerle verilen özel bir ücret türüdür. İşverenin yapılan işten duyduğu memnuniyet sebebiyle, işçinin performansını ödüllendirmek, çalışmaya teşvik etmek için özel günler gibi belirli vesilelerle (yılbaşı, bayramlar vb.) ödediği bir ücret türüdür. İşverenin takdiri doğrultusunda verilebileceği gibi bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile belirlenmesi de mümkündür¹⁹. Uygulamada karşımıza çıkan diğer bir ücret çeşidi de, işçiye yaptığı işin değeri ölçüsünde çoğunlukla yüzde üzerinden ödenen komisyon ücretidir²⁰.

Son olarak ele alınabilecek diğer bir ücret türü ise, Borçlar Kanunu 403. maddede düzenlenen işin sonucundan pay almadır. Söz konusu düzenleme uyarınca, işçiye sözleşme ile ücretinin yanı sıra üretilen maldan, cirodan veya kârdan belirli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal düzenlemeler ve genel ticari uygulamalar dikkate alınarak belirlenecektir. İşin sonucundan pay almak, kârdan veya cirodan pay almak şeklinde kararlaştırılabilir²¹.

Netice itibarıyla belirtmek gerekir ki kural olarak taraflar iş sözleşmesi ile kararlaştırılacak ücreti ve ücret türlerini hür iradeleri ile serbestçe kararlaştırabilirler. Bu serbestlik sözleşme hürriyetinin gereğidir. Ancak söz konusu irade serbestisi sınırsız olmayıp, kamu düzeni ve işçinin korunması ilkesin gerektirdiği hallerde kanunla sınırlandırılmıştır²².

II. PARA BORÇLARININ YABANCI PARA CİNSİNDEN BELİRLENMESİNE YÖNELİK KANUNİ DÜZENLEMELER

Borç ilişkileri, belirli bir edim veya edimleri kapsar. Bu edimler, borcun içeriğini ve konusunu oluşturur²³. Sözleşmenin konusu olan edimin taraflardan biri için para olduğu sözleşmelere ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 99. maddesi hükmü düzenlenmiştir. Hükme göre konusu para olan borçlar kural olarak ülke parasıyla ödenir. Bununla birlikte ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılabileceği de maddede hüküm altına alınmıştır. Buna göre sözleşmenin tarafları döviz cinsinden ifayı kararlaştırmışsa, sözleşmede aynen

¹⁹ TERZİOĞLU, s..1938-1939.

²⁰ ÇELİK v.d., s.361.

²¹ SÜZEK, s.385.

²² BAŞYİĞİT, Özgür, *İş Gücü Hukuku Kapsamında Çalışma Hakkı ile Esneklik Arasındaki İlişki ve Türkiye Örneği*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025, s.13.

²³ EREN, s.96.

veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla ödenebilir. Borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, alacağın aynen veya rayiç üzerinden ülke parası ile ödemeyi isteyebilir.

Madde metni incelendiğinde para borçları için ana kuralın borçlunun borçtan kurtulmak için tarafların aralarında kararlaştırdığı miktarı Türk parasıyla ödemek zorunda olduğu ve alacaklının da ifayı kabulden kaçınamayacağı yönündedir. Bununla birlikte Türk parası dışında borcun yabancı bir para birimiyle ödenebilmesi de düzenlenmiştir. Böylelikle para borcunun yabancı para birimi cinsinden ödenmesi mümkün kılınmıştır²⁴.

Borçlar Kanunu 99. maddesine göre taraflar yabancı para cinsinden ifaya ilişkin anlaşmayı iki ayrı şekilde kararlaştırabilirler. Buna göre taraflar sözleşmeye aynen ifa veya bu anlamda kullanılan bir ifade eklemek suretiyle, ödemenin mutlaka yabancı para cinsinden belirlenmesini kararlaştırabilirler²⁵. Bu durumda borçlu borçlandığı miktarı yabancı para ile ödemek; alacaklı da yabancı parayla yapılan ödemeyi kabul etmek zorundadır²⁶.

Taraflar ödemenin mutlaka yabancı para cinsinden yapılacağını kararlaştırmadılarsa borçlu seçimlik yetkiye sahip olacaktır. Buna göre borçlu borcu yabancı para cinsinden ödemeyi yüklenmiştir; ancak dilerse borcunu vade tarihindeki resmi kur üzerinden Türk parasıyla ödeyerek borcundan kurtulabilir veya borcunu vade gününde kararlaştırılmış yabancı para cinsinden ödeyebilir. Borçlu ödeme gününde ödeme yapmazsa bu takdirde seçim yapma hakkını kaybeder ve seçim hakkı alacaklıya geçer. Alacaklı, fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parasıyla veya aynen sözleşmede belirtilen yabancı para cinsinden talep edebilir. Ayrıca üzerinde durulması gereken bir husus ise alacaklı eğer zamanında ifa edilmeyen alacağına yönelik icra takibi yoluna başvurduysa İcra İflas Kanunu 58. maddesi hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. İcra İflas Kanunu 58. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesine göre “*alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi*” takip talebinde gösterilir. Söz konu hüküm ile; alacak yabancı para cinsinden olsa bile takibin rayiç kur üzerinden Türk parası olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla İcra İflas Kanunu, bütün alacakların döviz cinsinden var olabileceğini ve tabiatıyla sözleşmelerde

²⁴ ERDOĞAN, İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s.178 EREN, s.96.

²⁵ ERDOĞAN, s.179.

²⁶ EREN, s.1001.

alacağın döviz cinsinden kararlaştırılabileceğini -bu alacağın karşılığının icra takibinde Türk parası olarak talep edilmesi koşuluyla- kabul etmiştir.

Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu'nun kapsamına girmeyen iş görme türlerine doğrudan uygulandığı gibi, İş Kanunu'nun kapsamına giren yapılara yönelik boşlukları dolduran hükümler de içermektedir²⁷. Bir başka ifadeyle Türk Borçlar Kanunu özel kanun niteliğindeki İş Kanunu'na göre genel nitelikli kanundur. Diğer bir deyişle Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesi için düzenlenen hükümler, Kanununun genel niteliği itibarıyla aksine hüküm olmamak şartıyla başka kanunlarda yer alan sözleşme türleri için de geçerlidir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu 99. maddesi ile, İş Kanunu kapsamına girmeyen bütün iş görme türleri için doğrudan doğruya yabancı para birimi üzerinden veya yabancı paraya endeksli hizmet sözleşmesi yapılabilmesi kabul edilmiştir. İş Kanunu kapsamına giren sözleşmeler için ise yabancı para cinsinden sözleşme yapılmasına ilişkin açık bir düzenlemeye İş Kanunu 32. maddesinde yer verilmiştir. Ancak, böyle bir düzenleme olmasa dahi Türk Borçlar Kanunu 99. maddesi gereği iş sözleşmelerinin yabancı para cinsinden veya yabancı paraya endeksli yapılması mümkün olacaktır.

İş Kanunu 32. maddesi uyarınca “*Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak, yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilir.*” İş Kanunu açıkça iş sözleşmeleri için ücretin yabancı para cinsinden veya yabancı paraya endeksli olarak belirlenmesine izin vermiştir. Bununla birlikte, ücret yabancı para cinsinden belirlense bile her halükârda ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parasıyla ödeme yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak döviz cinsinden sözleşme yapılması kabul edilmişse de, ifanın döviz cinsi olarak yerine getirilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Söz konusu hüküm ile Borçlar Kanunu'na paralel bir şekilde iş sözleşmelerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında, yasama organı açık bir şekilde yabancı para cinsinden sözleşme yapma hürriyetini tanıdıysa da, adsız bir düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile bu hükümlerin aksine bir düzenleme kabul edilmiş ve dövize sözleşme yapma hürriyetinin sınırlandırılmıştır.

²⁷ GÜMÜŞ, s.388.

III. SÖZLEŞME HÜRRİYETİ VE KAPSAMI

Anayasada çalışma hürriyetiyle birlikte 48. maddede düzenlenmiş olan sözleşme hürriyeti, özel hukuktaki irade özerkliğinin yansımasıdır²⁸. Aynı doğrultuda borçlar hukukunda da, liberal hukuk anlayışının ve sözleşme özgürlüğünün ideolojik temeli olan irade serbestisi ilkesi yer almaktadır²⁹. Böylelikle bireylere ekonomik ve sosyal ilişkilerinde özgürce hareket etme olanağı sağlanır. Anayasa Mahkemesi de, özel hukuktaki irade özerkliğini, özel hukuk kişilerinin kanunı sınırlar içerisinde iradelerini yeterince açığa vurarak istedikleri hukuki sonuca ulaşabilmesi olarak açıklamış ve bu kapsamda sözleşme hürriyetini, “*devletin, özel kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda, özel kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması*”³⁰ olarak tanımlamıştır.

İş sözleşmesi tarafların karşılıklı, birbirine uygun irade açıklamasında bulundukları ve bu irade açıklamalarının birbirine uymasıyla oluşan iki taraflı bir hukuki işlemdir. Karşılıklı iradelerin birbirlerine uyumu sonucunda taraflar sözleşme ile bağlı hale gelir. Sözleşme serbestisine yönelik söz konusu değerlendirmeler temelde Roma Hukuku kaynaklıdır³¹. Özgür iradenin hukuki işleme yansıtılması, klasik Roma Hukukunda Tanrının insanı sorumlu tutması için aranan bir şartken, günümüzde irade özerkliğini tanıyan hukuk sistemlerinin doğal sonucudur. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanmasıyla, kişiler kendi özel hukuk ilişkilerini kurarken serbestçe hareket edebilir ve hukuki işlemlerinin içeriğini belirleyebilir-

²⁸ TERRE François, **Introduction Générale au Droit**, Dalloz Boutique, Paris 2015, s.300; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.24; HEPER, Hande, **İş İlişkisinde İşçinin İradesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.36.

²⁹ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.200.

³⁰ AYM, E. 2003/66, K. 2005/72 K., T. 19.10.2005, (RG. 24.12.2007, S.26710).; AYM, E.2015/102, K.2016/151, T. 07.09.2016, (RG. 18.10.2016, S.29861).

³¹ Roma Hukukunda kabul edilen bu kural ile iradelerin uyuşması sonucunda “consensus” taraflar tanrı önünde özgür iradeleriyle bağlı hale gelirler. Bu iradelerin uyuşmasından kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi Roma Hukukunda “fides” kavramıyla tanımlanmıştır. “Fides” kavramı erdemlilik, devlete bağlılığın yanı sıra, tanrısal (Jüpiter tanrısıyla ilgili) bir özellik içermekte ve dine bağlılıkla da açıklanmaktaydı. Bu sebeple bir kişi özellikle eski hukuk döneminde, sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, ölüm cezasıyla cezalandırılmayı hak edecek derecede bütün bu tanrısal erdemleri ihlal ettiği kabul edilirdi. Özellikle klasik hukuk döneminde tarafların iradelerinin uyuşarak tanrısal bir erdemle bağlayıcı hale gelebilmesi için tarafların iradelerinin özgür olması gerektiğinin önemi anlaşılmıştır. Bu sebeple devlet dahil, bütün dış etmenlerin tarafların bu uhrevi ve tanrıyla ilişkili sonuçlarla bağlanmış iradelerine müdahalesi olabildiğince sınırlı hale getirilmek istenilmiştir. TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s.128; MATTINGLY, Harold, *The Roman Virtues*, **The Harvard Theological Review**, Cambridge University Press, Cambridge, 1937, C. 30, S.2, s.103-117; UÇARYILMAZ ŞANS, Talya, *Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, S.135, s.337.

ler. Kişi, borç yükümlülüğü doğuracak bir hukuki işlem gerçekleştirirken, hangi hukuk kuralının kendisine uygulanacağını belirleme hakkına ve karar verme yetkisine sahiptir³². Zira taraflar özgür iradeleriyle yaptıkları sözleşmelerle kendilerini bağlayarak uymak zorunda oldukları kuralları koyarlar³³.

Borçlar Kanunu 26. maddesinde tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunla öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere sözleşme hürriyeti, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinden çok daha geniş ve kapsamlı bir kavramdır³⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da sözleşme hürriyetinin kapsamını öğretiyile paralel şekilde belirlemiştir. Buna göre; genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Borçlar Kanunu'nda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Anayasa (m.48) tarafından teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar.

Bütün sözleşmelerin oluşmasında kabul edildiği gibi iş sözleşmesinin kurulmasında da işçinin ve işverenin özgür iradelerinin açıklanması ve bu iradelerin karşılıklı uyum kazanması sonucunda bağlayıcı hale gelme esası söz konusudur. Taraflar sözleşme hürriyeti kapsamında, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğüne sahiptirler. Zira sözleşme hürriyeti kapsam olarak bütün bu unsurları birlikte içerir³⁵.

³² FLOUR, Jacques/ AUBERT, Jean Luc/SAVAUX, Eric, **Droit Civil Les Obligations L'acte Juridique**, Sirey Université, Paris, 2010, s.83; BELEN, Herdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, (Kısa Şerh), Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.89; İNAN, Naim Ali/ YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2014, s.204.

³³ EREN, s.199.

³⁴ ZEVKLİLER v.d., s.8; ATASOY, s.108-111.

³⁵ ATASOY, Kemal, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.108-111; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2020, s.111-118; ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat/ PETEK, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2020, s.199.

A. Sözleşme Hürriyetinin Sınırlandırılması

Kural olarak toplumsal hayat düzeni içerisinde sınırsız hak ve hürriyetlerden söz edilemez. Özgürlük anlayışı en geniş olan toplumlar bile kişisel hak ve hürriyetleri sınırsız bırakmamışlar ve belli oranlarda sınırlamışlardır³⁶. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar keyfî olarak temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldıracak şekilde uygulanmamalı ve hürriyet asıl sınırlama ise istisna olarak kalmalıdır³⁷.

1982 Anayasasında sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında düzenlenen, sözleşme hürriyetine ilişkin olarak Anayasada özel bir sınırlandırma hükmü öngörülmemiştir. Öğretide, doğrudan bir anayasal özel sınırlandırma hükmünün düzenlenmemiş olmasının, hakların sınırlanmayacak bir şekilde düzenlendiği anlamına gelmediği, her şeyden önce hakkın doğasından kaynaklanan sınırlama nedenleri olduğu kabul edilmiştir³⁸. Anayasa Mahkemesi benzer yöndeki kararında belirttiği üzere, *“Anayasa’nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğüne yönelik herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu hak mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp belli kriterlere uygun olmak kaydıyla sınırlamalara tabi olabilecek haklardandır. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu sınırlamalar sadece, Anayasa’nın 13. maddesinin öngördüğü şekilde, hakkın özüne dokunmaksızın, hukuk devletinin gereklerini karşılayan bir kanun aracılığıyla, meşru bir amaçla, demokratik bir toplumda gerekliliğe hizmet eden ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilmelidir”*³⁹.

Diğer hürriyetler gibi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının da hakkın özüne dokunulmadan, ölçülü, hukuk devletinin ve demokratik bir toplumun gerekliliğine uygun, meşru bir amaca yönelik olarak ve ancak kanunla yapılabileceği Anayasanın 13. maddesinde öngörülmüştür. Bu şekilde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması belirli şartlara bağlı kalınmak suretiyle adeta sınırlamanın sınırı olarak kabul edilmiştir.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ADUGİT, Yavuz, Özgürlüğün Kısa Tarihi, **Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013, S.16, s.63-93.

³⁷ GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021, s.419.

³⁸ TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitapevi, İstanbul 1969, s.210-212; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.112; GÖZLER, s.420; SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.50.

³⁹ AYM, E.2014/126, K.2015/86, T.28.03.1963 (RG. 22.10.2015, S.29510).

Hürriyetlerin sınırlandırılması açısından getirilen anayasal ilkelerden biri olan kanunla sınırlama ilkesinin, demokratik hukuk devleti açısından önemli bazı sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle, yürütme organının temel hak ve hürriyetlere müdahale etmesi engellenmiştir ve bu sınırlamalar kamuoyu denetimine sunulmuştur⁴⁰. Buna ek olarak, kanun herkes için geçerli genel düzenlemeler oluşturacağından, belirli kişilerin hedef alınmasının önüne geçilerek sınırlamaların objektifliği sağlanmıştır⁴¹.

B. İş Sözleşmelerinin Sınırlandırılmasına İlişkin Düzenlemeler

İş sözleşmesine ilişkin özgürlükler, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin yapılmasını, tarafların belirlenmesini, içeriğinin düzenlenmesi veya değiştirilmesini, feshedilmesini ve uygulanacak şeklin tayin edilmesini içermektedir. Bu unsurlar, esasen sözleşme özgürlüğünün farklı yansımalarıdır. Başka bir ifadeyle söz konusu unsurlar, hürriyetin birbiriyle sıkı sıkıya ilişki içerisinde olan görünüm biçimleridir. Sözleşme hürriyetinin en önemli görünümlerinden bir tanesinin sözleşmenin içeriğini düzenleme ve değiştirme özgürlüğü olduğu aşikârdır. Taraflar, düzenledikleri sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde oluşturabilirler ve belirledikleri içerikte değişiklik yapabilirler⁴². Zira sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, sözleşme hürriyetinin önemli bir parçasıdır ve bu sebeple kişiler akdetmiş oldukları sözleşmeleri kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla diledikleri gibi düzenler.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da 26. maddesinde sözleşme hürriyeti ilkesini düzenlerken “taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla aslında Borçlar Kanunu, sözleşme hürriyetinin görünüm biçimlerinden sadece sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünü açıkça ve doğrudan düzenlenmiştir. Bu pek tabi ki diğer görünümünün, göz ardı edilebileceği ve sözleşme hürriyetinin kapsamına girmeyeceği anlamına gelmez.

Söz konusu hüküm hürriyetin çerçevesini tam olarak çizmediği için, sözleşme hürriyeti, öğretide geniş ve dar anlamlarıyla tanımlanma yoluna gidilmiştir. Geniş anlamda sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel borç ilişkilerini hukuk düzeni sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle serbestçe düzenleme yetkisi-

⁴⁰ GÖZLER, s.420.

⁴¹ GÖZLER, s.120.

⁴² ZEVKLİLER v.d., s.19.

dir⁴³. Dar anlamda sözleşme özgürlüğü ise, kişilerin sözleşme yapma ve içeriklerini belirleme konusunda serbest olmasıdır⁴⁴. Dolayısıyla sözleşme hürriyeti en dar anlamıyla dahi özgürce sözleşmenin içeriğini belirleme hürriyeti ve yetkisini içerir ve bu özgürlük anayasanın emredici hükmü gereği ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kamu düzenine ilişkin olan sözleşme hürriyetini ilgilendirmesinin ötesinde temel bir insan hakkı olan çalışma hakkına yönelik irade özgürlüğü sınırlamalarının kanunla yapılması Türk Hukukunda yerleşmiş bir sistemdir.

Sözleşmenin en önemli unsurlarından biri olan semenin miktarı ve hangi para birimi cinsinden ödeneceğinin belirlenmesi sözleşmenin içeriğine ilişkin yapılaradır. Benzer bir şekilde sözleşmede görülecek işin ve hizmetin karşılığında ödenecek ücretin hangi ülkenin para birimi cinsinden belirlenmesi de sözleşmenin içeriğine ilişkindir. Taraflar Anayasadan kaynaklanan ve kanun koyucu tarafından Borçlar Kanunu ile somutlaştırılan sözleşme hürriyeti gereği, ücretin hangi ülkenin parası cinsinden belirleneceğini serbestçe kararlaştırabilirler. Anayasa ve Türk Borçlar Kanunu çok açık bir şekilde bu hürriyeti tanımıştır. Ancak bu serbesti sonsuz bir biçimde öngörülmemiş ve sınırlamalara tabi kılınmıştır.

Bu sınırlamaların başında iş sözleşmesi yapmayı yasaklayan düzenlemeler ve taraflara ilişkin zorlayıcı hükümler gelmektedir. Sözleşme hürriyeti, öncelikle kişilere sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü sağlar. Kural olarak hukuk düzeni bir kimseyi sözleşme yapmaya zorlayamayacağı gibi, sözleşme yapmak isteyen kişiyi de bundan menedemez⁴⁵. Sözleşme hürriyetinin yasa koyucu tarafından sınırlandırılması hakkın niteliği gereğidir. Söz konusu sınırlamaların, sözleşmenin işçi tarafının ekonomik anlamda daha güçsüz ve korunmaya muhtaç olduğu iş sözleşmeleri açısından düzenlenmesi doğaldır. Bu sebeple genellikle işçinin korunması; bazen de kamu düzenini koruma gayesiyle iş sözleşmesi yapma sınırları getirmiştir. Bu sınırlamalar İş Hukuku mevzuatında belli hukuki statüdekilerle sözleşme yapma yasağı olarak tezahür etmiştir. Bu anlamda en dikkat çekici düzenleme 6735 sayılı Kanun'da yer almaktadır. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 6. maddesinde getirilen yasak doğrultusunda, yabancılar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının izni olmadıkça Türkiye'de çalışamazlar. Bu düzenleme Anayasanın 16. maddesinde yer alan "*temel hak ve*

⁴³ EREN, s.316; ZEVLİLİLER v.d., s.8; FEYZİOĞLU, Feyzi, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s.233; TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1, Ankara, 1990, s.9.

⁴⁴ KILIÇOĞLU, s.84; REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s.133; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.58.

⁴⁵ EREN, s.17.

*hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınır-
lanabilir” hükmüne uygun bir yasaklamadır.*

İş sözleşmesi yapma yasaklarının yanı sıra iş sözleşmesinin yapılmasını zorunlu kılan haller de düzenlenmiştir. Sosyal devlet olmanın gereği olarak kanun koyucu ekonomik anlamda zayıf durumdaki işçiyi korumak ve sözleşme hürriyetinin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla İş Kanunu’nun 30. maddesi ve devamında öngörülen hallere ilişkin olarak sözleşme yapma zorunluluğu getirmiştir⁴⁶. Bu tip sınırlamalar, bazen doğrudan işverenin belli kişi ve kişilerle sözleşme yapmasını zorunlu hale getirirken; bazı hallerde ise işverenin istediği kişilerle sözleşme yapmasının önüne geçmektedir.

IV. DÖVİZ CİNSİNDEN VE DÖVİZE ENDEKSLİ SÖZLEŞMELERE YASAK GETİREN CUMHURBAŞKANI KARARININ KURALLAR HİYERARŞİSİNE GÖRE HUKUKİ NİTELENDİRMESİ

85 sayılı Kararda hizmet sözleşmesi kavramı, ekonomik faaliyet anlamında kullanılmıştır. Bu sebeple Kararda düzenlenen yegâne konu Borçlar Kanunu kapsamındaki hizmet sözleşmeleri ile sınırlı değildir. İş Kanunu kapsamına girmeyen çalışmalarla ilgili olarak Borçlar Kanunu 99. maddedeki dövizle veya dövize endekli sözleşmelere izin veren hüküm dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tip hizmet sözleşmelerinin dövizle veya dövize endekli olarak yapılmasında hukuki bir engel yoktur.

İş sözleşmeleri açısından yapılacak incelemede ise, 85 sayılı Kararda sözleşme hürriyetine konu açısından sınırlama getirildiğinden ve iş sözleşmelerini etkileyen sınırlamaların anayasa uygun olup, olmadığıнын değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için Anayasa özel bir sınırlandırma nedeni getirmemekle birlikte; hakkın doğasından kaynaklanan nedenlerle sınırlandırılacağı kabul edilmiş ve nedenleri yukarıda açıklanmıştır. Özetle, kamu hukukunda kural olarak sınırsız hak ve hürriyet bulunmamaktadır⁴⁷. Bununla birlikte Anayasa’nın 13. maddesi, sınırlamanın kanunla yapılması zorunluluğunu öngörmüştür. Kural olarak düzenleme yetkisi bir tek yasama organına özgü, onun tekelinde olan bir yetki değildir⁴⁸. İdare de ikincil nitelikte ve türevsel düzenleme yetkisine sahiptir⁴⁹. Anayasa’nın doğrudan kanunla dü-

⁴⁶ ÇELİK v.d., s.295.

⁴⁷ AKYILMAZ v.d., s.132.

⁴⁸ AKYILMAZ vd., s.389.

⁴⁹ DURAN, Lütfi, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni, **Amme İdaresi Dergisi**, C.19, S1, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, s.14.

zenlenmesini şart koşmadığı konularda, genel ifadelerle kanuni düzenlemeler yapılarak, detayların yürütmeye bırakılması mümkündür. Ancak, yürütmeye devredilen yetkinin sınırlarının kanunda açıkça belirlenmesi gereklidir. Dolayısıyla sözleşme hürriyeti doğrudan yürütmenin düzenleyici işlemi olan Cumhurbaşkan Kararı ile sınırlandırılmaz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, yürütmeye bu konuda düzenleme yetkisi verirken, çizilmesi gereken çerçeveyi çizmemiş, temel ilkeleri düzenlememiştir. Bu kapsamda Anayasaya aykırı olduğu görüşüne katılıyoruz⁵⁰. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin aynı kararında belirttiği üzere, kanun koyucu idareye, ancak Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülme-yen konularda kanuni dayanağı olmak şartıyla düzenleyici işlemlerle düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. Bu sebeple kanun koyucu tarafından 1567 sayılı Kanunla idareye verilen yetki, ancak sözleşmelere (dolayısıyla iş sözleşmelerine) ilişkin sözleşme hürriyeti hakkını sınırlandırmayan düzenlemeler yapabilme yetkisi vermektedir. Yasama bu şekilde idareyi yetkilendirebilirse de, Anayasada sözleşme hürriyetine yönelik sınırlamaların kanunla yapılması gerektiğine ilişkin emredici hüküm varken; yetkinin idareye sözleşme hürriyetinin konusunu sınırlandıracak ölçüde tanınması veya devredilmesi mümkün değildir. Bu hukuka aykırılık söz konusu kanun maddesinin iptaline kadar 85 sayılı Kararnamenin uygulanması anlamına da gelmeyecektir. Kanun maddesinde çerçeve açıkça çizilmiş olmasa bile, Anayasada bu çerçeve biraz da olsa ortaya konulmuştur. Anayasanın 13. maddesinde belirtilen temel ilkelerden bir tanesi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının çerçevesini kısmen de olsa tanımlamıştır. Buna göre, sözleşme hürriyeti ancak kanunla sınırlanabilir. Aksi düzenlemeler, bir idari makamın, yasama organına ait yetki alanına giren bir konuda işlem meydana getirememesi kuralı gereğince fonksiyon gaspı oluşturur⁵¹. Anayasa, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması işlemlerinin sadece yasa ile yapılacağını emreder. Dolayısıyla, idare iş sözleşmelerinin konusunu belirleme hürriyetini düzenleyici işlemlerle sınırlandıramaz.

85 sayılı Kararla ilgili çok daha bariz bir fonksiyon gaspı ise açıkça kanun hükümlerini geçersiz kılmaya yönelik düzenlemeler içermesidir. Yukarıda da incelendiği üzere özel kanun olan İş Kanunu ve genel nitelikteki Borçlar Kanunu iş sözleşmelerinin ve hizmet sözleşmelerinin döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak yapılabileceğini ve borcun yabancı para cinsinden belirlenebileceğini düzenlemiştir.

⁵⁰ KAĞITÇIOĞLU, s.284.

⁵¹ AUBY, Jean-Marie/ DRAGO, Roland, *Traité de Contentieux Administratif*, LGDJ, Paris, 1975, s.260.

Kanun hükmü, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanunla değiştirilir veya kaldırılabilir. Çünkü, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisince kullanılabilir. Bu ilkeye aykırı olarak idarenin düzenleyici işlemle kanunları geçersiz kılmak, etkisiz, uygulanamaz hale getirmek, kaldırmak ve değiştirmek yetkisi yoktur. İdarenin yasama ve yargı organlarının görev sahasına giren konularda işlem meydana getirmesi fonksiyon gaspını oluşturur⁵². 85 sayılı düzenleme fonksiyon gaspıyla sakat bir işlemdir. Dolayısıyla işlem metrukiyet kuralı gereğince hukuken yok hükmündedir. Yani hüküm madden vardır; ama taşıdığı çok ağır sakatlık nedeniyle yokmuş gibi kabul edilmelidir.

Yok hükmündeki işlemler idare hukuku açısından kendiliklerinden ortadan kalkmazlar, bu sebeple söz konusu işlemlere karşı yokluğun tespiti davası açılması gerekmektedir⁵³. Bu husus, aşağıda inceleyeceğimiz üzere idare hukuku açısından geçerli bir ilke olmakla birlikte, özel hukuk açısından hukuki işlemin geçerliliğinin hukuk hâkimi tarafından sözleşmenin hükümsüzlüğünün değerlendirilmesi doğrultusunda yapılması gerekmektedir.

85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla değişen, 32 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararına aykırı bir şekilde döviz cinsinden veya dövize endeksli yapılan bir iş veya hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğünden bahsedilemez. Zira hâkim önüne gelen davada uyuşmazlığı çözümlerken, normlar hiyerarşisine uygun olarak karar vermek mükellefiyetindedir. Bu durumda uyuşmazlığı çözecek hâkim önündeki olaya öncelikle kanun hükümlerini uygulamak zorundadır. Daha önce de incelediğimiz üzere bu kural, Anayasa ile getirilmiş bir kural olmasının yanı sıra, hukukun en temel prensiplerindendir. Hâkimin, Anayasa ve Kanunu görmezlikten gelip adsız düzenleyici işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulaması mümkün olmadığından; döviz cinsinden ve dövize endeksli iş ve hizmet sözleşmeleri geçerli sözleşmelerdir. Hâkim, Kanuna uygun olarak yapılmış bu tip sözleşmeleri geçerli kabul etmek durumundadır. Zira Anayasanın 138. maddesi gereği hakimler “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler*”. Hâkimin kanun hükmünü aşıp, idarenin kanunların uygulanmasına yönelik yapmış olduğu ve kanuna aykırı olduğu oranda geçersiz olan adsız düzenleyici işlemi uygulaması mümkün değildir. Bu sebeple 85 sayılı Karar, İş Kanunu’na aykırı olduğu oranda geçersizdir ve uygulanamaz.

Türk parasının kıymetinin korunması kapsamında idareye tanınan yetkilerin dayanağının ekonomik kamu düzeninin korunması olduğu; bu amaca yönelik ola-

⁵² GÖZLER/ KAPLAN, s.293.

⁵³ GÖZLER/KAPLAN, s.349.

rak çıkarılan 32 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının da kamu düzenine ilişkin emredici hüküm niteliği taşıdığı; bu sebeple Kararın hilafına döviz cinsinden veya döviz endeksli düzenlenen sözleşmelerin kesin hükümsüzlükle batıl olduğu, yönündeki görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁵⁴. Anayasa, kamu düzenini korumak gerekçesiyle sözleşme hürriyetini kabul etmiş ve sadece kanunla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. 1567 sayılı Kanunla, Anayasaya aykırı bir yetki devri yapıldığı kabul edilemez. Zira, yasama kendisinde olmayan bir yetkiyi devredemez. Kaldı ki 1567 sayılı Kanundan sonra çıkarılmış olan Borçlar Kanunu ve İş Kanunu hükümleri kendisiyle çelişen 1567 sayılı Kanun hükümlerini ilga etmiştir. Sonra çıkan kanun, önce çıkan kanunun aynı konuda düzenlemiş olduğu kuralları ortadan kaldıracığından, 1567 sayılı Kanunla doğrudan doğruya İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nu değiştirmek, ortadan kaldırmak veya hükümlerini uygulamaz hale getirmek mümkün değildir. Her şeyden önce bu sebeple, 1567 sayılı Kanunun verdiği savunulan yetkiyle sonra çıkan kanunların idarenin düzenleyici işlemiyle kaldırılabilceğini savunmak mümkün değildir. Üstelik, iş sözleşmesinde ücretin belirlenmesi doğrudan işçiyi ilgilendiren ve bu sebeple daha özel bir düzenleme olan İş Kanunu'yla düzenlendiğinden; bu konudaki bir yasaklama ancak İş Kanunu 32. maddede yapılacak bir değişiklikle mümkün olacaktır.

Daha önemli bir husus ise, adsız düzenleyici işlemlere göre normlar hiyerarşisinde çok daha üstte emredici nitelikte normlar olan Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu, dövizle ifayı serbest bırakarak sözleşme hürriyetini esas almıştır. Bu durumda Türk Milleti adına düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip ve bu asli düzenleme yetkisini Anayasadan alan Türkiye Büyük Millet Meclisinin kamu düzenine uygun bulduğu ve kanunla cevaz verdiği bir hususun, idare tarafından kamu düzenine aykırı kabul edilmesi ve aksi yönde kural oluşturulması fonksiyon gaspı oluşturacaktır. Kurallar hiyerarşisinde çok daha üstte emredici hüküm varken; hiyerarşide en altlarda bulunan kuralın emrediciliği geçerli olmayacaktır. Aksi kabul edildiği takdirde, kanunda yer verilmiş ve hatta Anayasa da kabul edilmiş her düzenleme, idare tarafından kamu düzenine aykırılık içermesi gerekçesiyle ortadan kaldırılabilir. Yasayla düzenlenmemiş sınırları belli olmayan bu yolun açılması, Cumhurbaşkanına yasaları askıya alma veya işlevsiz kılma yetkisi vermenin ötesinde; hiyerarşik anlamda yetkisi en düşük olan ve düzenleyici işlem yapabilen, halk tarafından seçilmemiş idari birimlerinde anayasal hakları kamu düzeni gerekçesiyle kullanılmaz hale getirme gücü

⁵⁴ Aksi görüş için bkz. İMAMOĞLU ŞİT, Başak, Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.34, S.3, Banka ve THAE Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 2017, s.153.

tanıyacaktır. Böylece her idari amir kendisine yetki tanıyan kanunların belli alanlarda daha özel kanun olduğunu ileri sürerek, kamu düzenine ilişkin gördüğü konularda düzenleyici işlem yapma meydana getirerek, millet adına çıkarılmış yasaları hükümsüz kılabilir. Bu sebeplerle, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan kanunla cevaz verilerek kamu düzenine uygun bulunan bir hakkın, idari işlemlerle kamu düzenine aykırı bulunarak ortadan kaldırılması demokratik hukuk devleti açısından mümkün değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da düzenlenen, idari para cezası verme yetkisine dayanılarak verilecek idari para cezaları icrailik ilkesine tabidir. Şöyle ki, 1567 sayılı Kanunun 3. maddesinde, Cumhurbaşkanının, Kanun hükümlerine göre yapmış olduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklerle aykırı hareket eden kişilerin idari para cezasıyla cezalandırılması hükmü düzenlenmiştir. 32 sayılı Cumhurbaşkan Kararının, döviz cinsinden sözleşmelere yönelik düzenlemeleri, iş sözleşmeleri ve hizmet sözleşmeleri açısından Anayasaya, İş Kanunu ve Borçlar Kanununa aykırıdır. Bununla birlikte, Karara aykırı olarak akdedilen iş sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi sebebiyle verilecek idari para cezaları düzenleyici işlemten ayrı bir idari bireysel işlemdir. İdarenin bireysel işlemleriyle ilgili olarak uygulanacak genel ilke idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır. Bu sebeple idari işlemler icraidir ve bu konuda verilecek idari para cezası hukuki sonuçlarını ortaya çıkarmaktadır. Zaten 32 sayılı Kararnamenin fonksiyon gaspı sebebiyle yok hükmünde olmasının kendiliğinden ortadan kalkmasını sonucunu doğurmadığına değinmiştik. Yok hükmündeki bu düzenleyici işleme dayalı bireysel işlem hukuka aykırı da olsa, hukuka uygunluk karinesinin sonucu olan icrailik ilkesi gereği; idari işlemin iptali davası açılarak kararın yokluğu tespit ettirilene kadar işlem hukuki sonuçlarını doğuracaktır. İdari yargı tarafından yokluğun tespitiyle idari para cezasının bütün sonuçları ortadan kalkacaktır. Pek tabi ki söz konusu hukuka uygunluk karinesi ve icrailik ilkesi idare hukuku açısından geçerli ilkeler olduğundan, özel hukuk sözleşmelerinin geçerliliğini etkilemeyecektir.

A. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 Sayılı Karar

1567 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanunu'nun birinci maddesiyle, Cumhurbaşkanını⁵⁵ "*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım ve*

⁵⁵ Kanun değişikliği öncesinde yetki Bakanlar Kurulu'na aitken, 700 Sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 8. maddesi ile bu yetki Cumhurbaşkanına devredilmiştir.

satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parası kıymetinin korunması zımında kararlar” alma hususunda yetkili kılmıştır. Bu kapsamda yapılan düzenlemelerden biri de, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıdır.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı, 12.09.2018 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile değiştirilmiştir⁵⁶. Söz konusu kararla, 32 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının 4. maddesine, “g” bendi eklenmiştir. Bu bende göre, “Türkiye’de yerleşik kişilerin⁵⁷, bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılamaz”.

85 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla geçici 8. madde düzenlemesi de yapılmıştır. Buna göre, “bu Kararın 4. maddesinin “g” bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.”

Bu şekilde, Karar kapsamında belirtilen sözleşme türlerinde, sözleşme bedelinin döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak belirlenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, ilgili sözleşmelerden doğan diğer tüm ödeme yükümlülüklerinin de döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak belirlenemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu Karar uyarınca, sözleşmelere uygulanacak faiz, cezai şart, gecikme zammı ve her türlü tazminat yükümlülüğünün döviz cinsinden belirlenmesi yasaklanmıştır. Kararda, “döviz cinsinden kararlaştırılamayacak sözleşmeler, menkul ve gayrimenkul alım satım sözleşmeleri, taşıt ve finansal kiralama sözleşmeleri, leasing sözleşmeleri, iş sözleşmeleri ve eser sözleşmeleri” olarak belirlenmiştir. Ayrıca Kararla birlikte, 13.09.2018 tarihin-

⁵⁶ 30534 sayılı 13.09.2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 12/09/2018 tarihli ve 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁷ Türkiye’de yerleşik kişiler, 32 sayılı kararın 2. maddesinde “Yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır.

den itibaren otuz gün içerisinde önceden yapılmış ve yürürlükte olan döviz cinsinden kararlaştırılmış bedellerin, taraflarca Türk parası olarak yeniden belirlenmesi zorunluluğu getirilmiştir.

85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile getirilen düzenleme, yürütme yetkisi anlamında, 32 sayılı Kararla paralellik arz etmektedir. Her iki Kararda da yürütme yetkisi Hazine ve Maliye Bakanlığına bırakılmıştır⁵⁸. Bu yetki doğrultusunda, 32 sayılı Karar gereğince tespiti Bakanlığa bırakılan konular hakkında, Hazine ve Maliye Bakanlığı 2008-32/34 numaralı Tebliğ ile düzenleme yapmıştır. 85 sayılı Kararname ile 32 sayılı Kararname değiştirildikten sonra, 06.10.2018 tarihinde Bakanlık tarafından yeni bir Tebliğ yayınlanarak (Tebliğ No: 2018-32/51) 2008 de çıkarılan ilk tebliğde değişikliklere gidilmiştir. Yeni yayınlanan bu Tebliğ sonrasında belirsizlik ve boşluklar oluşmaması için, 16.11.2018 tarihinde Bakanlık Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar İlişkin Tebliğ’de Değişiklik Yapılmasına Dair 2018/32-52 sayılı yeni bir tebliğ daha yayımlamıştır⁵⁹. Söz konusu Tebliğ ile Türk parası olarak düzenlenmesi zorunluluğu getiren hükme istisna getirilmiştir. Bu düzenleme doğrultusunda:

“a) Türkiye’de yerleşik kişiler arasında akdedilmekle birlikte yurt dışında ifa edilecek iş sözleşmelerinde,

b) Gemi adamlarıyla yapılan iş sözleşmelerinde,

c) Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye’de yerleşik kişilerin taraf olduğu iş sözleşmelerinde,

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu iş sözleşmelerinde,

e) Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı şirketlerinin taraf olduğu iş sözleşmelerinde,

f) Dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan şube, temsilcilik, ofis, iribat bürosu doğrudan veya dolaylı olarak %50 ve üzerinde pay sahipliklerinin veya ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu şirketlerin işveren olarak taraf olduğu iş sözleşmelerinde,

⁵⁸ 32 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararında yetki hazine ve maliye müsteşarlığının bağlı bulunduğu bakanlığa tanınmışken, 10 Temmuz 2018 tarihinde yayınlanan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Müsteşarlığın tüm görev ve yetkileriyle Maliye Bakanlığı ile birleşip Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı adını almıştır. Bu sebeple 32 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararını değiştiren 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararında yetki Hazine ve Maliye Bakanlığına verilmiştir.

⁵⁹ RG. 16.11.2018, S.30597.

g) Serbest bölgedeki faaliyetleri kapsamında serbest bölgelerdeki şirketlerin işveren olarak taraf olduğu iş sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin yabancı para ile kararlaştırılması yasağına istisna getirildiğinden bu hallerde ilgili sözleşmeler yabancı para cinsinden kararlaştırılabilir.”

Yukarıda belirtilen istisnalar arasında ilk dikkati çeken nokta iş sözleşmesine yer verilmemesidir. Bu sebeple söz konusu düzenleme, iş sözleşmelerinin bedellerinin dövizle kararlaştırılması imkânı vermemektedir.

B. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve Sözleşme Hürriyetinin Yürütmenin Düzenleyici İşlemiyle Sınırlandırılması

85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı uyarınca bir kısım sözleşmelere döviz cinsinden veya dövizle endeksli sözleşme yapma yasağı getirilerek, bu yöndeki sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması yoluna gidilmek istenilmiştir. Söz konusu kararda, iş ve hizmet sözleşmeleri de döviz cinsinden veya dövizle endeksli sözleşme yapma yasağı kapsamında yer alan sözleşmeler arasında sayılmıştır.

Bununla birlikte daha sonra çıkarılan tebliğlerde hizmet sözleşmesi kavramının ne Borçlar Kanunu’ndaki hizmet sözleşmesi anlamıyla, ne de İş Kanunu’ndaki iş sözleşmesiyle ilgili herhangi bir kavramla bağlantılı olarak kullanılmadığı ortaya konulmuştur. Tebliğin 8. maddesinin 7. fıkrasında hizmet kavramı “*danışmanlık, aracılık ve taşımacılık dâhil hizmet sözleşmeleri*” şeklinde kullanılmıştır. Benzer şekilde diğer maddelerde de yapılan düzenlemelerde de hizmet sözleşmesi kavramının hukuk tekniği açısından doğru kullanılmadığı ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Kavram, daha çok ekonomik faaliyet anlamında kullanılmıştır. Bununla birlikte Kararda zaten dövizle sözleşme yapma hürriyetinin sınırlandırıldığı sözleşmeler arasında iş sözleşmesi sayıldığı için ayrıca hizmet sözleşmelerini belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Döviz cinsinden veya dövizle endeksli sözleşme yapma hürriyetine sınırlama getiren 85 sayılı Kararda, 1567 sayılı Kanun dayanak olarak gösterilmiştir. Bu sebeple söz konusu kanun hükmünün yürütmeye genel olarak düzenleme yapma yetkisi verip vermediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. ÖZKARACA, Ercüment, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, C.25, S.1, s.191-192.

1. 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun

1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun⁶¹, esas itibariyle Cumhuriyetin ilk dönemlerinde Osmanlıdan kalan dış borçların ödenmesi ve 1929 büyük ekonomik buhranının olumsuz etkilerine karşı korunmak gayesiyle çıkarılmıştır. Kanun'un 4. maddesi, o tarihte yürütme organı içerisinde bulunan hükümete, ülke parasının dalgalanmasını ortadan kaldırmaya yönelik düzenleyici karar alma yetkisi vermesinin yanı sıra cezai nitelikte yaptırımlar da öngörmüştür. Söz konusu cezai yaptırımlar günümüzde sadece idari para cezaları şeklinde tezahür etmekteyken, kanunun ilk halinde dördüncü maddesindeki düzenlemede, 756 sayılı yürürlükten kalkan TCK 358 ve 359. maddelerine atıf yaparak hapis cezası da öngörülmekteydi. Söz konusu mülga düzenlemeye göre, *“Her nerede ve ne suretle olursa olsun İcra Vekilleri Heyeti kararlarına muhalif hareket eden ve ettiren banka ve müesseselerin müdürleriyle alakadar memurları ve sair şahıslar Türk Ceza Kanunun 358 ve 359 uncu maddelerinde yazılı cezalarla cezalandırılırlar.”*

Kanunun 1. maddesine göre; *“kambyo, nakit para, Osmanlı İmparatorluğu devlet iç borçlanma senetleri, tahvil alım satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan üretilen veya bunları içeren her çeşit eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle ödemeyi sağlayan temine yarayan her türlü araç ve belgenin ülkeden ihracı veya ülkede ithalinin düzenlenmesine ve sınırlandırılmasına ve Türk parasının kıymetinin korunması dolayısıyla kararlar almaya Cumhurbaşkanını yetkili kılınmıştır”*⁶². Maddenin ilk halinde, kanundaki tüm yetkiler bakanlar kuruluna verilmiş, 2017 Anayasa değişikliğinden sonra ise birinci maddedeki Bakanlar Kurulu ibaresi değiştirilmek suretiyle, kanundaki yetkiler sadece Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Dolayısıyla, cumhurbaşkanı Türk parasının kıymetinin korunması hususunda karar almaya yetkili kılınmıştır. Söz konusu kararlar, Bakanlar Kurulu tarafından “karar” adı altında çıkarılırken, yetki Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmaya başladıktan sonra Cumhurbaşkanının yetkilerinden biri olan “Cumhurbaşkanı Kararı” olarak kullanılmıştır. Kanunun amacı Türk parasının değerinin korunmasıdır. Bu amacı gerçekleştirmek için Cumhurbaşkanına verilen yetkinin konusu, kapsamı ve hangi ilkelere dayandığı belirtilmemiştir. Hükümde sadece yetki devrine ilişkin düzenleme bulunmakta-

⁶¹ R.G., T.25.02.1930, S.1433.

⁶² Birinci madde özgün metni; “Kambyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına Cumhurbaşkanını salahiyyetlidir.” olarak düzenlenmiştir.

dır. Dolayısıyla aslında madde bu şekliyle kanun koyucuyu yetki devri yaparak kendisine ait Türk parasının değerinin korunmasıyla ilgili bütün yetkiyi yürütme organına devretme sonucu doğurmaktadır⁶³. Dolayısıyla 85 sayılı Kararla sözleşme hürriyetine yönelik getirilen sınırlamalara yönelik ilk sorun aslında Kanunun kendisinden kaynaklanmaktadır.

1567 sayılı Kanunun adeta devrettiği yetkinin, sınırları hiçbir şekilde belirlenmemiştir. Bu sebeple 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla Anayasaya aykırılığa yönelik davayı reddetmiştir. Söz konusu karara göre, *“kanun koyucu düzenleme alanın esaslarını ve amacını tespit ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur”*⁶⁴. Kararın karşı oy gerekçesi ise oldukça dikkat çekicidir. Bu kapsamda, verilen yetkinin sınırlarının açıkça çizilmesi gerektiği aksi takdirde bu haliyle kanunun amacı dışında uygulamalara yol açabileceği ileri sürülerek, hükmün Anayasaya aykırı olduğu savunulmuş ve 1567 sayılı Kanunun, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinde sapma niteliği taşıdığı öngörülmüştür⁶⁵. Şurası açıktır ki, 1567 sayılı Kanunla yasa koyucu, herhangi bir çerçeve çizmeden, hiçbir sınırlama koymadan, Cumhurbaşkanına Türk parasının kıymetini koruma yetkisi vermiştir.

2. Yürütmenin Düzenleyici İşlemler Yapma Yetkisi ve Cumhurbaşkan Kararı

Yürütme erkine, kendisinden önce gelen anayasalarda olduğu gibi, 1982 Anayasasında da bireysel işlem yapma yetkisinin yanı sıra düzenleyici ve kural koyucu işlemler yapma gücü verilmiştir. Bu yetki doğrudan Anayasadan, kandan veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden kaynaklanabileceği gibi; bu normlarda açık bir hüküm olmasa dahi, yetki yürütme ve idare fonksiyonunun mahiyetinde bulunmaktadır⁶⁶. İdarenin bütün yetkileri bağlı yetki olmayıp, takdir yetkisini de içermektedir. İdarenin bağlı yetki ile sınırlanmadığı hallere ilişkin olarak bir işlemi tesis edip etmeme hususunda serbestiye sahip kılınması

⁶³ ERCÜMENT, s.284.

⁶⁴ AYM, E.1963/4, K.1963/71, T.28.03.1963 (RG. 18.10.1963, S.11534).

⁶⁵ ÖZBUDUN, s.203.

⁶⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.82-83; GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2024, s.380-381.

takdir yetkisi olarak tanımlanır ve belirli düzeyde düzenleme yapma yetkisini içerir⁶⁷. Dolayısıyla düzenleme yetkisi, bir diğer ifadeyle kural koyma yetkisi sadece yasama organının sahip olduğu bir yetki değildir. İdarenin düzenleme yetkisi, yasama organının düzenleme yetkisinden farklı olarak asli ve genel bir yetki değil, genel olarak kanundan veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden kaynaklanan ikincil nitelikteki bir yetkidir⁶⁸. Bu yetki, idarenin yasama işlevini ayrıntılarıyla düzenleyerek, tamamlanmasını sağlar.

Anayasa’da 2017 yılında yapılan değişikliklerle, yürütme fonksiyonun ve idari teşkilatın en üst hiyerarşik amiri olan Cumhurbaşkanına sınırlı da olsa asli düzenleme yetkisi verilmiştir⁶⁹. Söz konusu düzenlemeyle Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilk elden düzenleme yetkisine sahip olmuştur. Bununla birlikte yasama organından farklı olarak, dilediği her konuda dilediği gibi düzenleme yapma yetkisine sahip değildir. Anayasanın 104. maddesinde belirtildiği üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle sadece sosyal haklar düzenlenebilir.

Kanunda açıkça düzenlenen bir konu hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda farklı bir hüküm bulunması durumunda ise iki hukuksal metnin çeliştiği hususlarda kanun hükümleri geçerli olur. Ayrıca, aynı konuda bir kanun çıkarıldığında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelir⁷⁰. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamındaki düzenleme yetkisiyle sınırlı da olsa doğrudan düzenleme gücüne sahiptir. Bununla birlikte yürütmenin, bütün düzenleyici işlemlerinin yürütme fonksiyonunun ikincil yetki olması gereği kanuna dayalı olması gerekir⁷¹.

⁶⁷ ÖZBUDUN, s.240, GÜNEŞ, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965, s.81-97; SARICA, Ragıp, **Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Selahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943, s.29.

⁶⁸ AKYILMAZ v.d., s.390.

⁶⁹ AKYILMAZ v.d., s.391.

⁷⁰ “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenleme yetkisiyle sınırlı da olsa doğrudan düzenleme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte yürütmenin diğer bütün düzenleyici işlemlerinin yürütme fonksiyonunun ikincil yetki olması gereği kanuna dayalı olması gerekir.” hükmü 1982 Anayasanın 104. maddesinde düzenlenmiştir.

⁷¹ AYM, E. 2018/91, K.2020/10, T.19.02.2020, (RG.30.04.2020, S.31114).

Anayasa Mahkemesinin de hükmettiği gibi “Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülme-yen konularda da yasamanın asli-liği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin, kanuna dayanması zorunluluğu var-dır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasanın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle Anayasa’ya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir.” Buna göre, yasanın olmadığı yerde yürütme de yoktur, yürütme fonksi-yonu kanunu izleyen ikincil bir yetkidir ve yürütme fonksiyonu yasama fonksi-yonuna dayanmak zorundadır⁷². Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bunun tek is-tisnası olup; Cumhurbaşkanı işlemleri dahil idarenin bütün diğer işlemleri bu ana kurala tabidir. Kararda altı çizilen bir diğer husus ise Anayasanın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, kanunla idareye düzenleme yetkisi veri-lemeyeceğidir.

Yürütmenin düzenleyici işlemleri ayrıca kanuna aykırı olamaz. Anaya-sa’nın sekizinci maddesi, “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafın-dan, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hük-münü düzenlemiştir. Dolayısıyla, kanun ve yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında hiyerarşik güç farkı olup bu işlemler kanunların çizdiği sınırlar içeri-sinde kalmalı ve kanuna uygun olmalıdır⁷³. Yürütmenin işlemleri kanuna bağımlıdır⁷⁴. Yürütmenin gücü her zaman kanundan daha aşağıdadır⁷⁵.

İş sözleşmelerinin döviz cinsinden belirlenmesi yasağı getiren 85 sayılı Ka-rar yürütme tarafından ihdas edilen düzenleyici bir işlemdir. Bu sebeple söz konusu ilkelerin tamamı bu düzenleyici işlem içinde geçerlidir. 85 sayılı Karar bir Cumhurbaşkanlığı karardır. Yürütme erkine dahil olan, idarenin kendi görev alanına giren konularda Anayasaya ve kanunlara uygun olma şartıyla genel soyut nitelikteki işlemler yapma yetkisi vardır. Anayasada bu düzenleyici işlemler yönetmelik olarak belirtilmiş olsa da idarenin düzenleme yetkisi bununla sınırlı değildir örneğin; sirküler, genelge, tebliğ gibi değişik isimlerle düzenle-

⁷² GÖZLER, s.375.

⁷³ GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s.293.

⁷⁴ CARRÉ de MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie Générale de L’État*, C.I, Paris 1920, s.332; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 293.

⁷⁵ MALBERG, s.332; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s.293.

yici işlem yapılabilir⁷⁶. Anayasada doğrudan düzenlenmemiş olması sebebiyle bu tip idari işlemlere adsız düzenleyici işlem ismi verilmiştir.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde Bakanlar Kurulu “karar” adı altında düzenleyici idari işlemler yapabilmekteyken, Anayasa değişikliği sonrasında bu yetkilerin tamamı Cumhurbaşkanına verilmiştir. İdari yargının denetimine tabi olan Bakanlar Kurulu kararları Danıştay Kanunu 24. maddesinde Danıştay’ın denetimine tabi kılınmıştı. İlgili maddeye göre, Danıştay, Bakanlar Kurulu kararlarını ilk derece mahkemesi sıfatıyla denetleme yetkisine sahipti. Anayasa değişikliği sonrasında, Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde geçen “*Bakanlar Kurulu kararları*” ifadesi, “*Cumhurbaşkanı kararları*” olarak değiştirilmiştir. Böylelikle Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay’a bırakılmıştır. Danıştay Kanunu’yla Cumhurbaşkanı kararının asli düzenleyici işlem olmadığı, Bakanlar Kurulu kararının yerine geçmek üzere tanımlandığı fıkri ortaya konulmuştur. Öğretide de Cumhurbaşkanı kararları, daha önceden Bakanlar Kuruluna ve Başbakan’a verilen adsız düzenleyici işlem yapma yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması olarak kabul edilmiştir⁷⁷.

3. Düzenleyici İşlem Olan Cumhurbaşkanı Kararlarının Kurallar Hiyerarşisindeki Yeri

Kurallar hiyerarşisi veya diğer bir ifadeyle Kelsen normlar hiyerarşisi, “*her türlü kuralın hiyerarşik olarak sıralanması ve birbirine bağlı olarak sıralamada daha altta yer alan kuralın üstte bulunan kurala aykırı hüküm içerememesi*”⁷⁸ olarak ifade edilebilir. Hukuk devletinin vazgeçilmez özelliklerinden ve temel prensiplerinden birisi alt normların üst normlara aykırı olamayacağı kuralını düzenleyen temel yapı normlar hiyerarşisidir⁷⁹. Böylelikle hukukun kendi içerisinde tutarlı bir bütün olması sağlanır⁸⁰. Bu sebeple iki kuralın birbirine aykırı düzenlemeler içermesi durumunda, normlar hiyerarşisindeki yerinin tespit edilerek hangi kuralın hukuken geçerli olduğunun tespit edilmesi gerekir. Kurallar hiyerarşisi, alt sırada yer alan kuralın hukuka uygun olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir⁸¹. Alt sırada yer alan kural üstteki kurala aykırı ise huku-

⁷⁶ AKYILMAZ v.d., s.83.

⁷⁷ GÖZLER/ KAPLAN, s.411; AKYILMAZ v.d., s.46; Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, 2012, Ankara, s. 161.

⁷⁸ Danıştay 11. Daire, E.2013/3728, K.2014/4312, T.13.06.2014 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁷⁹ GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s.179.

⁸⁰ GÖZLER, **Hukuka Giriş**, s.181.

⁸¹ AKYILMAZ v.d., s.46.

ka da aykırı kabul edilir, diğer bir deyişle üstteki kurala aykırı olduğu oranda geçersiz sayılır. Bu kapsamda hukuka uygunluk denetimi yapacak hâkimin, kurallar hiyerarşisine uygun davranması gerekmektedir. Hâkim normlar hiyerarşisinde aşağıda yer alan hukuk kuralı, üstte yer alan hukuk kuralına aykırı ise, hukuki işlem alt norma uygun olsa bile normlar hiyerarşisinde aşağıda olan bulunan kuralı ihmal edip, hiyerarşik olarak üstteki norma aykırılık nedeniyle işlemin hukuka aykırılığına karar verecektir⁸².

Normlar hiyerarşisi hukuk devletinın esasından kaynaklandığı gibi, Anayasa da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 137. maddesinde belirtildiği üzere *“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir.”* Söz konusu madde ile en alta yönetmelikler konularak anayasa hükmüne kadar hiyerarşik bir sıralama yapılmıştır. Bu sayede kuralları uygulayacak bir kamu görevlisi, söz konusu hiyerarşik sıra doğrultusunda kendisine verilen emrin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirebilecektir⁸³.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Cumhurbaşkanı kararları adsız düzenleyici işlemlerdendir. Adsız düzenleyici işlemler, normlar hiyerarşisinde anayasanın ve kanunların altında yer almaktadır. Öğretide adsız düzenleyici işlemlerin anayasada yer alan ve idarenin en geniş düzenleyici işlem türü olan yönetmelik olarak değerlendirilebileceğini kabul eden görüş mevcuttur⁸⁴. Buna karşılık Danıştay kararlarında aynı makam tarafından çıkarılan yönetmeliklerin adsız düzenleyici işlemlerden üstte yer alacağını kabul etmiştir⁸⁵. Yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerin, işlemi yapan idari organların arasındaki hiyerarşiye göre sıralanması gerektiğini savunan görüş doğrultusunda da, aynı organ tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlerden yönetmeliklerin diğer düzenlemelerden önce yer alacağı savunulmuştur⁸⁶.

⁸² AKYILMAZ v.d., s.47.

⁸³ Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

⁸⁴ ÖZBUDUN, s.253; GÖZLER/KAPLAN, s.412.

⁸⁵ Danıştay 2. Daire, E. 2004/1650, K. 2006/527, T. 17.02.2006; Danıştay 6. Daire, E. 2004/3972, K. 2006/77, T. 20.01.2006; Danıştay 5. Daire, E.2002/1895, K.2003/1891, T.06.05.2003. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸⁶ GÜNEŞ, s.230; ATAY ŞANLI, Yeliz, **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, TODAİE, Ankara 2011, s.149.

Cumhurbaşkanı Kararının normlar hiyerarşisinde yönetmeliğe göre yerine ilişkin çeşitli görüşler olsa da gerek yargı kararları gerekse öğretide, adsız düzenleyici işlem kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde Anayasa ve Kanununa nazaran daha aşağıda yer aldığı hususunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararları normlar hiyerarşisinde en fazla yönetmeliklerle eş değer veya onun bir üstünde yer alabilecek güçte olup, Anayasa'nın 137. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere Anayasa ve Kanun hükümlerine aykırı olamaz. Bu yalın bilginin üzerinde durmamızın sebebi ise 32 sayılı kararda değişiklik yapılmasına yönelik 85 sayılı kararla kanun hükmüne aykırı düzenleme yapılmış olmasıdır.

SONUÇ

Anayasa ve Borçlar Kanunu'nun tanıdığı sözleşme hürriyeti gereği iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin tarafları döviz cinsinden ve dövize endeksli sözleşme yapma hakkına sahiptir. Söz konusu Anayasal hürriyetin sınırlandırılması için Anayasada özel sınırlama nedeni ön görülmemiştir. Bununla birlikte hakkın, doğasından kaynaklanan nedenlerle sınırsız olması düşünülemez. Sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması mümkün olmakla birlikte Anayasa'nın 13. maddesinde hakkın sınırlandırılması için öngörülmüş şartlardan bir tanesi, bunun ancak kanunla yapılabileceğine ilişkindir.

Dayanağını 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında kanundan alan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, 12.09.2018 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile değiştirilmiştir. Söz konu karar uyarınca 32 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararına 4. maddesine, g bendi eklenerek “*Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.*” getirilmiştir. Söz konusu hüküm doğrudan, sözleşme hürriyetinin en önemli görünümlerinden biri olan sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılmasına yöneliktir.

Tarafların hem Anayasanın amir hükmü hem de Borçlar Kanun'unun 26. maddesi gereği sözleşme içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Dolayısıyla sözleşmelerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenmesinin Cumhurbaşkanlığı kararı ile yasaklanması Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Dayanağı 1567 sayılı kanun olarak gösterilse dahi Kanuna, Anayasa ile çizilen

çerçeveye ve temel anayasal ilkelere aykırı olarak düzenlenen Kararname kanunı dayanaktan yoksundur. Zira, kanunla -anayasa aykırı şekilde- TBMM'ye ait olan asli düzenleyici yetkiler idareye devredilemeyeceği gibi Anayasaya aykırı hüküm koyma yetkisi de verilemez.

Dövizle ve döviz cinsinden sözleşme yapma yasağı getiren Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasaya aykırı olmasının yanı sıra iş sözleşmeleri açısından kanuna da aykırılık teşkil etmektedir. Zira gerek Borçlar Kanunu 99. maddesi gerek İş Kanunu 32. maddesi, düzenlemiş oldukları sözleşmelerin döviz cinsinden veya dövizle endeksli olarak yapılabileceğini düzenlemişlerdir. Türk Milleti adına asli düzenleme yetkisine sahip Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından izin verilen iş ve hizmet sözleşmelerinin dövizle yapılması özgürlüğü idarenin ikincil nitelikteki adsız düzenleyici işlemiyle ortadan kaldırılamaz.

Kurallar hiyerarşisi hukuk devletin temel ilkelerinden bir tanesidir. Normlar piramidinin en altında bulunan bir kural üstteki kurala aykırı olduğu sürece geçersizdir ve uygulanamaz. Uyuşmazlık çıkması durumunda, hâkim tarafından üst norm doğrudan uygulanacak; aykırı ikincil norm ise uygulanmayacaktır. Bu kapsamda döviz cinsinden veya dövizle endeksli yapılmış iş ve hizmet sözleşmeleri geçerli olacak ve Kararnameye dayalı hükümsüzlük taleplerinin reddi gerekecektir. Zira idari düzenleyici işlemle kanun hükmü ortadan kaldırılamaz, yasaklanamaz ve kanunla getirilen özgürlükler ortadan kaldırılamaz.

Bu sebeple 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile 32 sayılı Cumhurbaşkanı Kararında yapılan değişiklikler fonksiyon gaspı oluşturmaktadır. Bu sebeple söz konusu düzenleme ile getirilen yasaklamalar yok hükmünde bir işlemdir. Yok hükmündeki işlemler kendiliğinden ortadan kalmayacağından söz konu düzenleyici işleme dayalı olarak verilecek idari para cezaları da yok hükmünde bireysel düzenleyici işlemler olsa dahi yokluğun tespiti için idari yargıya başvurulması gerekecektir. Sadece idari yargı tarafından yokluğun tespiti halinde idari para cezasının bütün sonuçları ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte söz konusu hukuka uygunluk karinesi ve icrailik ilkesi idare hukuku açısından geçerli ilkelere olup özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ADUGİT, Yavuz, Özgürlüğün Kısa Tarihi, **Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.2013.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- AKYİĞİT, Ercan **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ALTAŞ, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- ATASOY, Kemal, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- AUBY, Jean-Marie/ DRAGO, Roland, **Traité de Contentieux Administratif**, LGDJ, Paris, 1975.
- AYAN, Serkan, Yabancı Para Borçlarının İfası, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, C.8, Özel Sayı, Y. 2013.
- BAŞYİĞİT, Özgür, **İş Gücü Hukuku Kapsamında Çalışma Hakkı ile Esneklik Arasındaki İlişki ve Türkiye Örneği**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2025.
- BELEN, Herdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, (Kısa Şerh), Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- İNAN, Naim Ali/ YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- CARRÈ de MALBERG, **Raymond, Contribution à la Théorie Générale de L'État**, C. I, Paris 1920.
- CENTEL, TANKUT, **Bireysel İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat/ ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- DURAN, Lütü, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni, **Amme İdaresi Dergisi**, C.19, S1, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986.
- EKONOMİ, Münir, **İş Hukuku**, C. I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

- ERDOĞAN, İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- FEYZİOĞLU, Feyzi, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- FLOUR, Jacques/ AUBERT, Jean Luc/ SAVAUX, Eric, **Droit Civil Les Obligations L'acte Juridique**, Sirey Universite, Paris, 2010.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.
- GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2024.
- GÜMÜŞ, Mustafa, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- GÜNEŞ, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- HEPER, Hande, **İş İlişkisinde İşçinin İradesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- İMAMOĞLU ŞİT, Başak, Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.34, S.3, Banka ve THAE Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 2017.
- KAĞITÇIOĞLU, Mutlu, Döviz Cinsinden veya Döviz Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S.3, Ankara, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, Ankara 2020.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- MATTINGLY, Harold, The Roman Virtues, **The Harvard Theological Review**, C. 30, S.2, Cambridge University Press, Cambridge, 1937.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ ULAŞ, Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2024.

- NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ÖNER, Eyrenci, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2006.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ÖZKARACA, Ercüment, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25, S.1, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019.
- REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.
- SARICA, Ragıp, **Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Selahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943.
- SÜMER, Hadi Haluk, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- ŞANLI ATAY, Yeliz, **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, TODAİE, Ankara, 2011.
- TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1, Ankara, 1990.
- TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitapevi, İstanbul, 1969.
- TERRÈ François, **Introduction Générale au Droit**, Dalloz Boutique, Paris, 2015.
- TERZİOĞLU, Ahmet, İş Hukukunda İşverenin Borcu Olarak Ücret, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, C.18, S.72, Y. 2019.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- UÇARYILMAZ ŞANS, Talya, Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.135, Ankara, 2018.
- YÜREKLİ, Sabahattin, İşverenin Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü, **Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat/ PETEK, Hasan, **Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2020.

Borsaya Kote Olmayan Bağlı Nama Yazılı Paylar, Bu Payların Bulunduğu Anonim Şirketlere TMSF'nin Kayyım Olarak Atanması ve Sonrasında Söz Konusu Payların Durumu^(*)

Restricted Registered Shares not Listed on the Stock Exchange,
The Appointment of the Sdif as Trustee to the Joint Stock
Companies Holding Such Shares, and the Subsequent Status of
These Shares

Orhan KUZU^()**

Öz:

Anonim şirketlerde hamile yazılı paylar gibi ortaklık mevkiini gösteren nama yazılı paylar, ortaklık yapısının değişmesini istemeyen kurucular veya pay sahiplerinin istekleri dışında değişmesine, yabancılaşmasına mani olmak bakımından önem arz etmektedir. İşte ciro ve teslim yoluyla devredilen kıymetli evrak niteliğine de sahip olan nama yazılı paylar üzerinde, bağlam veya kanunda ifade edildiği şekliyle “kısıtlama” veya “sınırlama” adı da verilen bu değişiklik isteklerine engel olma hali, hukuki düzenleme olarak öncelikle kanuni bağlam ve esas sözleşmesel bağlam olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu bağlam türlerinin borsada kote edilen ve borsada kote edilmeyen bağlı nama yazılı paylar şeklinde alım-satım uygulamaları gerçekleştirilmektedir. Söz konusu payların cebri icra, miras, mirasın paylaşımı veya eşler arasındaki mal rejimi dolayısıyla iktisap edilmeleri durumunda kanunen ortadan kalkmaktadır.

Anonim şirketlerin ülke ekonomisine ve küçük sermaye sahiplerinin kazançlarına müspet katkısı kötüye kullanan bazı kişi veya kişilerin, bu tür şirketleri suçun finans aracı olarak kullanılmaları da söz konusu olabilmektedir. İşte bu ve benzeri nedenlerle, CMK ve 6758 sayılı Kanun çerçevesinde şirketlere, TMSF tarafından el konulmakta veya bu şirketlere mahkemece kayyım atanmaktadır. Şirketlerin bu şekilde devri veya yönetim kayyımı atanması, Anayasa

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1764567

Bu makaleye atf için: KUZU, Orhan, “Borsaya Kote Olmayan Bağlı Nama Yazılı Paylar, Bu Payların Bulunduğu Anonim Şirketlere TMSF'nin Kayyım Olarak Atanması ve Sonrasında Söz Konusu Payların Durumu”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1159-1202

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Tekirdağ - Türkiye
E-posta: okuzu@nku.edu.tr
Orcid: 0009-0003-6460-6706

tarafından korunan teşebbüs hürriyetine ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmeyecektir. Fon, şirketi, yönetim kurulu ve genel kurul görevleri uhdesinde olmak kaydıyla basiretli bir tacir gibi yürütmek zorundadır Şirketin, kayıymıla yönetildiği dönemde, temettü hakları hariç diğer haklar (yönetmelik nitelikteki) Fona geçecektir. Fon sürdürülebilirlik ilkesi kapsamında şirketi yönetecek, bu ilkenin zorunlu kıldığı hallerde de şirketi tamamen veya kısmen devredebilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Bağlam, Yabancılaşma, Fon, Yönetim, Temettü.

Abstract:

Although joint stock companies in our country lag behind limited liability companies in terms of their number, they are significantly ahead of them in terms of capital and scope of activity. In such companies, registered shares indicating shareholder status such as registered shares issued to specific individuals are of particular importance in preventing changes or alienation of the shareholding structure against the wishes of the founders or existing shareholders who wish to preserve it. Thus, in the case of registered shares which, in addition to representing shareholder status, also qualify as negotiable instruments transferable by endorsement and delivery the prevention of such change requests, referred to “restrictions” or “limitations” under the law as is, as a matter of legal regulation, primarily classified into two categories: the statutory restrictions and the contractual (articles of association) restrictions. Within these restrictions, trading practices are carried out in the form of restricted registered shares that are either listed or unlisted on the stock exchange. Such restrictions are, by law, rendered inapplicable in cases where the shares in question are acquired through compulsory enforcement, inheritance, distribution of an estate, or the matrimonial property regime between spouses.

It is possible that certain individuals or groups, exploiting the positive contribution of joint stock companies to the national economy and to the earnings of small-scale investors, may use such companies as instruments for financing criminal activities. For these and similar reasons, within the framework of the Code of Criminal Procedure (CMK) and Law No. 6758, companies may be seized by the Savings Deposit Insurance Fund (SDIF) or placed under the trusteeship of a court-appointed administrator. Such transfer of company control or appointment of a management trustee shall not constitute a violation of the freedom of enterprise or the right to property, both of which are protected under the Constitution. The Fund is obliged to manage the company as a prudent merchant, provided that it assumes the duties of the board of directors and the general assembly. During the period in which the company is managed by a trustee, all rights of an administrative nature except for the right to receive dividends shall pass to the Fund. Acting in accordance with the principle of sustainability, the Fund shall manage the company and, where necessitated by this principle, may transfer the company in whole or in part.

Keywords:

Restriction, Alienation, Fund, Management, Dividend.

Extended Summary:

The limitation imposed by the articles of association or by statute on registered shares of joint stock companies, commonly referred to as *restriction* (in Turkish *Bağlam*), may impede the free transferability of such shares. The primary objectives of this mechanism may be enumerated as follows: to prevent undesirable persons from becoming shareholders of the company, thereby maintaining harmony among the existing shareholders, avoiding alienation, and ensuring the preservation of the company's capital.

It has been argued, however, that the acceptance and application of *restriction* may negatively affect the transfer of joint stock company shares, particularly in stock exchange transactions, and may also reduce the value of the shares both on and off the exchange. Nonetheless, it can be

asserted that an appropriate balance must be struck between the benefits of unrestricted transferability and the advantages of restrictions.

Two legal forms are recognized: *statutory restriction* and *contractual restriction*. Beyond these, one may also distinguish between *ex ante* and *ex post restriction*; restriction that permit refusal of registration without stating a reason; restriction that allow refusal of registration on specific grounds; and, more generally, the dichotomy between formal and material restrictions.

Restriction provisions may be introduced with respect to non-listed registered shares. Yet, in such cases, refusal of registration may only be permissible upon reliance on “important reasons,” which, as clarified in the legislative rationale, should be interpreted as “just cause.”

According to Article 8/1(c) of the Quotation Directive, in contrast to the statutory rule, shares of companies to be traded on the exchange must not be encumbered with records preventing the exercise of rights by the shareholder, nor may the articles of association contain provisions restricting the transfer or circulation of shares. This divergence between the statutory provision and the Directive will require harmonization through legislative intervention.

The transfer of ownership in registered shares traded on the stock exchange does not occur at the moment the purchase agreement is concluded but rather at the completion of the settlement process through Takasbank, following the clearing operations.

The view that the transfer of joint stock companies to the Savings Deposit Insurance Fund (TMSF) constitutes a violation of both the freedom of enterprise and the right to property is, in our opinion, not persuasive in light of other constitutional provisions and the doctrine of abuse of rights under Article 2 of the Civil Code.

The appointment of the TMSF as administrator with managerial authority (in Turkish *kayyum*) goes beyond the traditional scope of a court-appointed custodian under the Civil Code. Within the framework of Law No. 7539, the Fund is vested with broader powers, and may thus be characterized as an organ-custodian. In companies where the TMSF is appointed, the question arises whether general assemblies are legally abolished. In our view, in multi-shareholder companies they do not cease to exist, but rather enter into a state of suspension; they revive once the custodianship terminates, provided the company has neither been dissolved nor transferred to third parties.

Following the transfer of a joint stock company to the TMSF as custodian, the situation resembles a partial application of the “split theory”: ownership of the shares remains with the shareholders, while managerial rights pass to the Fund. Financial rights-foremost among them the right to dividends-remain vested in the shareholders. It can be argued that with the transfer of management to the Fund, binding clauses on registered shares are, in a sense, dissolved or rendered inoperative. Particularly, clauses serving to protect or shield criminal activities or offenders may legitimately be disregarded by the Fund. Conversely, it is also arguable that restrictions may remain effective even under custodianship, insofar as they are inherent attributes of the shares and play a decisive role in transferability. The Fund, as custodian, thereby acquires the power to determine who may or may not become a shareholder, enhancing its effectiveness, serving the very purpose of custodianship, and preventing persons involved in criminal activities from joining the company. In this respect, restrictions applicable to registered shares can be deemed to persist in companies managed by the Fund. Furthermore, by analogy with usufruct, pledges, interim measures, and attachments that may encumber such shares, restrictions may also continue to apply.

Until explicit regulation is enacted, the issue remains, in our view, subject to the discretion of the Fund. Legally, restrictions should not be regarded as extinguished upon transfer to the Fund; rather, they are suspended, to be reactivated should the Fund choose to apply them.

Where registered shares are transferred in whole or in part through sales by the TMSF, if one accepts that restrictions lose validity during the custodianship period, then such restrictions cannot

revive after the transfer of shares to third parties. By contrast, if one regards restrictions as merely suspended, then they may become applicable again upon the termination of custodianship. Moreover, if the TMSF only partially transfers the company and registered shares subject to binding clauses are included, the Fund, acting as a prudent merchant, may decide to enforce such clauses in order to protect the rights of shareholders not implicated in the circumstances that led to the custodianship.

Conversely, in the event of a complete transfer of the company by the Fund, if the acquirer is another company or legal entity, the provisions of its articles of association, by-laws, or foundation deed will become determinative. In such cases, restrictions will most likely cease to exist.

GİRİŞ

Anonim şirketlerde, gerekli usuller ikmal ettikten sonra serbestçe devredilebilen nama yazılı paylar, kanunda veya esas sözleşmede aksi düzenlenerek “bağlam” adı verilen birtakım kısıtlamalara tabi tutulabilir. Anayasaya aykırı olmayan bu kısıtlamalar, yine kanunda öngörülen sebeplerle kaldırılabilir. Bu kısıtlamalar, söz konusu payların borsada işlem görüp, görmemesine binaen farklı düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Borsaya kote edilmeyen paylarda, bağlam hükümleri daha etkin bir şekilde uygulanabilirken, borsada kote paylar bakımından bu kısıtlamalar oldukça sınırlı bir alanda tatbik edilir.

Bağlı nama yazılı paylarında yer aldığı anonim şirketler, özellikle 15 Temmuz 2016 tarihinden itibaren çeşitli kanuni düzenlemeler gereği TMSF’ye devredilmek veya Fon tarafından yönetilmesi için kayyım ataması yapılmaktadır. Haliyle bu dönem, gerek şirketin yönetim ve genel kurul gibi temel organları gerekse pay sahipleri ile paylarından doğan haklar üzerinde bazı etkiler doğurmaktadır.

İşte bu çalışmamızda, bağlı nama yazılı paylar hakkında TK’da yer alan düzenlemeler; bu payların kayyım görevini ifa eden TMSF yönetimindeki durumu; Fon tarafından üçüncü kişilere yapılan devri sonrası içinde bulundukları hal ele alınmıştır.

I. GENEL OLARAK BAĞLAM

A. Bağlam Kavramı

Anonim şirketlerde nama yazılı paylar için öngörülen “bağlam”, terim olarak Ticaret Kanununda yer almamakla birlikte¹, doktrinde, 1970’li yılların başından itibaren kullanılmaya başlanmış ve genel olarak kabul görmüştür². Ticaret Kanu-

¹ Bağlam terimi, 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunu ve 1956 tarihli 6762 sayılı Ticaret Kanununda da yer almamıştır. Bağlam, 865 sayılı Ticaret Kanunun nama yazılı hisse senedinin devrinin düzenlendiği 408 maddesinde düzenlenmiş ancak, sınırlama veya kısıtlama ibarelerinden herhangi biri kullanılmamıştır. Aynı konunun ele alındığı 6762 sayılı eTTK’nın 418. maddesinde ise, şirketin, duruma göre yeni pay sahibinin adını, pay defterine “kayıttan imtina edebilir” denilerek yine bağlam ve benzeri ifadelerle yer verilmemiş; konu, kavramsal açıdan değil, şirketin bu hallerde uygulamasını esas alan bir bakışla düzenlenmiştir. Eski Ticaret Kanunlarında ve mehoz İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılaştırmalar için bkz. AKIN, Yusuf Murat, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, I. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 5-12.

² TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha /ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, Eylül 2023, N. 1145; TEOMAN, Ömer, “**Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Anonim Ortaklık Kavramları Üzerine Düşünceler**” Tüm Makalelerim Cilt: 1-2, 1. Baskı, Nisan 2012, s. 52; PULAŞLI, Hasan, **Bağlı Nama Yazılı Senetler**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1992, s. 111 vd.; KENDİĞELEN, Abuzer, **Anonim Ortaklıklar Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1994, s. 37, dpn. 13.

nunda bağlam terimi yerine, pay devrinin belli şartlara tabi tutma anlamında “sınırlama” ifadesi kullanılmıştır (TK m.490/1 vd.). Türk hukukundaki anlayışa benzer şekilde Alman ve İsviçre doktrinlerinde de, Latince, “vincire” (bağlamak, zincire vurmak) kelimesinden türemiş “vinkulierung” (bağlam) terimi kullanılmıştır³.

Ticaret Kanununda, nama yazılı payların, kanunda veya esas sözleşmede aksi düzenlenmedikçe herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan serbestçe devredilebileceklerine hükmedilmiştir (TK m. 490/1)⁴. Pay sahibi, bu ilke kapsamında istediği kişiye, uygun gördüğü zamanda devir işlemini gerçekleştirebilmektedir⁵. Bununla birlikte anonim şirketlerde, çıplak veya hisse senedine bağlanmış nama yazılı payların devrini, esas sözleşmeyle bazı şartlara tabi tutmak veya şart belirlemeden kısıtlamak mümkün olabilmektedir (TK m. 491 vd.). İşte bu şekilde düzenlenen hükümlere “bağlam” veya Kanunda yer aldığı şekli ile “sınırlama” adı verilmektedir⁶. Biz bu çalışmamızda Yargıtay⁷ ve doktrindeki genel kullanıma uygun olarak “bağlam” ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

B. Bağlam Uygulamasının Amacı

Bağlam, ikinci dünya savaşı sonrası oluşan sosyo-ekonomik yapı içerisinde anonim şirketlerde yatırımı bulunan küçük sermaye sahiplerinin birikimlerini korumaya düşüncesinin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu anlamda, bağlı nama yazılı payların çıkarılmasıyla anonim şirketlerin temel yapısı bozulmadan ortaksal sisteme kişisel özelliklerin ekleneceği ve öze zarar vermeden bu tür şirketlerin gerçek anlamda toplumun malı olmasının sağlanacağı ifade edilmektedir⁸.

³ Alman ve İsviçre hukukunda kullanımlar için bkz. BOZKURT, Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) - Die Vinkulierung**- 2. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 11-12, dpn. 31-35.

⁴ Kendigelen, bu maddenin کنار başlığına bir önceki kanuni düzenlemeden farklı olarak eklenen “nama yazılı paylar” ibaresinin yerinde olmadığını; bu bölümde payların değil, pay senetlerinin hükme bağlandığını, yapılan ekin isabetli olduğunun düşünülmesi halinde, bu kez benzer bir ekin hamiline yazılı pay senetlerinin düzenlendiği bir önceki maddede neden yapılmadığı sorusunun akla geleceğini; halbuki burada her iki ihtimalde de olsa pay senedine bağlanmış çıplak paydan bahsedilebileceğini ve istenirse bu payların devrinin de ayrı bir madde de düzenlenebileceğini ifade etmiştir, bkz. KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 398; Aynı görüş için bkz. NARBAY, Şafak, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri”, **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 208.

⁵ İNCESU, Elif Bilge, “Anonim Şirketlerde Payın Devri ve Bağlam”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 93, S. 6, Kasım 2019, s. 125.

⁶ TEKİNALP /POROY /ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar**, N. 1145.

⁷ Yar. 11. HD. E.2019/4088, K. 2021/3444, 09.04.2021; Yar. 11. HD. E. 2015/10868, K. 2016/5522, 23.05.2019 (Kazancı Bilgi Bankası); Yar. 11. HD. E. 2011/13197, K. 2013/16198, 19.09.2013 (Lexpera Bilgi Bankası).

⁸ AKSOY, Murat Uğur, “Anonim Ortaklıklarda Teorik Bir Kavram Olarak Bağlı Pay Senetleri”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, C. 18, S. 8, 1971, s. 305.

Bu bakımdan bağlam, pay sahipliği değişiminin şirket yönetim kurulunca denetlenmesi imkanı veren önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Anonim şirketlerde istenildiği takdirde, bağlam sisteminin uygulanmasıyla, söz konusu şirketlerin sermayesinin paylara bölünebilmesinin doğal sonucu olan ve tercih sebeplerinden olan serbestçe payın devredilebilirliği, özellikle nama yazılı pay senetlerin, ciro ve teslim ile devri (TK m. 490/2)⁹ karşısında zorlaştırılabilmektedir¹⁰. Payın devredilebilirliği, pay sahibi bakımından şirketle ilişkisinin sona ermesini sağlayan temel hukuki yollardan biridir¹¹. Bu kapsamda anonim şirketlerde, pay sahibinin ortaklıktan çıkma imkanının olmaması karşısında

⁹ Kanunun bu hükmüne göre, “Hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilir”. Doktrinde nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak niteliği kazanmasını ifade eden bu hüküm farklı değerlendirilmelere tabi tutulmuştur. Bir görüşe göre, nama yazılı pay senetlerinin devri için gerekli olduğu ifade edilen cironun, hakiki cironun hukuki sonuçlarına sahip olmadığı, buradaki cironun gerçekte senet üzerine yazılmış devir beyanından ibaret olduğu belirtilmiştir, bu konuda bkz. HIRSCH, Ernst E., **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1948, s. 470; bir diğer görüşe göre ise, nama yazılı pay senetlerinin diğer nama yazılı kıymetli evraklarda olduğu gibi temlik beyanı ile devredilebileceği, ancak eTTK m. 416/2 hükmü mucibince ayrıca tam veya beyaz ciro ile devredilebileceği belirtilmiştir, bkz. ARSLANLI, Halil, **Anonim Şirketler**, C. I, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 181; DOMANIÇ, Hayri, **Anonim Şirketler**, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978, s. 894-895; doktrinde baskın olan görüş ise, buradaki cironun normal bir ciro olduğunu, Kanunun nama yazılı pay senetlerinin devrini, emre yazılı senetlerde olduğu şekliyle düzenlediğini, bu sebeple nama yazılı pay senetlerinin, kanunen emre yazılı senetlerden olduğu ve beyaz ciro ile de devredilebileceği belirtilmiştir, bkz. ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 206, 1508-1512; Tekinalp’in bu yöndeki görüşü için bkz., POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 73-74; MOROĞLU, Erdoğan, “Nama Yazılı Senetlerin Devri ve Yargıtay Kararları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XIII, 5-6 Nisan 1996, s. 56; YASAMAN, Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası**, İstanbul, 1992, s. 56; PULAŞLI, s. 19; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 32; KENDİGELEN, Abuzer, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatif İlişkin Payların Devrinde Şekil”, **Makalelerim**, C. 1, 1986-2001, İkinci Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 51, dph. 61, 63; BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 276; ŞENER, Oruç Hami, **Teori ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 619-620; Ülgen, bu tartışmalara doğrudan girmeyerek, ancak söz konusu tartışmaları esas alarak anonim şirketlerde nama yazılı pay senetlerinin ciro yerine temlikname ile devrinin eTTK m. 416/2’de yer alan ciroyu, teknik açıdan ciro olarak benimseyen görüş açısından, kanunun bir sonucu olarak; ciroyu, temlik beyanı olarak kabul eden görüş bakımından ise ciro teriminin kullanılmış olunmasının zaruri bir neticesi devir beyanının (cironun) senet üzerinde bulunması gerektiği, dolayısıyla ayrı bir temlik beyanı ile devrin caiz olmadığı yönünde görüş belirtmiştir, bkz. ÜLGEN, Hüseyin, “Anonim Ortaklıklarda Nama Yazılı pay Senetlerinin (“Ciro” yerine) Ayrı Bir Temlikname ile Devri Caiz midir?”, **İkt. Mal. Derg.**, C. XXVII, 1980, s. 25; YHGK bir kararında, nama yazılı hisse senetlerin tedavülü için bir temlik beyanı veya senedin arka yüzüne tam bir cironun yapılmasının elzem olduğunu, bunun yanısıra zilyetliğin devrinin ve tesliminin gerektiğini, bu şartların mevcut olmaması halinde ise yapılan devir işleminin geçersiz olduğunu beyan etmiştir, bu karar için bkz. E. 1977/11-922; K. 1978/978; 22.11.1978 (Çevrimiçi Kazancı Bilgi Bankası).

¹⁰ TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Çoğu Bölümleri Yeniden Yazılmış Güncelleştirilmiş 5 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 1145; İNCESU, s. 125.

¹¹ Anonim şirketin pay sahiplerine çıkma ve çıkarma (iskat hariç) hakkı tanınmadığından, devir imkanının bu müesseselerin olmamasını bir bakıma telafi ettiği yönündeki görüşü için bkz. ARSLANLI, Halil, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, **İÜHF**, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 254.

payın devredilebilirliği temel ilke, bağlam kuralları ise istisnai bir durumdur¹². Ayrıca, anonim şirketlere hâkim olan temel ilkelerden olan payın serbestçe devredilebilmesi, “anonim şirketi” şahsi özelliklerin önemli olduğu limited şirketlerden farkını ortaya koyan ve onu “bir sermaye şirketi” yapan en önemli hususlardan birisi olarak kabul edilmektedir¹³.

Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, geniş bir yorum ile mülkiyet hakkı, sözleşme hürriyeti ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi (Ana. m. 13, 35, 48) ile de yakından ilişkili olarak kabul edilebilecektir. Muhtevasında değişik hakları içeren bu ilkenin kullanılmasının, müspet sonuçları olduğu gibi, şirketin pay sahipleri çevresinin istenildiği gibi düzenlenmesine engel olmak gibi menfi neticeleri olabileceği söylenebilmektedir¹⁴. Ayrıca bu ilkenin uygulanmasının anonim şirketlerde yabancılaşmaya yol açacağı¹⁵; ortaklığın rakiplerin eline geçmesine sebep olabileceği veya felce uğrayabileceği; bir bakıma iç yabancılaşmaya da yol açabileceği¹⁶; bir konzern hakimiyetine girilmesine sebep olabileceği; bağlam ile bunlara engel olunabileceği ifade edilmektedir¹⁷. Bir başka deyişle, şirkete istenmeyen kişilerin ortak olması¹⁸ veya şirkette çoğunluğun kaybedilmesinin önüne geçilmek istenmekte, bir bakıma şirketin sermayesinin korunması sağlanmaktadır¹⁹. Bağlam ile şirketin malvarlığını, mali gücü zayıf kişilere karşı korumak; özellikle kapalı (aile) şirketi tarzındaki yapıların oluşturdukları kendine has özelliklerin ve bağımsızlıkların korunmasıyla; payların yoğunlaşması ve tek elde toplanması engellenmek istenmiştir²⁰.

¹² ALTAY, S. Anlam, “TÜRK ve İSVİÇRE Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 571.

¹³ SEVİ, Ali Murat, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 220; KARASU, s. 129; UZEL, Necdet, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 25.

¹⁴ BOZKURT, *Bağlam*, s. 8.

¹⁵ Bağlam uygulamasındaki esas amaçlardan biri olan, yabancılaşmaya mani olma düşüncesin temelinde, ülke ekonomisinin korunması hedefi yatmaktadır. Anonim şirketlerin mali bakımdan taşıdığı önem gereği, payların nama olması ve ancak belli özelliklere sahip kişilerin paylara edinebileceklerinin öngörülmesiyle ülke ekonomisi korunmaya çalışılmıştır, bu konuda bkz. UZEL, s. 94-95.

¹⁶ KARAYALÇIN, Yaşar, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar*, 1975-1983, II, Ankara, 1983, s. 96.

¹⁷ Şirketlerde pay senetlerinin istenilmeyen yabancı kişilerin eline geçmesi dolayısıyla, Kanunun Türklere bahsettiği hakların denetlenmesinin mümkün olamayacağını, Kabotaj Kanununu misal vererek izah eden görüşü için bkz. HIRSCH, s. 536.

¹⁸ ARSLANLI, s. 154.

¹⁹ ŞENER, s. 623. Bağlam ile şirket ortaklarının ülke içi yabancılaşması önlenilebileceği gibi ülke dışı yabancılaşmanın da önüne geçilebileceği söylenmektedir. Bu konuda bkz. İNCESU, s. 126-127.

²⁰ BOZKURT, *Bağlam*, s. 21-29.

Bağlam uygulaması ile ekonomik gücün merkezileştirilmesi de sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan şirketlerin gerçek birleşme ismi verilen kanuni usullere uygun birleşmeleri ile pay devirleriyle şirketlerin yönetim haklarında ve pay sahipliğinde söz sahibi olmasını ifade eden, gerçek olmayan birleşmelerde (varsayımsal birleşmeler) önem arz etmektedir. İşte bağlam bu amaca da hizmet eden önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır²¹.

Bu ve benzeri sebeplerle anonim şirketlerde bağlam ile payların devrinin kısıtlanmasını haklı gösterecek sebeplerin varlığına rağmen, söz konusu kısıtlamanın, payların serbestçe dolanımını engellediği; borsa ve borsa dışı piyasalarda payların değerini menfi yönde etkilediği de ifade edilmektedir²².

Bağlama ilişkin olarak bazı itirazlar ifade edilmekle birlikte, bağlam vasıtasıyla pay sahibinin, payını serbestçe devredilebilmesindeki menfaati ile şirketin pay devirlerinin sınırlandırılmasındaki menfaati arasında bir denge kurulmak istenmektedir²³.

II. BAĞLAM TÜRLERİ

Anonim şirketlerde bağlam genel olarak kanuni ve sözleşmesel bağlam olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanuni bağlam, nama yazılı payların, Ticaret Kanununda yer alan hükümler kapsamında devrinin sınırlandırılmasını; pay bedellerinin ödenmiş olduğunun bir bakıma teminat altına alındığını ifade etmektedir. Esas sözleşmeyle getirilen bağlam esasları ile de şirketin yabancılaşmaya karşı duruşunu sağlamlaştırmaya çalışılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kanuni bağlam, pay sahiplerinin şirkete karşı olan taahhüt edimini ifayı amaçlarken, sözleşmesel bağlamda ise belli özelliklere sahip olmayan kişilerin pay sahibi olamamaları ve/veya bazı haklardan yararlanamamaları sağlanmaya çalışılmaktadır²⁴. Bu bağlam türlerinden kanuni

²¹ PULAŞLI, s. 120; SEVİ, s. 254-255.

²² MOROĞLU, s. 49; YASAMAN, Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası**, İstanbul, 1992, s. 46. Bağlam kurallarının İngiliz ve ABD hukuklarında borsada alınıp satılan hisse senetleri için uygulanmadığına ilişkin bkz. TEKİNALP, Ünal, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, N. 1-18, 1.21.

²³ MOROĞLU, s. 49; KARASU, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, **GÜHFD**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 129; Bozkurt, bağlamın şirket çevresinin tekrar belirlenmesi imkanını sağladığını; bir nevi şirketin, anonimliğini “örseleme” yetkisini kazandığı da ifade edilmektedir, (bkz. BOZKURT, **Bağlam**, s. 8). Anonim şirketin tek taraflı çıkış (fesihe) mümkün olmadığından payın devredilebilirliği bu anlamda daha fazla önem kazanmaktadır. Burada, şirketin istenmeyen devralanı, dışarıda tutma iradesi ile mevcut pay sahibinin yatırımını sonlandırarak şirketten çıkma iradesi şeklindeki iki temel ilke arasında çatışması söz konusudur.

²⁴ AKIN, s. 170; ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C. II, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 132.

bağlamın kullanımıyla, sermaye temini garanti altına alınarak şirket alacaklıları, işçiler ve diğer üçüncü kişiler gibi menfaat sahipleri korunurken; esas sözleşme-deki düzenleme ile pay sahipleri çevresinin istek dışı değişmesinin önüne geçile-rek, şirket menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır²⁵.

Bağlamın, kanuni bağlam, sözleşmesel bağlam ayrımı dışında; önceki bağ-lam ve sonraki bağlam şeklinde kullanılan bir başka ayrımı da söz konudur. Bu anlamda esas sözleşmeyle getirilen bağlam hükümlerine “önceki bağlam”; bağ-lam düzenlemesinin esas sözleşmeyle yapılan değişiklikle getirilmesine ise “sonraki bağlam” denilmektedir²⁶.

Bir başka düşünceye göre bağlam düzenlenmeleri; yasal bağlam, statüsel bağlam (esas sözleşmede düzenlenen bağlam) ve akdi bağlam (şirket ile münfe-rit pay sahipleri veya bütün pay sahipleri ile yapılan sözleşmeler)²⁷ ayrımı tabi tutulduğu gibi, bağlamı devir sınırlandırmaları bakımından da, sebep gösteril-medeyen kayıttan kaçınma imkanı sağlayan bağlamlar, belirli sebeplerden dolayı kayıttan imtina imkanı veren bağlamlar ve diğer sebeplerden dolayı kayıttan kaçınma hakkı veren bağlamlar olarak ifade edilmiştir²⁸.

Doktrinde bağlam için bir diğer ayrım da, içeriği itibariyle bağlamı şekli bağ-lam- maddi bağlam olarak belirtilmesidir. Buna göre şekli bağlam, pay senetleri-nin devrinin Kanunda belirtilen (eTTK m. 416/2) şekle ek olarak başka şekil şart-larının da öngörülmesi halinde söz konusu olacaktır. Maddi anlamda bağlam ile de payı devralan kişinin sahip olması gereken kişisel, mali, siyasi veya mesleki bakımdan esas sözleşmede öngörülen kriterlerin karşılanması kastedilmiştir²⁹.

A. Kanuni Bağlam

Ticaret Kanununda nama yazılı payların devrinde, genel ilke olarak payla-rın serbestçe devredilebileceği belirtildikten sonra (TK m. 490/1)³⁰, bu ilkenin

²⁵ AKIN, s. 170.

²⁶ BOZKURT, **Bağlam**, s. 18-19.

²⁷ Kendigelen, esas sözleşmede yer almayan, sadece pay sahipleri arasında borçlandırı-cı bir işlemle kararlaştırılan payın devrine yönelik sınırlandırmaların teknik anlamda bağlam olarak kabul edilemeyeceği, bunların taraflar arasında sözleşmelerinin nisbiligi ilkesi anlamında geçerli olacağı, bağlam gibi payı devralacak olan herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak etkiye sahip olamayacağını haklı olarak ifade etmiştir bkz. KENDİGELEN, **İntifa**, s. 37.

²⁸ PULAŞLI, s. 120-131.

²⁹ TAŞDELEN, Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 279.

³⁰ Bu maddenin “Nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde ilke” kenar başlığından da yola çıkarak, kanun koyucunun payların herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan devredilebileceğini ana fikir olarak kabul ettiğini, bu-na mukabil konuya istisnalar getirilmesini de uygun bulduğuna ilişkin ifadeleri için bkz. AKIN, s. 33.

ilk istisnası olarak “Kanuni Sınırlama”³¹ madde başlığı altında başka bir düzenlemeye gidilmiştir. Madde 491’de yer alan bu hükme göre, “bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilecektir”. Burada onayı kimin isteyeceği ve izni kimin vereceği belirtilmemekle birlikte, talebin devreden veya devreden tarafından istenmesinin önemli olmadığı, önemli olanın istemin şirkete yöneltilmesi olduğu; bu anlamda talebin yazılı olmasının uygun olacağı; bağlamla ilgili hükümlerde şirketin onayı ibareleriyle kastedilen organın, pay defterlerini tutmaya yetkili olan yönetim kurulu olduğu; esas sözleşmeyle bu yetkinin genel kurula devredilebileceği veya bütün üyelere ve yahut murahhas üyelere devredilebileceği ifade edilmiştir³²..

Hükümün devamında ise, devir için istenen bu onayın, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi ve cebri icra yoluyla gerçekleşen iktisaplarda aranmayacağı belirtilmiştir (TK m. 491/1)³³. Maddenin ikinci fıkrasında ise, şirketin, devralanın ödeme yeterliliğine sahip olduğunun şüpheli olması ve gerekli teminatın verilmemesi halinde devre onay vermeyebileceği ifade edilmiştir³⁴. Bu hükümlerden yola çıkarak kanuni bağlamın, bedelleri tamamen ödenmemiş paylar ile devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli bulunması hallerine mahsus olduğu söylenebilir³⁵.

Payların devrine kanunun müdahale edip sınırlaması anlamı taşıyan bu tür bağlamın, hem Ticaret Kanunu hem de diğer kanunları kapsayacak genişlikte düzenlendiği ifade edilmektedir³⁶. Bağlam uygulamasıyla, şirketin esas sermayesinin tümüyle ödenmesi sağlanmaya çalışılmış, böylece şirketle birlikte alacaklıların hakları da korunmak istenmiştir³⁷.

³¹ Pulaşlı, Ticaret Kanunundaki ifadesindeki “Kanuni sınırlama “yerine benzer bir kullanım olarak “yasal bağlam” ifadesini kullanmıştır, bkz. PULAŞLI, s. 120; Bozkurt ise “yasaya dayanan” ifadesini tercih etmiştir, bkz. BOZKURT, **Bağlam**, s. 17. Bununla birlikte doktrinde genel kullanım, “kanuni bağlam” şeklindedir, bkz. TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları** N. 1148 vd.; KENDİGELEN, **İlk Tespitler**, s. 490; UZEL, s. 96 vd.; AKIN, 35 vd.

³² TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 2. 10, 11, 12; UZEL, s. 57; ALTAY, s. 594; PULAŞLI, s. 140; SEVİ, s. 258.

³³ Bu madde ve devamında 498. maddeye kadar bağlam sistemini oluşturan hükümlerin, İsv. BK.’nın 685 ile 685g hükümlerinden, Türk anonim şirketler düzeninin İsviçre’ye benzer olması dolayısıyla bu düzene yabancı bir sistemin yerleştirilmesinin uygun olmayacağı; İsviçre bağlam rejimi diye anılan “Vinkulierung” sisteminin borsa dikkate alınarak oluşturulması ve İsviçre’de uygulanan yeni hükümlerin doktrindeki eleştirilerin aksine başarılı sonuçlar vererek amacına ulaşması sebepleriyle Türk Hukukuna iktibas edildiği Kanun Gerekçesinde ifade edilmiştir, bkz. Gerekçe m. 491.

³⁴ Maddede geçen ödeme yeterliliği kavramının subjektif bir değerlendirmeye tabi tutulmasının gerektiğini bedeli kısmen ödenen paylarda şirketin ekseriyetle teminat isteyeceğini ifade etmenin abartılı bulunmayacağına ilişkin görüşü için bkz. KENDİGELEN, **İlk Tespitler**, s. 400.

³⁵ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 148-149.

³⁶ TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, s. 25.

³⁷ PULAŞLI s. 121; TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, s. 25; BOZKURT, **Bağlam**, s. 17.

Anonim şirketler, kanuni bağlam hükümleri kapsamında sadece payı devralan kişinin ödeme yapması konusunda şüpheler varsa ve istenen teminat verilmemişse devre onay vermeyebilir³⁸. Bununla birlikte devralan kişi, taahhüt edilen payın geri kalan kısmı ödemiş veya yeterli teminat vermişse şirket devre onay vermekten hukuken kaçınmayacaktır³⁹.

B. Sözleşmesel Bağlam

Anonim şirketlerde, sözleşme serbestisinin sonucu olarak pay sahipleri, esas sözleşmeyle kuruluş aşamasında veya esas sözleşmede yapılan değişiklikle pay devrini bazı şartlara bağlayabileceklerdir. Bu anlamda Kanun'da, nama yazılı payların, ancak şirketin onayıyla devredilebileceğinin esas sözleşmede öngörülebileceği; bu sınırlamanın intifa hakkı kurulurken de geçerli olacağı ve şirketin tasfiyeye girmesi halinde devredilebilirliğine ilişkin konulan sınırlamaların düşeceği temel ilkeler olarak hüküm altına alınmıştır (TK m. 492). Maddenin gerekçesinde bu temel ilkelerin esas sözleşme konusunda borsaya kote edilsin veya edilmesin bütün bağlı nama yazılı paylar için geçerli olduğu söylenmiş olmakla birlikte⁴⁰, bu ilkeler dışında da esas sözleşmeye ait temel ilkelerin olduğu; hatta bu haliyle ilgili hükmün nama yazılı paylar bakımından ortak özellikli temel ilkeler olduğunun savunulmacağı; borsaya kote edilen ve edilmeyen nama yazılı payların devrine yönelik önemli düzenleme farklılıklarının söz konusu ilkelerin tüm devir sınırlamalarını ihtiva eden hüküm olmadığı ifade edilmektedir⁴¹.

Kanunda yer alan düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla sadece nama yazılı payların⁴² esas sözleşme dışında yapılan bir işlemle sınırlandırılmasının ve devrin şirket dışında başka bir organ veya kişinin onayının bağlı kılınmasının geçerli olmayacağı sonucuna varılmaktadır⁴³. Bununla birlik ETK hükümlerinin

³⁸ Şirket tarafından teminat istenmesinin bir yükümlülük değil hak olduğu; ancak bu hakkın diğer haklar gibi kötüye kullanmaya açık olduğu, bu yüzden teminat istemenin payları devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli bulunmasına hasredildiği kanaati için bkz. ERDEM, H. Ercüment, "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XXV, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17 Aralık 2011, s. 101.

³⁹ BOZKURT, **Bağlam**, s. 17-18.

⁴⁰ Bkz. 492 madde gerekçesi.

⁴¹ UZEL s. 65, 106-107.

⁴² Sadece nama yazılı pay senedine bağlanması öngörülen (nama yazılı) payların devrinin sınırlandırılacağı ilişkin görüşü için bkz. KENDİGELEN, **İlk Tespitler**, s. 401.

⁴³ Esas sözleşmeyle düzenleme zorunluluğu anonim şirketlerde temel sistem olan payın devredilebilirliğinin yerine ikame olan "sınırlı devredilebilirlik" sisteminin bir gereği olduğu yönündeki görüşü için bkz. ALTAY, s. 571.

aksine⁴⁴, esas sözleşmede bir sebep gösterilmeden, pay devirlerinin sınırlandırılması mümkün olmayacaktır⁴⁵. Bu çerçevede anonim şirketler, esas sözleşmede düzenleme yaparak, şirkete yeni katılacak kişilerin pay sahipliği yapısını ve pay sahipliğinin getirdiği oy hakkı gücünü kullanarak ortaklığının yapısını etkilemesine engel olabilecektir⁴⁶. Bir başka ifadeyle esas sözleşmesel bağlam kuralları, bilhassa şirketi iç ve dış yabancılaşmaya karşı koruduğu gibi⁴⁷, rakiplerin ortaklığa sızmasını da önlemeye yönelik bir usul olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan bağlam düzenlemeleri, mutlak bir hak olarak herkese karşı ileri sürülebilen özellik taşımaktadır⁴⁸.

Esas sözleşmeyle veya esas sözleşmede yapılan değişiklikle bağlam hükümlerinin konulması özel bir usule tabi değildir. Ayrıca, kuruluş aşamasında esas sözleşmeyle veya sonradan konulan bağlam yeni bir esas sözleşme değişikliği ile şartları daha da ağırlaştırılabilecektir⁴⁹. Bu bağlamda yapılan değişikliğin dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde ilgili hüküm TK m. 445 uyarınca iptal davasına konu olabilecektir⁵⁰.

1. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Paylarda Sözleşmesel Bağlam

Sözleşmesel bağlamın uygulanması Kanunda, borsaya kote edilmemiş (TK m. 493-494)⁵¹ ve borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından ayrı hükümlere tabi tutularak düzenlenmiştir (TK m. 495-498)⁵². Bu hükümlerin genel bir değerlendirmesinde, borsaya kote nama yazılı paylara ilişkin bağlam düzenlemelerinin, borsaya kote olmayan nama yazılı paylara göre daha dar belirlendiğini ifade etmek mümkündür⁵³.

⁴⁴ ETK m. 418/2'de, şirketin, esas sözleşmede sebep göstermeksizin devrinden kaçınabileceği belirtilmiştir.

⁴⁵ KARASU, s. 133-134.

⁴⁶ UZEL s. 105.

⁴⁷ TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 9-119.

⁴⁸ PULAŞLI, s. 124.

⁴⁹ Burada sözü geçen şartların ağırlaştırılabilmesi imkanı TK m. 493'te öngörülen bağlam kurallarının bu madde çerçevesinde ağırlaştırılmasıdır. Yoksa kanunda, esas sözleşmenin devredilebilirlik koşullarına, yeni koşullar ekleyerek yapılan bir koşulları ağırlaştırma değişikliği değildir, bu konuda bkz., KENDİGELEN, *İlk Tespitler*, s. 405.

⁵⁰ TEKİNALP, *Yeni Bağlam*, N. 5.01-03.

⁵¹ Bu hükümler, İsviçre 'deki anlayış gereği, genel bağlam düzenlemeleri olarak kabul edilmektedir, bkz. AKIN, s. 35.

⁵² Her iki sistemin ayrıntıları bakımından farklı düzenlendiği yönünde bkz. ALTAY, s. 594.

⁵³ AKIN, s. 35; BİLGE, Kerem, *Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 74.

a. Önemli Sebep

Payları borsaya kote edilmemiş⁵⁴ anonim şirket, esas sözleşmede yer alan önemli bir sebebi⁵⁵ belirterek onay talebini reddedebilecektir (TK m. 493/1)⁵⁶. Maddenin ilgili hükmü, maddedeki diğer fıkralarla birlikte değerlendirildiğinde izahı mümkün olmakta ve anlam kazanabilmektedir. Anonim şirket her türlü haklı görülebilecek sebebi “önemli sebep” olarak esas sözleşmesine koyamaz. Bu hükümlerden yola çıkarak bazı ilkeleri belirlemek mümkün olacaktır. Birinci ilke olarak, anonim şirketin esas sözleşmesine, haklı olarak düşünülebilecek her türlü nedeni, önemli sebep başlığı altında koyamayacağı ifade edilebilir. Şirketin haklı sebep anlamında gösterilebileceği hususlar öncelikle TK m. 493/2’de ifade edilen kategorilerin birine dahil olmalıdır. Ayrıca konulan önemli sebebin kanunda öngörülen haklı sebeplere uygun bir biçimde somut hale getirilmelidir⁵⁷. İkinci ilke olarak ise şirketin onay taleplerini ret sebepleri sadece payların

⁵⁴ Borsaya kote edilmemiş paylar deyimiyle, SerPK’nın 68/1 kapsamında, “borsa kotuna alınmamış nama yazılı payların kastedildiği; bu anlamda bir anonim şirketin çıkardığı nama yazılı paylar ya ilgili şirket halka açık ortaklık özelliği taşımadığı veya halka açık bulunmakla birlikte SerPK m. 68/1’e göre borsa ticaretine dahil olunmak için müracaat edilmediği veya müracaat yapıldığı halde, ilgili mevzuatta belirtilen şartların yerine getirilmesinden dolayı borsa kotuna alınmamış olması ifade edilmektedir, bkz. TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 9-12; Bozkurt, bağlam hükümleri için borsaya kote olma- kote olmama ifadelerinin mehzaz ülke olan İsviçre ile farklı borsa hukuku düzenlemelerine rağmen TK sisteminde kullanılmasının uygun olmadığı; burada kullanılması gereken kavramların SerPK’da yer alan “borsada işlem görme” ve “borsada işlem görmeme” şeklinde olması gerektiğini belirtmektedir, bkz. BOZKURT, *Pay Devri*, s. 65-66.

⁵⁵ Kanunda geçen önemli sebep kavramının, mehzaz kanunun (Art. 685b/1 OR) hükmünde geçen “wichtiger Grund” ibaresinin haklı sebep yerine özensiz bir çeviriyle önemli sebep olarak çevrilmesinden kaynaklandığını; kavramın, Ticaret Kanunumuzun diğer hükümlerinde haklı sebep olarak anıldığını, gerekçe haklı sebepten bahsedildiğini; bu uygulamadan burada vazgeçmenin uygun olmadığı haklı olarak söylenmiştir, bkz. AKIN, s. 37, dñn. 141; aynı kanaatte UZEL, s. 231; KARASU, s. 135; farklı kanaatte olan Sevi, kanunda sözü geçen “önemli sebep” teriminin “haklı nedenden” farklı anlama geldiğini belirten Sevi, borçlar hukuku kapsamında “haklı sebebin” sürekli borç ilişkilerini objektif olarak çekilemez hale getiren, güven ilişkisini zedeleyen, sözleşmeyi bu sebebe binaen fesih yetkisi veren her türlü olguyu kapsadığını, hakimnin bunu somut hukuki ilişki anlamında denetleyerek haklı sebep olarak kabul edebileceğini; önemli sebebin ise anonim şirketin menfaatlerini korumak adına payın serbestçe devredilebilirliğinin kısıtlanmasını haklı kılacak olgular olarak ifade etmektedir, daha fazla bilgi için bkz. SEVİ, s. 596-601; benzer görüş için bkz. ALTAY, s. 596.

⁵⁶ Kanunda pay senetleri yerine, pay teriminin kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu, zira SerPK m. 10/A uyarınca sermaye piyasası araçlarının kayıdileştirilmesi amacıyla 2005 yılında Merkezi Kayıt Kuruluşu’nun (MKK) ihdas edildiği; bu aşamadan sonra Merkeze bağlı anonim şirketlerin evrak şeklinde hisse senedi çıkaramayacakları; bu nedenle borsaya kote edilenlerin pay senetlerinin, paylar olduğu belirtilmiştir. Bu tür anonim şirketlerin, İsviçre doktrinde bazı yazarlar tarafından “özel anonim şirketler” olarak isimlendirildiğini; ancak bunun yanıltıcı olduğunu; zira mehzaz kanunda hiçbir şekilde özel şirketten, hatta şirketten bahsedilmediğini; düzenlemenin şirketi değil, payları esas aldığı ifade edilmiştir. Ayrıca Kanun maddesinde şirketin reddi önemli sebeplere binaen yapabileceği belirtilmekle birlikte gerekçe bu ibareler yerine “haklı sebep” ifadeleri kullanılmıştır. bkz. Gerekçe m. 491/1.

⁵⁷ Kanunun gerekçesinde de yer alan önemli sebebin esas sözleşmede somutlaşması hali, devreden kişinin, şirketin yaptığı devir işlemini kabul edip etmeyeceğine dair ön bir fikir oluşmasına katkı sağlayacaktır, bkz. PEKĐN-ÇER Tamer, “TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Bağlam, Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler*, Borsa Yayınları, İstanbul, 2011, s. 213; ayrıca bkz. TK 493/1 madde gerekçesi.

hukuki işlemle devrinde geçerli olduğu; üçüncü ilke ise devrin şirketin onay vermemesi halinde geçersiz olduğudur⁵⁸. Anonim şirket bu hüküm anlamında, önemli bir sebebi veya devredilen payı alternatifli bir silsile çerçevesinde almayı devredene önererek reddetme hakkına haiz olabilecektir.

Kanuna göre, esas sözleşmede yer alacak hükümler, pay sahipleri çevresinin bileşimine yönelik ise, bu hükümlerin varlığı şirketin işletme konusu veya işletmenin⁵⁹ ekonomik bağımsızlığı bakımından payın devrinin reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep sayılır (TK m. 493/2). Kanunda tahdidi olarak sayılmayan, sadece ana ilke olarak şirketin bütünlüğünü bozmamak esasına dayandırılan önemli sebepten ne anlaşılması gerektiği doktrinde örneklendirilerek izah edilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan örnek olarak, şirketin rakibi konumunda olan kişiler veya bunların yakınların pay alım talepleri; yabancı kişilerin şirkete dahil olma istekleri; bir mesleğe veya aileye mensubiyetin arandığı hallerde bu şartları taşımayan kişiler; benzer şekilde bir bölgeye mensubiyetin arandığı durumlar ve tek bir pay sahibinin belirli bir oranı aşan paylara sahip olamaması gibi hususlar sayılabilir⁶⁰.

b. Kaçınma Klozu

Kanunda anonim şirkete, payını devreden ortağa, paylarını başvuru anındaki gerçek değeri⁶¹ ile kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı teklif ederek de reddedebilme hakkı da tanınmıştır (TK m. 493/1). Bu

⁵⁸ Bkz. 493/1 madde gerekçesi.

⁵⁹ Kanun hükmünde geçen işletme ibaresinin haklı olarak şirket olarak anlaşılması yönündeki görüşü için bkz. AKIN, s. 39.

⁶⁰ TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N 9.127; bunların dışında, kişinin veya kişilerin sahip olmaları gereken niteliklerin önemli olduğu haller (örneğin, pay sahibi olmada YMM olmak gibi); ekonomik bağımsızlığın korunması, kontrol değişikliği (örneğin şirketler topluluğuna dahil olmanın engellenmesi için bağlam hükümlerinin konulması) gibi hususlar önemli sebepler örnek olarak gösterilmektedir, bu konuda bkz. AKIN, s. 52 vd.; SEVİ, s. 283; benzer örnek konular ve bu konuların içeriğiyle ilgili mukayeseli tartışmalar için bkz. BOZKURT, **Bağlam**, s. 83 vd.; Uzel, konuyla ilgili örnekleri, reddi haklı gösterecek dayanaklar ve reddi haklı göstermeyecek dayanaklar olarak iki kategoride incelemiştir. Tekinalp'in aksine ailesel temele dayalı sözleşme hükümlerini; bölgesel veya coğrafi aidiyet esasına dayalı hükümleri; vandaşlık şartına bağlı hükümler olarak önemli bir sebep kabul etmeden, reddi haklı göstermeyecek dayanaklar arasında saymıştır. Bkz. Uzel, s. 259 vd.

⁶¹ Burada bahis konusu olan gerçek değeri kanun tanımlamamış, konu doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır (bkz. 493/1. madde gerekçesi).. Tekinalp, gerçek değeri, bilanço esas alınarak, anonim şirketin bir bütün halinde ve şirketin faaliyette bulunması temeline dayanarak belirlenen değer olarak tanımlamış. Bu değere mevcutsa good will (peştamaliye)'nin de dahil olduğunu ifade etmiştir (TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6-19). Bozkurt, gerçek değerinin belirlenmesinin iktisatçıların iş olmakla birlikte, onların çalışmalarından da hareketle, gerçek değer tespitinde önemli olan verimlilik değerinin belirlenmesinde pek çok iktisadi yönetimin kullanıldığını, bunlardan biri olan "net aktif değerden "çok" düzeltilmiş net aktif değer" yönteminin uygulanmasının Türk hukuku bakımından daha sağlıklı olacağını ifade etmiştir (BOZKURT, **Bağlam**, s. 182-183).

hükümle, pay senetlerini gerçek değeri üzerinden devralma teklifinde bulunabilme imkanı verilen anonim şirket, bir vesile kabul etmeyeceği devirlerden kurtulabilecektir. Uluslararası uygulamada ve doktrinde escape clause (kurtuluş, kaçış klozu, kaçınma klozu)⁶² olarak adlandırılan bu hükümle, aile tipi anonim şirketlerin bilhassa kapalı anonim şirketlerin yabancılaşmasının veya kendine has özelliklerini kaybetmesin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu uygulamanın kullanılabilmesi için esas sözleşmede şirketin payı devralacağına dair hükmün bulunmasına gerek olmaması⁶³, şirket açısından önemli bir kolaylık olarak görülebilecektir⁶⁴.

Şirket pay devrini haber almasından sonra herhangi bir gerekçe ileri sürmeden, devralanın şirkete onay için başvurması akabinde bu klozu kullanabilecektir. Bu kullanım esnasında şirket yönetimi, gerekli özeni göstererek, eşit işlem ilkesine ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde davranmak zorundadır⁶⁵. Böylece şirket, özellikle esas sözleşmede önemli bir sebebin yazılmadığı hallerde de, devredene yönelteceği, kurucu yenilik doğuran bir hak niteliği taşıyan beyanla bahis konusu payları alabilecektir⁶⁶.

Anonim şirketin devredilen payları kendi adına almak istemesi durumunda, TK 379. madde hükmünde bulunan “şirketin kendi paylarını iktisap” yasağına

⁶² Kaçış klotuyla şirketin istenmeyen kişinin ortak olmasını; ortağın ise istemediği yerde durmaktan kurtulduğunu, bu klotun kanunda yer almasının, bir bakıma, eTTK’da yer alan sebep göstermeden şirkete ortak olunmasını reddetme hakkının modern versiyonu olarak anonim şirketlerin adil işleyişine uygun bulunduğu yönündeki görüşleri için bkz. AKIN, s. 75; Bozkurt bu klozu, kaçınma klozu olarak adlandırmış; söz konusu klotun kullanılmasıyla ilgili, esas sözleşmede bu kloza dair hükümlerin caiz olup olmasının gerekip gerekmediği; şirketin alım teklifinin bir bedel ihtiva edip etmeyeceği; değerlendirme giderlerine kimin üstleneceği gibi bazı sorunların olduğu ifade etmiştir, daha fazla bilgi için bkz. BOZKURT, Tamer, “Yargıtay Kararları Ekseninde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Paylarla İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Sempozyum Tarihi, 17.12.2021, Ankara, 2021, s. 130.

⁶³ Tekinalp, esas sözleşmede, payların şirket tarafından satın alınacağına ilişkin hükmün yer almasına gerek olmadığı halde, TK 492/1’in metne dahil olan kenar başlığı uyarınca sadece nama yazılı payların anonim şirketin onayıyla devredilebileceğine ilişkin hükmün bulunmasının yeterli olacağını; böylece anonim şirketlere kanuni bir ön alım hakkı tanındığını ifade etmiştir. Bkz. TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6-15; ALTAY, madde gerekçesindeki, bu imkanın kullanılması için esas sözleşmede buna dair hüküm bulunması gerekmez değerlendirmesini hükmün bulunması zorunluluğunu kabul edip, esas sözleşmede alım hakkına ilişkin hükmün bulunmasına gerek olmadığı şeklinde anlama görüşün katıldığını ancak bu konunun netleştirilmesini önerdiğini ifade etmiştir, ALTAY, s. 603; benzer görüş için bkz. BOZKURT, **Bağlam**, s. 137; bu hakkın kullanımı için esas sözleşmede konuyla ilgili bir hükmün bulunmasına gerek olmadığını TK m. 492/1 hükmünü dikkate almadan yaptığı değerlendirme için bkz. UZEL, s. 305; benzer yönde bkz. SEVİ, s. 272.

⁶⁴ Bkz. TK. m. 493/1 gerekçesi.

⁶⁵ Kaçınma klozu şartları, uygulama alanı ve sınırları için bkz. BOZKURT, **Bağlam**, s. 139 vd.

⁶⁶ ALTAY, s. 602; Bozkurt, bu beyanı, önerinin (icabın) esaslı unsurlarını içermiyorsa, bağlayıcı olmayan öneriye davet (icaba davet) olarak nitelendirmektedir bkz. BOZKURT, **Bağlam**, s. 156.

tabi olmadan, genel kurala istisnai bir uygulama olarak, gerçek değer üzerinden kendi adına ve alım yaptığı kişiler hesabına hareket edebilecektir⁶⁷. Burada devralan alım için esas olan gerçek değer belirlenmesini şirketin merkezinin yer aldığı asliye ticaret mahkemesinden talep edebilir. Mahkeme, şirketin gerçek değerini karar vereceği ana göre belirler. Devralan bir ay içerisinde öğrendiği bu değere itiraz etmez ise şirketin devralma teklifini benimsemiş sayılır (TK m. 493/5-6).

c. Devralanın Payları Kendi Adına ve Hesabına Alım Beyanı

Anonim şirket, önemli sebep ve gerçek değerden satın alma teklifi dışında, devralanın, nama yazılı payları kendi adına ve hesabına aldığını açık bir şekilde beyan etmemesi halinde, devralanı pay defterine kayıttan imtina edebilir (TK m. 493/3). Bu hükümle, doktrinde “saman adam”⁶⁸ adı verilen gerçek olmayan kişiler üzerinden pay sahibi olunması engellenmek istenmiştir⁶⁹. Bir başka ifadeyle şirket, kanunun verdiği yetkiye dayanarak, görünürde şirket şartlarına uygun olan kişi tarafından, aslında pay sahibi olunması istenilmeyen bir kişi hesabına yapılan pay alımlarına mani olabilecektir.

Devralanın beyanda bulunmaması durumunda, varsayımsal olarak devrin arkasında bir başka kişi olduğu kabul edilir. Beyanın makul bir zaman dilimi içerisinde yapılmaması durumunda şirket, devralandan beyanda bulunmasını isteyebilir. Bu teklif ve devralanın cevabi beyanının ispat kolaylığı bakımından yazılı olması uygun olacaktır⁷⁰.

Devralanın açıklama yapması ancak bu beyanın doğru olmaması halinde, şirket üç şekilde davranabilir. Öncelikle şirket, açıklamanın yanlış olduğunu ispatlayabilecek ise, onayı kabul etmeyebilir. Devralan karara karşı iptal ve pay defterine kaydın yapılması için dava açabilir. İkinci olarak, şirket beyanın doğruluğuna inanıp onay vermiş ancak sonradan beyanın yanlış olduğuna dair deliller ortaya çıkmışsa, TK m. 500 uyarınca yönetim kurulu kaydı silebilir. Bu karara karşı devralan dava açabilir. Son olarak, beyanın gereceği yansıtmadığı sonradan anlaşılmış, ancak bu ara yönetim kurulu değişip, kaydın silinmesi reddedilmişse, kaydın silinmesi davasını her pay sahibi veya eski yönetim kurulu TK m. 493/3 ve 500’e dayanarak açabilir⁷¹.

⁶⁷ Bkz. TK m. 493/1 gerekçesi.

⁶⁸ Tekinalp, bu tür kişiler için “manken” ibaresini kullanmıştır, bkz. TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6-23.

⁶⁹ AKIN, s. 73-74.

⁷⁰ TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6-23, 24.

⁷¹ TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6-25.

d. Kanuni Devir Halleri

Payların; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi düzenlemeleri veya cebri icranın uygulanması sonucu iktisap edilmeleri halinde, şirket, payları devralan kişiye sadece payların gerçek değeri ile devralmayı teklif etmiş olması halinde onay vermeyi kabul etmeyebilir (TK m. 493/4)⁷². Söz konusu hükümden görüleceği üzere, şirket onay kararı alırken gereken özen ve sadakat borcu ile eşit işlem ilkelerine riayet etmelidir. Bu anlamda, eğer şirket devre onay vermeme kararında ise elinde, kaçış klotunu kullanmaktan başka imkan kalmayacaktır⁷³.

Kanuni devir hallerinde, esas sözleşmesel bağlamın uygulanmasında temel ilke olarak alınan birlik teorisinin yerine, bir nevi bölünme teorisinin kabul edildiği ilgili madde hükmünden anlaşılmaktadır⁷⁴.

e. Hakların İntikali

Borsada işlem görmeyen nama yazılı payların üzerlerinde bağlam olduğu takdirde bunların devredilmelerinin hükümlerini, konusu hukuki işlemle devir anlamına gelen iradi devir ile kanun da ifadesini bulan (miras, miras paylaşımı, eşler arasında bulunan yasal mal rejimi veya cebri icra gibi haller) konular için geçerli olan kanuni iktisap halleri (özel iktisap halleri) şeklinde iki başlıkta değerlendirmek mümkündür⁷⁵.

Borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı payların devrinde, kural olarak, söz konusu devre şirketin onayın olmadığı hallerde, payların mülkiyeti ve paylara bağlı bütün haklar⁷⁶ devredende kalır (TK m. 494/1). Üzerinde bağlam olmayan nama yazılı pay senetlerinin devri için sadece ciro ve zilyetlik devri yeterliken, bu tür paylarda mülkiyet, ancak anonim şirketin kurucu ve makable

⁷² Kanuni devir halleri olarak ifade ettiğimiz bu konulardan doğan nama yazılı pay senedinin gerçek değeri üzerinden alınmasına ilişkin hak, doktrinde çeşitli kavramlarla izah edilmiştir. Arslanlı, kanuni şufa hakkı (ARSLANLI, **Pay Sahipliği**, s. 286; PULAŞLI, s. 216; YILDIZ, Şükrü / ÖZBAY, İbrahim, “Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f. 4’de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerdan Satın Alma Hakkı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XXII**, 15 Aralık 2006, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 10; ALTAY, s. 586; iştirâ (alım); SEVİ s. 221, satın alma hakkı kavramlarını kullanılmıştır.

⁷³ AKIN, s. 122.

⁷⁴ AKIN, s. 123.

⁷⁵ BOZKURT, **Yeni Bağlam**, s. 202.

⁷⁶ Paylara bağlı bütün haklardan, mali ve yönetsel tüm hakların anlaşılması gerektiğini; bunun pay sahipliğindeki bölünmeyi ortadan kaldırmayı amaçlayan TK m. 493/1’in ruhuna uygun düşeceğine ilişkin görüşü için bkz. AKIN, s. 113.

şamil nitelik taşımayan onay kararı ile geçerli olur⁷⁷. Bu durum nama yazılı hisse sentlerinin ciroyla devri⁷⁸ konusunda istisnai bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Devrin şirket tarafından onanmasıyla, mülkiyetin dışında pay/pay senetlerine bağlı malvarlığı ile yönetim ve denetime bağlı haklar da devralana intikal eder. Söz konusu hakların, onayın gerçekleşmesine bu şekilde bağlanması birlik teorisini ortaya çıkarmakta, eTTK döneminde olduğu gibi hakların kullanımında bir parçalanma olmamasını sağlamaktadır⁷⁹.

Görüleceği üzere, bağlı nama yazılı payların devri sonrası hakların geçişiyle ilgili olarak doktrinde üretilen teorilerden birlik teorisi kabul edilmiştir. Payın bölünmezliği ilkesine dayanan teoriye göre⁸⁰, pay senetlerinden doğan haklar olarak nitelendirilebilen, pay sahipliği, mal varlığı ve üyelik hakları gibi haklar senetten ayrı olarak devredilemez. Bu sebeple, talep ve sorumluluklar bakımından bir bütün oluşturan söz konusu hakların, pay sahibi, ortaklık veya esas sözleşmelerdeki düzenlemelerle bölünerek, parçalanarak zamanla bağımsızlaştırmayacağı; böylece bazı kişilerin üyelik hakkı sahibi, bazılarının ise mal varlığı haklarının sahibi şeklinde düzenlenmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir⁸¹.

6742 sayılı Ticaret Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, bağlı nama yazılı paylar için geçerli olan bölünme teorisi, nama yazılı paylar üzerindeki bağlamın, devri etkilemeyeceği esastan hareketle izah edilmiştir⁸². Nama yazılı paylardan doğan haklar, yönetim hakları (katılım) ve mali haklar olarak ikiye ayrılabilir. İşte söz konusu bu payların, usulüne uygun olarak devredilmesine rağmen, şirket tarafından bir sebebe istinaden pay defterine kaydedilmemesi halinde, bahsi geçen malvarlığı hakları ve mülkiyet devralana geçmek-

⁷⁷ Burada ifade edilen onay kararının kurucu olduğu; makale şamil olmadığı, kanunun mülkiyetin geçişini başvuru anı değil, şirketin onayı kabul ettiği anı dikkate aldığı yönündeki görüşü için bkz. AKIN, s. 112; Uzel, s. 66; Erdem, şirketin onay verene kadar devreden pay sahipliğinin askıda hükümsüz olduğunu; onayın verilmesiyle devralanın geçmişe etkili olarak pay sahipliği sıfatını kazanacağını ifade etmektedir, bkz. ERDEM, s. 112.

⁷⁸ Bağlı nama yazılı paylarda ciro ile devrin yapılması sonucu, devralan, şirkette başvuru hakkına ve devre onay verilmesine yönelik bir beklentiye (beklenen hakka) kavuşur, bkz. SEVİ, s. 258; BOZKURT, **Bağlam**, s. 204-205.

⁷⁹ TK m. 493/1 gerekçesi.

⁸⁰ Maddenin gerekçesinde bu teori, “paysahipliği haklarının bütünlüğü” ilkesi olarak da adlandırılmıştır, bkz. TK m. 497 Gerekçesi.

⁸¹ PULAŞLI, s. 173; NARBAY, Şafak, **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 303; teorisinin diğer özellikleri ve değerlendirmeler için bkz. ALTAY, s. 609-610; AKSOY, s. 308-309; BOZKURT, **Bağlam**, s. 205; SEVİ, s. 284; AKIN, s. 14.

⁸² SEVİ, s. 284.

te; bu geçiş aynı zamanda ortak olmakla ilgili bir beklentiyi de doğurmakta; paydan doğan yönetim hakları ise devredende⁸³ kalmaya devam etmektedir.⁸⁴

Kanuni devir halleri olan, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra durumlarında payların mülkiyeti ve bunlardan neşet eden malvarlığına dair haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana intikal eder. Şirket, onaylamaya dair talebi, bu talebi aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksız bir nitelik taşıyorsa onay verilmiş sayılır (TK m.494/2,3)⁸⁵. Bir başka ifadeyle, payların mülkiyeti devralana hemen; iptal ve butlan davasının ikame edilmesi, oy hakkı, bilgi edinme hakkı gibi genel kurula katılma hakkından doğan hakların askıda kalması kabul edilmiştir. Bu durumda, bir bakıma pay sahipliği konusunda bölünmenin meydana geldiğinde bahsedilebilir. Kanun, şirketin insicamını bozmadan, söz konusu üç devir halinde, devreden haklarını korumak için makul kabul edilebilecek bir tarzda genel düzenlemenin aksine bölünmeye müsaade etmiştir⁸⁶.

Payların devrinin şirket tarafından onanmaması halinde devralan, reddin iptalini, şartları varsa eda davası niteliğindeki tazminat davasını, ispat yükü kendinde olmak üzere beş yıllık zaman aşımı süresinde açabilir. Davanın kazanılması halinde, devralan geriye etkili olarak talep tarihinden itibaren ortak sıfatını kazanır. Devralan bu davada çeşitli sebepler ileri sürebilir. Örnek olarak, ret sebebinin esas sözleşmede gösterilmemiş olması; önemli sebebin şartlarının yerine gelmemesi; reddin üç aylık süre geçtikten verilmesi; aşırı miktarda teminat istenmesi gibi haller verilebilir⁸⁷.

⁸³ Narbay, devrin gerçekleşmesinden itibaren mülkiyeti kazanan ancak şirketin bağlam sebebiyle devri onaylamamasından dolayı sadece mali hakları kazanan devralanı, “maddi pay sahibi”; maddi olarak pay sahibi olmayan ancak pay defterinde halen pay sahibi görünen devredeni ise “pay defteri hissedarı” olarak adlandırmaktadır, bkz. NARBAY, **Pay defteri**, s. 305.

⁸⁴ Bu teori hakkında yerli ve yabancı literatürden yararlanarak yapılan açıklamalar için bkz. PULAŞLI s. 179-182; BOZKURT, **Bağlam**, s. 202, dñn. 726; AKIN, s. 15; Doktrinde birlik ve bölünme teorilerinin dışında, intikal teorisi, askıya alma teorisi, mülkiyeti terk etme teorileri de mevcuttur, bu teorilerin geniş izahı için bkz. PULAŞLI, s. 174-179; AKIN, s. 15-17; ayrıca “ihbar teorisi” adı verilen başka bir teori için bkz. AKSOY, s. 307.

⁸⁵ Kanunun, burada, anonim şirketin gerçek değerden satın alma teklifinin neticelenmesine (TK m.493/4) kadar pay sahipliği haklarında “askıda bölünme” kuralının benimsediği belirtilmiştir., bkz. TEKİNALP (PORPY/ÇAMOĞLU), N. 1155.

⁸⁶ TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6.27.

⁸⁷ TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 6. 38-42.

2. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Paylarda Sözleşmesel Bağlam

Anonim şirketlerin ülke ekonomisine daha fazla katkı sağlayabilmeleri, küçük sermaye sahiplerini yatırım sahalarına çekmek ve bu vesileyle kazançları artırarak aile bütçelerine katkı sağlamak, bir nevi yastık altı birikimleri atıl halden, ekonomik fayda üretir hale getirmek adına teşkil edilen halka açık anonim şirketler, bu faaliyetlerini, şeffaf, denetlenebilir ve sermaye piyasası araçlarının seri bir şekilde alınıp satıldığı borsalarda gerçekleştirmektedirler. Bu anlamda, borsada işlem gören bağlı nama yazılı payların durumu özel bir önem arz edecektir.

Ticaret Kanununda borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda kanunen iki halde bağlam sisteminin uygulanacağı ifade edilse bile, Borsada alım-satım uygulamasının hangi usul ve esaslara tabi olarak gerçekleştirileceğini izah eden Yönerge farklı bir şey söylemektedir⁸⁸. Gerçekten Kotasyon Yönergesinin 8/1-ç hükmüne göre, Borsada işlem görecektir şirketin payları üzerinde, pay üzerinde hak sahibinin söz konusu haklarını kullanmasına mani olacak kayıtların yer almaması ve şirket esas sözleşmesinde, payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı hükümler ihtiva etmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Kanun ile Yönerge arasındaki bu farklılaşma her ne kadar yönergelerin, kanuna aykırı olamayacağı ve bu anlamda kanunun tercih edileceği genel hukuk mantığı içerisinde kabul edilecek olsa bile, uygulamanın Yönerge dahilinde olacağı realitesi karşısında durum biraz daha çözümü zor hale gelmektedir.

a. İktisap Sınırının Aşılması

Anonim şirket, borsada işlem gören (kote edilen)⁸⁹ nama yazılı payların iktisabı halinde, esas sözleşmede hüküm olması şartıyla sermayenin belirli bir yüzdelik üst sınırının aşılmış halinde, devre onay vermeyebilir (TK m. 495/1). Bu hüküm yabancılaşmayı önlemek adına, borsaya kote edilen payların borsadan alınması şartına tabi olmak kaydıyla daha önceden belirlenmiş yüzdesel sınırın aşılması durumunda şirket yönetim kuruluna bir hak olarak tanınmıştır⁹⁰.

⁸⁸ Bu konuyla alakalı olarak, Borsa İstanbul A.Ş. tarafından 29.09.2023 revizyon tarihli 14.7.2015-13.11.2015 Onay tarihli, 04.YÖN.01 Kodlu Kotasyon Yönergesi çıkarılmıştır.

⁸⁹ Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği (R.G.19.10.2014/ S. 29150) ne göre kotasyon, sermaye piyasası araçlarının Borsada işlem görmesi adına Borsa kotuna alınmasını ifade eder (m.4/i) Yönetmelik) Yine aynı Yönetmeliğe göre, sermaye piyasası araçlarının yönetim kurulunca kotasyona alınabilmesi; ihraççının faaliyet süresi, hukuki ve finansal vaziyet, özsermayesi, sermaye piyasası unsurunun piyasa değeri, halka açılımda söz konusu açıklık oranı, ihraç miktarı ve benzeri kıstaslar dikkate alınarak gerçekleştirilir (m. 14/1,3); Akın bu hükümlerle, TK'nın borsaya kote olan payların tedavül yeteneğini öncelediğini, bu sebeple gerek bağlam hükümlerinde gerekse payların mülkiyetinin iktisabında daha az sınırlayıcı ve daha liberal bir yaklaşım sergilendiğini ifade etmektedir, bkz. AKIN, s. 16.

⁹⁰ TK m. 495/1 gereğince.

Burada, şirketin, payın iktisabında üst sınırın aşılmasından bahisle ret kararı verebilmesi için; esas sözleşmede yer alan bir hükümlerle, sermayeyi (esas veya çıkarılmış sermaye) esas alan bir üst sınır belirlenmesi ve söz konusu sınırın aşılması halinde yönetim kuruluna onay vermemeyi bir sorumluluk veya takdir hakkı kullanarak ret kararı verme yetkisi tanınmalıdır⁹¹.

b. Devralanın Payları Kendi Adına ve Hesabına Alım Beyanı

Borsada işlem gören nama yazılı payları devralan kişi, talepte bulunmasına rağmen, söz konusu payları kendi adına ve hesabına aldığını beyan etmez ise, şirket pay defterine, payların kaydını yapmayabilir (TK m. 495/2). Bu hükmün, birinci fıkrada devralana tanınan imkanın dolanılmasına engel olmak için konulmuştur⁹².

c. Kanuni Devir Halleri

Kanuni devir halleri olarak kabul edilen nama yazılı payların, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra yoluyla devredilmeleri durumunda, devralanın pay sahibi sıfatını kazanması şirket tarafından, aynen borsaya kote edilmeyen paylarda olduğu gibi reddedilemez (TK m.495/3).

d. Hakların İntikali

(a) Borsada Devir

Borsaya kote edilmiş kaydıleştirilmiş⁹³ nama yazılı payların borsada iktisap edilmeleri⁹⁴ durumunda, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak, Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK)⁹⁵, devreden kimliğini ve devredilen payların sayısını şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere teknik erişimi sağlar (TK m. 496). Kayıt altında bulunan sermaye piyasası araçları üzerindeki hakla-

⁹¹ TEKİNALP, *Yeni Bağlam*, N. 7.13.

⁹² Bkz. TK m.495/2 gerekçesi.

⁹³ SerPK'ya göre kaydıleştirme, senede bağlanmayan sermaye piyasası araçlarının elektronik ortamda kaydının tutulmasıdır. Bu anlamda kayıt altına alınan sermaye piyasası araçları, nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmaksızın isme açılmış hesaplarda takip edilir (SerPK m. 13/1,2).

⁹⁴ Borsada iktisap, payların işlem gördüğü piyasada aracı kurum vasıtasıyla satın alınması anlamına gelir. Borsada gerçekleştirilen alım-satım işlemlerinin ayrıntıları için bkz. AKIN, s 152.

⁹⁵ Merkezi Kayıt Kuruluşu, anonim şirket şeklinde biçimlenmiş bir yapı olarak, sermaye piyasası araçlarının kaydıleştirilmesi konusundaki işlemler yürütmek; bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri olarak kayden takip etmek, merkezi saklamasını yapmak ve Kurul tarafından sermaye piyasası mevzuatı kapsamında kendine yüklenen diğer vazifeleri gerçekleştirmek amacıyla kurulmuş bulunan özel hukuk tüzel kişiliğini sahip şirketi ifade eder (SerPK m. 3/p).

rın üçüncü kişilere yönelik olarak dermeyan edilebilmesinde MKK'ya yapılan bu bildirim tarihi baz alınır (SerPK m. 13/5).

Pay defterinin gerçek durumunu göstermesini sağlamak amacıyla konulan bu hükmün uygulanmasıyla şirket, payların yeni sahibini isim olarak bilmese dahi, pay defterinde ismi yazılı kişinin artık payların sahibi olmadığını anlayacaktır. Böylece şirket, paya bağlı haklar (oya bağlı haklar hariç) konusunda kiminle muhatap olacağını bilecek, ona göre hareket edecektir. Şirket, pay devrine ilişkin bilgileri, MKK yanında aracı kurumlardan da alacaktır. Bu şekilde payların devri hakkındaki bilgilerin doğruluğunu bir nevi teyit etmiş olacaktır⁹⁶.

Borsaya kote nama yazılı paylar, borsada devredildikleri durumda, paylardan doğan haklar, devir işlemi ile birlikte devralana geçer (TK m. 497/1)⁹⁷. Bu durumda halka açık ortaklık⁹⁸ niteliği de taşıyan şirket, borsada gerçekleştirilen işlemler sonrasında satın alınan payların, pay defterine kaydedilmesinden imtina edemez (SerPK m. 137/3)⁹⁹.

Bununla birlikte, devralan şirket tarafından tanına kadar, genel kurula katılma ve buna bağlı oy hakkı ile oy hakkına ilişkin diğer haklardan istifade ede-

⁹⁶ TK m.496 gerekçesi.

⁹⁷ Kanunda, paylardan doğan hakların devir işlemi ile birlikte devralana geçeceği belirtilmekle birlikte, devrin geçiş anından ne anlaşılması gerektiği net olarak açıklanmamıştır. Tekinalp, paylardan doğan hakların geçişi için, devir işlemi ve MKK'ya bildirimin gerekli olduğunu; bunlardan sonradır ki mülkiyetin “ipso iure” devralana geçeceğini genel olarak ifade etmiş, geçiş anına ilişkin bir açıklamada bulunmamıştır. (bkz. TEKİNALP, **Yeni Bağlam**, N. 7-23, b; buna mukabil, Akın, hakların geçişinde dikkate alınması gereken anın, satım sözleşmesinin akdedildiği an değil, Takasbank'taki (borsada alıcı ve satıcı adına aracı kurumların yaptıkları alım-satım sözleşmelerinde takas ve saklama işlemlerini gerçekleştiren sermaye piyasası kuruluşu) netleştirme işlemi (borsada aracı kurumun müşterisinin hesabına satım tutarını/hisseyi aktarması) sonrası gerçekleşen tasarruf işleminin tamamlanması anı olduğunu haklı olarak ifade etmiştir (bu konularda daha fazla açıklama için bkz. AKIN, s. 152 vd.

⁹⁸ Halka açık ortaklık, bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu finansmanı Kurul'un izniyle toplayanlar hariç, payları halka arz edilmiş veya halka arz edilmiş sayılan anonim şirketleri ifade eder (SerPK m.3/e).

⁹⁹ Bozkurt, bu hükmün iyi kaleme alınamadığını, burada bahsi geçen. “borsada gerçekleştirilen işlemler “ifadesinden, bu piyasada işlem gören nama yazılı payların borsada satın alınmasında, devir sınırlamalarına tabi olmayacağını beyan edildiğini söylemektedir. Yazar ayrıca, eski Kanun döneminde kullanılan, “pay defterine kayıttan kaçınma” ibarelerinin burada yer almasının yanlış anlamalara neden olduğunu; hükmün vurgulamak istediği hususun, borsada satılan nama yazılı paylar üzerindeki bağlama ilişkin kuralların uygulanamayacağı yönünde bulunduğunu; “pay defterine kayıttan kaçınmama” halinin ise anonim şirketin başvuru halinde veya MKK kayıtlarını esas alarak başvuru olmasa bile kaydı payların devrini pay defterine yazabileceği şeklinde anlamıştır., bkz. BOZKURT, **Yeni Bağlam**, s. 296-299; Akın da bu hükmün, üstünlüğü kaleme alındığını; TK yürürlüğe girdikten altı ay sonra yapılan söz konusu düzenleme ile değişik bir anlayışın ortaya konulmak istendiğini; SerPK ile TK hükümlerinin birlikte nasıl uygulanacağını bir sorun olarak ortaya çıktığını belirtmiştir, bkz. AKIN, s. 127; Uzel, bu hükmü, payın iktisabının borsa içi olması durumunda, üçüncü kişinin en azından oydan yoksun pay sahibi olarak kaydedilmesini; tanınma talebi sonrasında ise pay defterine kaydın yapılması zaruretinin bulunduğu şeklinde yorumlamaktadır, bkz. UZEL, s. 75.

mez, bunları kullanamaz¹⁰⁰. Bu esnada devralan, pay defterine, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak yazılır. Bunlar genel kurulda temsil edilemez. Devralan tanınma talebinin reddedilmesi halinde, ret kararına karşı açtığı davayı kazanmışsa şirket, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren oy hakkını ve bundan doğan hakları tanımak zorundadır. (TK m. 497/2,3,4).

Kote olunmuş nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde¹⁰¹, paylardan kaynaklanan haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunulup talebin onaylanmasıyla devralana geçer (TK m. 497/1) Şirket, devralanın, pay sahibi olarak tanınması talebini, talebi aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde reddetmezse devralan, pay sahibi olarak tanınmış olarak kabul edilir (TK m. 498).

(b) Pay Defterine Kayıt

Bağlı nama yazılı payların mülkiyetini ve ticari defterler arasında sayılan pay defterine (TK m. 64/4) kayıt beklentisini elde eden devralan kişi, anonim şirkete müracaat ederek pay defterine kaydını isteyebilir. Şirket başvuru üzerine, söz konusu payların kanuna ve esas sözleşmeye uygun bir biçimde, düzgün ciro zinciri ile meşru hamil olarak devralındığına, bir başka ifadeyle usulüne uygun olarak devredildiğine kanaat getirirse, pay defterine kaydı gerçekleştirebilir (TK m. 499/2)¹⁰². Bu kayıt kurucu değil açıklayıcıdır¹⁰³.

Şirket pay defterine, nama yazılı pay senedi sahipleri dışında, senede bağlanmamış pay ve intifa hakkı sahiplerini de, ad, soyad, unvan ve adresleri ile birlikte kaydeder. Şirket bu süreçte, pay senedinin varlığı halinde, bu kaydı senet üzerine de işaret eder. Böylece şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı olan kişi, pay sahibi ve intifa sahibi olarak muhatap alınır (TK m. 499/1-3).

Borsaya kote edilen ve MKK tarafından kaydı tutulan nama yazılı payların, pay defterine kayıt hususunda SerPK hükümleri ile diğer düzenlemeler ayrı tutulmuştur (TK m. 499/4).

¹⁰⁰ Maddenin gerekçesinde, TK 494. maddede yer alan “payların bütünlüğü” (birliği) ilkesinden ayrıldığını; bu farklı anlayışın sebebinin, borsaya kote payların devri sonrası, şirketin, devri kabul etmemesinin borsaya güveni sarsacağı, belki tamamen ortadan kaldıracağı; bu sebeple mülkiyetin iktisabının reddedilmesinin sisteme uymayacağı; oysa sadece hamile yazılı payların değil, nama yazılı paylarında borsada yeri olması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. TK 497/Genel Gereği.

¹⁰¹ Borsa dışı iktisap, borsaya kote payların alınıp-satıldığı pazarın haricinde alıcı ve satıcının yüz yüze bulunup, birbirleri ile görüşerek yaptıkları alım-satım işlemini anlatır (AKIN, s. 154).

¹⁰² NARBAY, **Pay defteri**, s. 209.

¹⁰³ Kaydın açıklayıcı olduğuna ilişkin bilgiler için bkz. TK m. 499 Gereği.

Payları devralanın yanlış beyanı neticesinde, pay defterine yapılan gerçek olmayan kayıt, şirket tarafından ilgililerin görüşleri alınarak silinebilir. Silinmeye dair bilgiler yazılı olarak söz konusu kişilere yazılı olarak bildirilir (TK m. 500).

III. BAĞLI NAMA YAZILI PAYLARIN YER ALDIĞI ANONİM ŞİRKETE TMSF’NİN KAYYIM OLARAK ATANMASI

A. Genel Olarak TMSF’nin Görev ve Sorumlulukları

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF)¹⁰⁴, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler kapsamında tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması gayesiyle, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon’a devredilmiş bankalarının idaresi, mali yapıların kuvvetlendirilmesi, gerektiği hallerde yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satımı, tasfiyesi, Fon’a ait alacakların takip ve tahsiline dair işlemlerin idaresi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının yönetilmesi ve Kanunla kendisine tevdi edilen diğer vazifelerin ifası amacıyla kurulan idarî ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi olarak kurulmuştur (BanK. m. 111/1)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ TMSF, Temmuz 1983 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) bünyesinde, tasarruf mevduatını sigorta etmek amacıyla kurulmuştur. Ülkemizde yaşanan 1994 tarihli ekonomik kriz sonrası yetkileri genişletilmiş, bu anlamda bankaların mali taraflarını güçlendirme ve lüzumu halinde yeniden yapılandırma görevi verilmiştir. Fon, 1990 yılların sonunda, önce Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna (BBDK) bağlanmış, ardından da özerk bir yapıya kavuşturulmuştur. 2005 yılında kabul edilen 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (R.G. 01.11.2005./ S.0 25983 (Mük.) kapsamında yetkileri genişletilmiştir. 2016 darbe teşebbüsünden sonra 01.09.2016 tarihli 674 Sayılı KHK (sonrasında 10.11.2016 tarihinde 6758 sayılı düzenleme ile kanunlaştırılmıştır) ile terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ve irtibatlı sebebiyle Ceza Muhakemesi Kanunun 133. maddesi gereğince kayyım atanan/atılacak şirketlerdeki kayyımlik görev ve yetkilerinin Fon’a devredilmesine karar verilmiş ve söz konusu KHK ile el konulan şirket ve mal varlıklarının satış ve tasfiyesine yönelik hükümler düzenlenmiştir (Fonun tarihçesi için bkz. www.tmsf.org.tr); bu Kanun sonrası TMSF’nin artan kayyımlik görevleri dolayısıyla daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır, önce 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile (R.G. 31.7.2018/S. 30495) konuyla alakalı Geçici 1. madde eklenmiştir. Bu düzenlemeye son olarak 7539 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun (R.G. 04.02.2025/ S. 32803) 7. maddesiyle eklenen Geçici 2. madde ile daha ayrıntılı düzenlemeye gidilmiştir.

¹⁰⁵ Fonun hukuki niteliği konusunda Ayhan, Fonun özel sigorta yapmayacağını, buna yetkili olmadığını; Fon’un Bankalar Kurulunca tespit edilen tutarlar kapsamında, “garanti” etmek vazifesi verilen, bu sebeple riskleri üstlenen, buna mukabil kar amacı gütmeyen ve riski başka kuruluşlara paylaştırma imkanı olmayan bir kamu tüzel kişisi olarak tanımlamıştır, daha fazla bilgi için bkz. AYHAN Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Hukuki Niteliği”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Ankara, 1997, s. 11-12; Tekinalp, bankaların yönetim ve denetiminin, temettü hariç ortaklık hakları ile devredilmesi aşamasında banka paylarının mülkiyet durumunda bir değişikliğin olmadığı geçici dönem bakımından Fon’u, özel hukuk anlamında hüviyete sahip, malvarlığı değerleri üzerinde de işlem yapabilme yetkisine sahip bir kayyım benzetmiştir. Bu çerçevede ayrıca Fon’u, kanunen atanan, vesayet makamına bağlı olmadan hareket eden, bankanın yönetim ve denetimini gerçekleştiren, temettü ortaklık haklarını kullanan, tek başına genel kurula katılan, bankanın malvarlığı değerleri üzerinde de etkide bulunabilen, geniş yetkili, ayrık halde bulunan bir kayyım olarak tarif etmiştir, bkz. TEKİNALP, Ünal, “Bir Bankanın Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu’na Devri ve Hukuki

TMSF'nin görev ve sorumluluklarını dört ana başlık altında ele almak mümkündür. Bunlar özetle; tasarruf sahiplerinin haklarını güvence altına almak gayesiyle mevduatı ve katılım fonunu sigorta etmeyi konu edinen mevduat bankacılığı; kendisine çeşitli sebeplerden dolayı devredilen bankaların lüzumu halinde mali yapılarını güçlendirmek, yeniden yapılandırmak, devretmek, satmak veya tasfiye etme işlemlerini esas alan banka çözümleme ve geri kazanım görevi; terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle CMK hükümleri gereği kayyım atanan şirketlerde/varlıklarda kayyımlık vazifesini ifa etmek; BBDDK tarafından yapılan denetimler neticesi, sorumluluklarını yerine getiremediklerinden tasfiye edilmesine karar verilen tasarruf finansman şirketlerinin¹⁰⁶, buna ilişkin işlemlerini yürütülmesini ifade eden tasarruf finansman şirketlerinin tasfiyesi görevi olarak belirtilebilir¹⁰⁷.

B. Anonim Şirkete TMSF'nin Kayyım Olarak Atanması

Kapalı ve halka açık anonim şirketlere¹⁰⁸, TMSF'nin kayyım olarak tayini iki temel gerekçe üzerinden yapılmaktadır. Bunlardan birincisi, 6758 sayılı Kanun'unun¹⁰⁹ 19/1. maddesine göre doğrudan yapılan atamadır. Bu hükme göre; söz konusu madde yürürlüğe girmeden önce terör örgütleriyle aidiyeti, iltisakı sebebiyle 5271 sayılı CMK'nın 133. maddesi gereğince kayyım ataması¹¹⁰ yapı-

Sonuçları", **Bankacılar Dergisi**, S. 45, 2002, s. 81; TMSF'nin hukuki niteliği konusunda tartışmalar mevcut olmakla birlikte, Fon'un üst kurul benzeri yapı olarak kurulduğu, ancak kayyımlık görevlerinin artması sonrasında holding benzeri bir yapı teşkil ettiği ifade edilmektedir, bkz. FEDAL, Recep, "Bir Kamu Örgütlenmesi Modeli Olarak Fon Tipi Yönetim: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu", **Yasama Dergisi**, S. 40, Temmuz- Aralık 2019, s. 74.

¹⁰⁶ Bu şirketlerin temel faaliyeti tasarrufların finansmanıdır. Tasarruf finansmanı ise bir sözleşme dahilinde, önceden anlaşılmış şartların gerçekleşmesi koşuluyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt alımı için faizsiz finansman temininde belirli bir zaman zarfında tasarruf edilmesi, bu anlamda müşterilere finansman kullanılması ve birikmiş tasarrufların idaresi olarak ifade edilmiştir (7292 sayılı Kanun ile değişik (R.G. 07.03.2021 T. 31416 sayılı) Finansman Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu (R.G. 13.12.2012/ S. 28496) m. 3/l).

¹⁰⁷ <https://www.tmsf.org.tr/tr/tmsf/info/gorv.yetki.tr> (çevrimiçi, E.T. 01.08.2025).

¹⁰⁸ İlkel olarak gerçek kişiler için ihdas edilen kayyımlık müessesinin, geçici veya devamlı olarak temsil ve idare gücünden yoksun tüzel kişiler içinde de mevzu bahis olacağı; bu anlamda ticaret şirketlerinde sürekli veya geçici temsil sorunlarının çözümünde, tüzel kişiyle birlikte kamunun yararının da söz konusu olduğu; bu sebeple kayyımlığa ilişkin hükümlerin (bilhassa yönetim kayyımlığı), tüzel kişilere de uygulanmasının gerektiği yönündeki görüşü için bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kayyımı Atanması", **İBD**, C. 91, S. 5, Eylül 2017, s. 16; anonim şirketlere kayyım atanmasının istisnai bir durum olduğu ve kanunda belirtilen sebeplere binaen olması gerektiği yönündeki görüşü için bkz. BOZKURT, Tamer, "Yönetimsel Yetersizlikler Nedeni ile Anonim Şirketlere TMK m. 427/4 Gereğince Yönetim Kayyımı Atanması Sorunsalı", **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, İstanbul, 2021, s. 305.

¹⁰⁹ Söz konusu Kanun, 7539 sayılı Kanuna eklemeler yapılmış, ancak bu hükümlerde yer alan o devirler 6758 sayılı Kanun ile yapılmıştır.

¹¹⁰ Vesayet organları arasında sayılan kayyım (MK m. 396), belirli işleri yürütmek veya bir malvarlığını yönetmek amacıyla tayin edilir. Medeni Kanunun vasi konusundaki hükümleri, aksi öngörülmedikçe kay-

lan şirketlerde görev yapan kayyımların yetkileri hakim veya mahkeme tarafından TMSF'ye devredilmektedir¹¹¹. Maddenin görev devri için atfı yaptığı, “Şirket yönetimi için kayyım tayini” başlıklı CMK m. 133/1 hükmünde; bir şirketin faaliyeti kapsamında suçun işlenmekte olduğu konusunda kuvvetli şüphe nedenlerinin mevcudiyeti ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için lüzumu halinde, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, hâkim veya mahkeme¹¹², şirket işlerinin yürütülmesi amacıyla kayyım tayin edebilir. İlgili mercii bu atama kararında, idare organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya idare organının yetkilerinin ya da idare organının yetkileri ile beraber şirket payları veya menkul kıymetler yönetim yetkilerinin bütünüyle kayyıma tevdi edildiğini açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun araçlarla ilan edilir (CMK m.133/1).

Bir diğer atama şekli ise, el konulan, taşınmaz, hak ve alacakların yönetiminin gerekmesi halinde, söz konusu malvarlığı değerlerinin idaresi maksadıyla kayyım tayin edilebilir hükmü mucibince yapılan atamadır (CMK m. 128/10). Burada yapılan atama, aslında Devlete geçmiş malvarlıklarının yönetilmesine ilişkin bir tayindir. TMSF, bu görevlendirme sonrası artık kişilerin mülkiyetinden çıkmış şirketleri, basiretli bir tacir gibi yöneterek veya sürdürülebilir olmayan şirketlerin ise tasfiye ederek ülke ekonomisine kazandırma yükümlülüğü altına girmektedir¹¹³.

Devletin anonim şirketlere, TMSF aracılığıyla ceza hukuku anlamında bir koruma tedbiri niteliğinde¹¹⁴ olan kayyım atamasının ötesinde daha ağır bir mü-

yım hakkında da tatbik edilir (MK m.402-3). Vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından temsil ve yönetim kayyımı atanabilir Yönetim kayyımı kendi içerisinde kanun gereği atanan kayyım ve istek üzerine atanan kayyım olarak iki açıdan düzenlenmiştir (MK m. 426-428).

¹¹¹ Ersoy, şirketlerin TMSF'ye devrine, bu konuda kanuni düzenleme yapılmadan önce çeşitli gerekçelerle kaşı çıkmaktaydı. Bankacılık Kanunu'na göre, TMSF'nin tasarruf sahiplerin lehine taraf olduğunu, dolaşısıyla tarafsız olamayacağını; Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesine göre, TMSF'nin zimmet suçlarında BBDD ile birlikte müdahil olabilecekleri; bu anlamda TMSF'nin hem taraf hem de kayyım olarak atanmasının imkan dahilinde olmadığını ifade etmiştir, bu konuda bkz. ERSOY, Uğur, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (TCK m. 133)”, *AÜHF*, C. 65, S. 4, 2016, s. 3413.

¹¹² Soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Sulh Ceza Hakimisi; kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yürüten mahkeme tarafından kayyım tayin edilir (CMK m. 162).

¹¹³ TMSF'nin kayyımlık faaliyetlerine ilişkin genel bilgiler başlığı altındaki açıklamalar için bkz. www.tmsf.org.tr/tr/Tmsf/Kayyım/kayyım.genel (çevrimiçi, E.T. 02.082025).

¹¹⁴ Şirketlerin karlarını artırabilmek için bazen legal yolların dışında, illegal yollardan da kar elde etmeye çalıştıklarının bilinen bir gerçek olduğu; bu amaçla uygulamada “paravan şirket” denilen şirketleri kurdukları ve gelir elde ettikleri veya suçtan kaynaklanan değerleri aklamaya amaçladıkları; hukuk düzeninin de buna izin vermediği; bunlara mani olmak adına devletin müdahalesinin CMK'da düzenlendiği yer ve konuluş amacı esas alındığında özel bir el koyma türü olarak kabul edildiğine ilişkin görüşleri için bkz. ERSOY, s. 3393, 3400.

eyyide olan bütünüyle devir konusu yapılması, çeşitli açılardan hak ihlali olup olmadığı bakımından değerlendirilebilir. Öncelikle konuyu, özel hukuk temelinde faaliyet gösteren anonim şirketlere, anayasal koruma altında olan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ihlali açısından incelemek gerekecektir. Bu anlamda Anayasanın 48. maddesi, herkesin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip bulunduğunu; özel teşebbüs kurmanın serbest olduğunu; Devletin, özel teşebbüslerin ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal hedeflere uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı ifade edilmiştir.

Anonim şirketlerin, özel bir teşebbüs olarak TMSF'ye devrinin, ilk bakışta anayasa ihlali olabileceği düşünülebilecek olsa bile, meseleye yine Anayasanın başka hükümleriyle cevap aradığımızda farklı neticeye ulaşmak mümkün olmaktadır. Bilindiği üzere Anayasaya göre, temel hak ve özgürlükler, Devletin ülkesi ve milletin bölünmez bütünlüğü bozmak, varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükler başta olmak üzere temel toplumsal yaşamın hayatîyet arz eden hususları ortadan kaldırmak niyetiyle kötüye kullanılmayacaktır (Ana. m.14).

Benzer şekilde, bir şirkete ortak olmak, bir başka deyişle pay sahibi olmak bir mülkiyet hakkının görünümü olduğuna göre, bu hakkın kısıtlanması veya kaldırılması da, Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkının ihlali olarak görülebilecektir (Ana. m. 35). Gerçekten, söz konusu maddeye göre, herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahip olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte hükmün devamında, bu hakların toplum yararına aykırı olarak kullanılmayacağı; kanunla kamu yararı gözetilerek sınırlandırılabilirliği de ifade edilmiştir.

Görüleceği üzere anonim şirketlerin TMSF'ye devrinin, gerek teşebbüs hürriyetinin, gerekse mülkiyet hakkının ihlali olduğu düşüncesinin kabulü, yine Anayasa'nın farklı hükümleri karşısında kanaatimizce uygun olmayacaktır¹¹⁵. Ayrıca, teşebbüs ve mülkiyet haklarını, hakkın genel tanımı ve MK anlamında hakkın kötüye kullanılması açısından da değerlendirdiğimizde de aynı kanaate ulaşmak mümkün olacaktır. Gerçekten hakkın genel tanımına baktığımızda,

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yağan kişinin sahibi olduğu anonim şirkete el konulması ve yönetimine kayım atanmasının mülkiyet hakkının ihlali olduğu yönündeki iddiasını, oybirliğiyle kabul etmiş; Ana. 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ise oy çokluğuyla reddetmiştir. Yüksek Mahkeme gerekçesinde, şirket hisselerinin muvazaalı olarak devredildiğinin tespitinde takdir hatası ve keyfilik bulunmadığını; bu durumda şirket hakkında uygulanan elkoyma ve kayım tedbirlerinin başvuruca aşırı yük tahmil etmediğini; mülkiyet hakkının korunmasındaki kişisel menfaat ile bahse konu tedbirlerin uygulanmasındaki kamusal menfaat arasındaki adil bir dengenin başvuru aleyhine bozulmuş olmadığına kara vermiştir., 2018/27526 başvuru numaralı 14.9.2023 tarihli karar için bkz. (R.G. 9.11.2023/S. 32364).

hakkın, hukuk tarafından tanınan ve korunan bireysel çıkarlar olarak ifade edildiğini görmekteyiz¹¹⁶. Bu anlamda, suçların işlenmesinde gördüğü roller sebebiyle şirketlerin teşebbüs ve mülkiyet hakkı, devlet tarafından korunan bir menfaat olmaktan çıkmakta ve kayyım devriyle sınırlandırılmaktadır. Ayrıca teşebbüs ve mülkiyet haklarının kullanımı, hukuk genel teorisi kapsamında MK m.2 anlamında hakkın kötüye kullanımı ilkesine de aykırı olamayacaktır¹¹⁷. Bu kapsamda şirketlerin, ortaklarına kar sağlama amacını gerçekleştirirken aynı zamanda suçun ve suçlunun finansmanında aracılık faaliyeti yapmaları¹¹⁸, kanaatimizce hakkın suistimali olacak ve hukuk düzeni tarafından himaye edilmeyecektir¹¹⁹.

TMSF'nin, anonim şirketlere kayyım olarak atanması her ne kadar hukuka uygun olduğu ifade edilse bile, kayyım olarak aldığı kararlar hukuka uygunluğu bakımından muhakeme edilebilecektir (Ana. m.125). Bu anlamda Fonun sorumluluğuna karşı açılacak davalarda hangi yargı kolunun görevli olduğu tartışılmakla¹²⁰ beraber konuyla ilgili son çıkan Kanun, bu hususta görevin idari yargıda olduğuna hükmederek tartışmayı en azından uygulama bazında bitirmiştir (7539 sayılı Kanun m. 7/Geçici m. 2/3).

¹¹⁶ Hak tanımı konusunda, irade, menfaat ve karma görüş teorileri savunulmuş; bunlardan karma görüş genel olarak kabul görmüştür, bkz. OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 27. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 133; KAYIHAN Şaban, **Hukukun Temel Kavramları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş, Onikinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 267; benzer tanım menfaat teorisi üzerinden Gözler tarafından da ifade edilmektedir, bkz. GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2024, s. 439.

¹¹⁷ Bu maddesinin birinci fıkrasında; herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kaidelerine uymak zorunda olduğu belirtilmiş; ikinci fıkrasında ise, bir hakkın açıkça şekilde suistimalinin hukuk düzeni tarafından himaye edilemeyeceği ifade edilmiştir.

¹¹⁸ Hak sahibinin hakkını kullanmada tamamen özgür olmadığı; bütün hakların, tanınmalarındaki gayeye uygun olarak kullanılmasının gerektiği; gayeye aykırı kullanımanın dürüstlük ilkesi ile bağdaşmadığı; neticede bu durumun hakkın kötüye kullanımı anlamına geldiği ilişkin açıklamaları için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 247.

¹¹⁹ Tekinalp, bankaların TMSF'ye devredilmesinin azlığı ve borsada işlem gören küçük yatırımcıyı zarara uğratacağını; devre sebebiyet vermeyen bu kesim bakımından devrin Anayasa'nın, 2, 36, 39, 40 (3) maddelerine ve TMSF'nin kuruluş gayesine aykırı olduğu kanaatindedir, bkz. TEKİNALP, **Bankanın TMSF'ye Devri**, s. 82-83.

¹²⁰ İstanbul BAM dairesi bir kararında görevli mahkemenin idare mahkemesi olduğuna hükmetmiştir, bkz. BAM. 12. HD, E. 2021/1624, K. 2022/410, 17.03.2022; İstanbul BAM, 43. HD. E. 2024/794, K. 2024/1059, 11.07.2024 (Kazancı Bilgi Bankası). Bir yerel mahkeme bu konuda görevli mahkemenin Sulh Ceza Hakimliği olduğuna karar vermiştir, karar için bkz. İstanbul 2. ATM, E. 2021/341, K.2021/468, 24.06.2021; yargı yeri ile ilgili görev tartışmaları Uyuşmazlık Mahkemesine kadar gitmiş, Mahkeme görevli yargı kolu olarak adli yargıyı göstermiştir, bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, HB, E. 2020/622, K. 2020/708, 23.11.2020 (Lexpera Bilgi Bankası).

C. TMSF'nin Kayyım Olarak Atandığı Şirketlerde Görev ve Yetkileri

Anonim şirketlerde, bilindiği üzere yönetim ve temsil yetkisi yönetim kurulu aittir (TK m. 365). Bir anonim şirkete TMSF onay makamı olarak atanmışsa, onay olmadan yapılan işlemler geçersiz sayılacaktır. Eğer TMSF, yönetim yetkilisi olarak tayin edilmişse, anonim şirketin yönetim kurulunun görevleri bütünüyle sona erer, görevleri ve yetkileri TMSF'ye geçecektir¹²¹.

Genel olarak medeni hukuk anlamında, temsil ve yönetim kayyımlığı söz konusudur. Bununla birlikte, TMSF'nin kayyımlık uygulamasının ortaya çıkardığı bazı alt tür kayyımlık da ortaya çıkmıştır. Bunlar, tam kayyımlık (payların tümü üzerinde kayyımlık-); denetim kayyımlığı; payların %50'nin altındaki hisselerle yapılan kısmi kayyımlık (pay/hisse kayyımlığı) ve gerçek kişilerin şahsi malvarlıkları üzerindeki kayyımlık şeklindedir¹²². Burada teorik tarafı ağır basan temsil ve yönetim kayyımlığı ele alınacaktır.

1. Temsil Kayyımı

Temsil kayyımlığı, tüzel kişinin temsilinde kanuni veya fiili bir engelin bulunması halinde, vesayet makamı tarafından söz konusu meseleyi çözmek adına yapılan geçici olarak gerçekleştirilen kayyım atanması şeklinde ifade edilebilir. Burada aslında tüzel kişinin idare ve temsil organı mevcut olmakla birlikte, belirgin bir noktada var olan çıkar çatışması, temsilcinin yetkilerini kullanmasına mani olmaktadır. Bir başka ifadeyle, temsil anlamında oluşan boşluk, temsil kayyımlığı ile doldurulmaktadır (MK m. 426)¹²³..

Kanuni düzenlemelerden ve uygulamadan anlaşılabacağı üzere, anonim şirketlerin, TMSF'ye devirlerinde, temsilde kanuni veya fiili boşlukların varlığından değil, temsilcilerin suç veya suça ilişkin eylemlerinden bahsetmek gerekecektir. Bu sebeple, Fonun anonim şirketlere kayyım olarak atanması, genel olarak salt temsil kayyımı şeklinde değil, yönetim yetkili kayyım temelinde olacaktır¹²⁴. Bununla birlikte, yönetim yetkisiyle birlikte temsilin de olduğunu unutmamak gerekecektir.

¹²¹ KÖKER Nülfir, "CMK Madde 133 uyarınca Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 100, Mart 2018, s. 459.

¹²² Bkz. <https://www.tmsf.org.tr/tr/Tmsf/Kayyim/kayyim.veri>. (çevrimiçi, 03.08.2025).

¹²³ ÇAMOĞLU, s. 18.

¹²⁴ Benzer görüş için ERSOY, s. 3403.

2. Yönetim Kayyımı

Yönetim kayyımı, teorik olarak yönetim organı bulunmayan tüzel kişilerin bu eksikliğini gidermek için atanan kayyımı ifade etmektedir (MK m. 427/4). Bu anlamda yönetim organının uzun süre çalışamaması da organ yokluğu olarak kabul edilip, kayyım atamasına konu olabilir¹²⁵. Bununla birlikte anonim şirketlere 7539 sayılı Kanun kapsamında kayyım olarak TMSF'nin atanmasında ise bir yönetim organı yokluğundan, bir başka ifadeyle kanuni veya fiili boşluktan söz edilemeyecektir. Gerçekten burada var olan durum, yokluk veya boşluk meselesi olarak ele alınmayacak, bu hallerden farklı bir bağlamda, yönetim organının sahip olduğu hakları kötüye kullanmasından suça veya suçluya aracı olması üzerinden değerlendirilecektir. Dolayısıyla, bir tüzel kişi olarak anonim şirketlere Fonun yönetim yetkili kayyım olarak atanmasını, MK anlamında değil, 7539 sayılı Kanun çerçevesinde daha geniş yetkilerle donanmış olarak gerçekleştirildiğini kabul etmek gerekecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar altında TMSF'nin klasik bir kayyımın ötesinde yetkilere sahip olacağını ifade edebiliriz. Bu anlamda bir anonim şirket yönetim kurulunun, şirketin konusunun gerçekleşmesi için her türlü iş ve işlemlere ilişkin karar alma yetkisine sahip olduğu (TK m. 374)¹²⁶, konularda, sistemin özü gereği söz konusu yetkilere sahip olacaktır. Fon, bunların dışında da şirkete kayyım olarak atanmasına sebep olan hususları ortadan kaldıracak genişlikte bir yetkilendirmenin bir gereği olarak yönetim yetkisinin yanında, denetim yetkisine¹²⁷, hatta tek kişilik ortaklıklarda genel kurulu bizzat kendisi oluşturacaktır. Bir başka ifadeyle şirketin, bir nevi organ -kayyımı olarak kabul edilecektir.

¹²⁵ ÇAMOĞLU, s. 17.

¹²⁶ Bu anlamda yönetim kurulunun Kanunda belirtilen vazgeçilemez ve devredilemez yetkileri ise şunlardır: şirketin yönetimi ve bunlarla alakalı emirlerin verilmesi; idare organizasyonun teşkili; muhasebe ve finansla denetime ilişkin lüzum eden düzenin kurulması; müdürlerin ve benzer yetkiye sahip kişilerin idare işleri; idareyle ilgili kişilerin, kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye ve talimatlara uygun hareket edip etmediklerinin kontrolü; pay, yönetim kurulu karar defteri gibi gerekli defterlerin tutulması, genel kurulun sunulması, genel kurulun yapılması ile ilgili işlemlerin gerçekleştirilmesi; borca batıklık söz konusu olması halinde, mahkemeye bildirimde bulunulması (TK m. 375). Bunlara ek olarak başka bazı görevleri olarak: Ortaklığın sona ermesi ve tasfiye ile alakalı vazife ve yetkiler (TK m. 536 vd.); Kanunun emrettiği tescil ve ilana dair işlemlerin yapılması (TK m. 455, 471); Bağlı nama yazılı payların devrine izin verilmesi, devralanın pay defterine kaydı (TK m.492); İmtiyazlı pay sahipleri kurulunun lüzumu halinde toplantıya çağırılması ((TK m. 454) gibi konuları ifade edebiliriz (bu konuda daha fazla bilgi için bkz., BAH-TİYAR, s. 183-186; KAYIHAN, s. 311-312).

¹²⁷ TEKİNALP, *Bankanın TMSF'ye Devri*, s. 84.

D. TMSF'nin Kayyım Olarak Atanması Sonrası Anonim Şirketin ve Bağlı Nama Yazılı Payların Durumu

Anonim şirketlere kayyım atanmasıyla yönetim ve denetim bakımından Fonun kontrolüne girmekte, sistemin gereği bir anlamda şirketin fiil ehliyeti ve dolayısıyla yönetim vesayet makamı olan kayyıma geçmektedir. Bu durum, hem şirket organlarını hem de pay sahiplerini haliyle etkileyecektir.

TMSF'nin kayyım göreviyle atandığı şirketlerde sahip olduğu yetkilerin, klasik yönetim yetkisinin de üzerinde olduğunu söyleyebiliriz. Fona devredilen bankalara kıyasen, kayyım olarak atandığı şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunan düzenlemelerin, TK hükümlerine tabi olmadan, genel kurul toplantısı yapmadan değiştirilmesine ve tescilin yaptırılmasına Fonun yetkili olduğunu ifade edebiliriz (5411 sayılı BanK. m. 109/1).

1. Kayyım Atanması Sonrası Anonim Şirketin Organları ve Payların Genel Durumu

a. Organların Durumu

TMSF'nin kayyım olarak atandığı anonim şirketler veya malvarlığı değerleri, açılan soruşturma ve kovuşturma neticelenene kadar, Fon'un gözetiminde, yine Fon tarafından tayin edilen yöneticilerce basiretli tacir gibi ticari teamülle- re uygun olarak idare edilir (7539 sayılı Kanun m.7/Geçici m.2/1)¹²⁸.

7539 sayılı Kanunun ilgili hükmünde, bu Kanunda TMSF'ye verilen kayyım görevi ile yine söz konusu görevle alakalı satış veya tasfiye işlemlerinde, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetim TMSF tarafından devralınan şirketler ve bunların varlıkları ile ilgili olarak Fona verilen yetkilerin kıyasen uygulanacağına hükmedilmiştir. Buradan hareketle, anonim şirketlere Fonun kayyım olarak atanmasıyla, faaliyetlerini sürdürmeye devam edeceği, bu anlamda tüzel kişiliğini muhafaza ettiğini; şirketin münfesiş sayılmayacağı, ancak bazı organların halinde değişimler olacağı; bu anlamda yukarıda bahsettiğimiz gibi yönetimin Fona geçeceği¹²⁹, ve bu gö-

¹²⁸ Konuyla ilgili TMSF Yönergesinde, yöneticilerin Fon tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Bu Yönergenin ilgili maddesine göre, yönetim organı, Murahhas üye, genel müdür, Murahhas müdür veya aynı yetkilere haiz idareciler Fon Kurulunca; diğer idareciler ise yönetim organınca tayin edilir ve görevden alınır bkz. "10/!!/2016 Tarihli ve 6578 Sayılı Kanunun 19 uncu ve 20 nci Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar" Yönergesi m. 4/2 (Yönerge 30.06.2022 tarihli 2022/301 sayılı Fon Kurulu kararı ile uygulamaya girmiştir).

¹²⁹ Şirketin Fona devriyle yönetim Fona geçtiği gibi, şirket sahiplerinin tasarruf hakları kısıtlanmaktadır. Yargıtay, şirketin kayyıma geçeceği düşüncesiyle paylarını üçüncü kişiye devredilmesini muvazaalı nitelmesiyle kabul etmemiş, ayrıca bu kişilerin tasarruf yetkisinin kısıtlandığını ifade etmiştir, bkz. Yar. 11. HD. E. 2021/5329, K. 2024/2570, 28.3.2024 (Kazancı Bilgi Bankası).

revleri basiretli bir tacir gibi yürütmesinin gerekeceği; burada söz konusu organların ortadan kalkmadığı, adı üstünde kayyımın, bunların yerine “kaim” olduğu ifade edilebilir¹³⁰.

Anonim şirkete kayyım atanmasıyla, yönetim TMSF’nin uhdesine geçecektir. Fon bu görevi bizzat yerine getirebileceği gibi kendi seçeceği yöneticiler eliyle de yürütülebilir. Yönetim kurulunun kaç kişiden oluşacağına Fon Kurulu karar verecektir.

TMSF’nin kayyım olarak atandığı anonim şirketlerde, genel kurulların yetkileri ise TK hükümlerine tabi olmadan, Fon tarafından yerine getirilir. (7539 sayılı Kanun m.7/Geçici 2/1). Kanunun söz konusu hükmünden genel kurulun hukuken ortadan kaldırıldığı düşünülebileceği gibi, hukuken ortadan kaldırılmayıp kayyım tedbiri devam edene kadar Fonun uhdesinde kalacağı da ileri sürülebilir. Burada kanaatimizce genel kurullar, özellikle birden fazla ortaklı şirketlerde, ortadan kalmayıp soruşturma ve kovuşturmanın sonuna kadar, kayyımın göreviyle paralel olarak askıda hükümsüzlük gibi pasif bir şekilde devam edecektir. Fonun ne zaman kayyımlık görevi sona erecek, o zaman genel kurul tekrar vücut bulacaktır.

7539 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye benzer bir hüküm de, 5411 sayılı BanK’da bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre; faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların esas sözleşmeleri, TK hükümlerine tabi bulunmaksızın, Fon tarafından genel kurul yapılmadan değiştirilebilir ve tescil ettirilebilir (5411 sayılı BanK m. 109/!).

b. Payların Durumu

Anonim şirketin kayyım olarak TMSF’ye devri, onun payların sahibi olacağı anlamına gelmemektedir. Aksine pay sahiplerinin paylara malik olma hususiyetleri devam eder. Fon, burada temettü hariç sadece ortaklık haklarını kullanan, yönetim haklarına haiz kayyım konumundadır. Bölünme teorisine benzer bir yaklaşımın sonucu, yönetime katılma hakları olarak sayılan, genel kurula katılım, teklifte bulunma, bilgi edinme hakkı, oy kullanma ve iptal davası açma gibi haklar Fona geçer. Kanunda yalnızca temettü hariç denilmesine rağmen, malvarlıksal hakları ihtiva eden bu kavramın içine; tasfiye payı, rüçhan hakkı, bedelsiz payları edinme hakkı, tesislerden faydalanma, mevcutsa hazırlık dönemi faizi gibi haklarda da girer. Bu hakların sahibinde kalması, şirketin Fon tarafından yönetilirken ekonomik olarak zarara uğramamasını temine yöneliktir. Aynı zamanda Fon, bu sorumluluğunu

¹³⁰ TEKİNALP, *Bankanın TMSF’ye Devri*, s. 83.

ifa etmek adına, kendisine devredilen yönetim haklarını, pay sahiplerinin menfaatlerini de düşünerek, şirketin mali yapısını ekonomik olarak daha sağlam hale getirmek için kullanmak zorundadır¹³¹.

Payların, Fonun yönetimine girmesiyle, payın niteliğinde ve pay sahibine sağladığı mali haklarda herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, payın üzerindeki haklarda, bir değişim, silinme, yok olma, geçersiz olma ve dönüşüm söz konusu değildir. Bu anlamda, rehin ve intifa hakları, hacizler, tedbirler ve benzeri haklar mevcudiyetlerini aynen devam ettirirler. Fonun idaresine geçen bu payların değeri, şirkete kayyım atanması sebebiyle azalsa bile, bu hal, onların hukuki varlıklarının ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. Zira paydan doğan haklar tümüyle ortadan kalkmış olsaydı ilgili kanun hükümlerinde kayyıma devredilen payların sağladığı “temettü” hakkı devirden hariç tutulmazdı. Böylece temettü hakkının hariç tutulmasıyla, intifa ve rehin hakkı gibi pay üzerindeki yükler bakımından “temettü” teminat altına alınmıştır. Buna ek olarak, paylar üzerinde bulunan aynı haklarında kaldırıldığını düşünmek uygun değildir. Bu anlamda ihtiyari tedbirler, hacizler ve hapis hakları içinde söz konusu ilke geçerli olacaktır¹³².

Netice olarak, daha önce belirttiğimiz üzere bölünme teorisi kapsamında, pay sahipleri, paylarına malik olmaya devam ederken, paydan doğan mali haklardan yararlanabileceklerdir. Fon ise yönetsel hakları kullanarak şirketi idare edecektir.

Bununla beraber, şirketin TMSF’ye kayyım olarak değil de, bütünüyle müsadere kapsamında devredildiğinde sonuç değişecektir. Bu takdirde müsadere kararı; şirketlerin satışı ve tasfiyesi, yönetim kurulu veya kayyım temsilcileri ya da Fon tarafından gerçekleştirilir. Satış ve tasfiye 5411 sayılı Bank ve Fona verilen yetkiler kapsamında yapılır (7539 sayılı Kanun m.7/Geçici m. 2/1). İşte anonim şirketin Fona bu şekilde devri sonrası bağlı nama yazılı paylar da dahil tüm paylarının sahipleriyle ilişkisi kesilir. Bir başka ifadeyle payların mülkiyeti Fona intikal edecektir¹³³.

c. Bağlı Nama Yazılı Payların Durumu

TMSF’nin kayyım olarak yönetmeye başladığı anonim şirketlerin, payları arasında olabilecek olan bağlı nama yazılı payların, paylar üzerindeki haklar ve

¹³¹ TEKİNALP, Bankanın TMSF’ye Devri, s. 82.

¹³² TEKİNALP, Bankanın TMSF’ye Devri, s. 83, 85.

¹³³ Bu konuda bkz. Yar. 11. HD, E. 2018/2201, K. 2019/7869, 05.12.2019 (Kazancı Bilgi Bankası).

paydan doğan mali haklar gibi, bu dönemde de varlıklarını sürdürüp sürdüremeyeceği konusunu farklı şekillerde cevaplamak mümkün olacaktır.

Bağlı nama yazılı payların sahibi bulunan şirketin Fonun yönetimine geçmesiyle, söz konusu paylar üzerindeki bağlamın, bir bakıma bağının çözüleceği, bir başka ifadeyle ortadan kalkacağı söylenebilir. Bilhassa suça ve suçluya yardım etmek, suçluyu korumak, onu oluşturulan yapının içine almak ve burada himaye etmek adına kullanılan bağlam, söz konusu fiil ve faillerle dolu şirkete kayyım atanmasının temel mantığına, ruhuna, *ratio legis*'e aykırı olarak kabul edilip Fon tarafından yok kabul edilebilir. Bu anlamda söz konusu kabul, kanaatimizce hukuka uygun bir karar olacaktır.

Bağlamın kayyım düzeninde geçerli kabul edilmeyeceği, bağlamın doğrudan pay sahipliğinden doğan mali haklardan olmaması üzerinden izah edilebilir. Şöyle ki, TMSF, bilindiği üzere kayyımı olduğu şirketin yönetiminden sorumlu olacak ve temettü hakkına halel getirmeyecektir¹³⁴. Bu anlamda temettü hakkının yeni kayyım düzeninde kabul edildiğinin belirtilmesi, mali hakların da mevzuat tarafından tanındığının bir delili olmaktadır. Buna mukabil, paylar üzerindeki bağlamı bir mali hak olarak nitelendirmek mümkün olmayacağından, bu bakımdan da bağlam, kayyım düzeninde geçerli olarak kabul edilmeyecektir. Bir başka ifadeyle, burada bağlamın, kanuni düzenlemeler anlamında temettü hakkını kabul ettiğini açıkça beyan edip, yönetsel ve bağlam gibi diğer benzeri haklardan bahsetmemesi dolayısıyla bağlamında, hayli hayli dikkate alınmayacağı söyleyebiliriz.

Buna karşılık bağlamın, geçerliliğini kayyım sistemi içinde de sürdüreceği savunulabilir. Gerçekten bağlam, mali bir hak olmasa dahi, payın bir niteliği olarak, payın devrinde önemi ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda bağlam, şirket yönetimine, bir nevi şirkete kimin ortak olup olamayacağına karar verme yetkisi tanımaktadır. Pay sahibinin, mali haklarını kısıtlayamamakla birlikte, payını devretmek istemesi halinde, bu hakkına kısıtlama gelebilecektir. Bağlı nama yazılı pay sahibinin, payını devretmek istemesine kadar, bu payların diğer paylardan herhangi bir farkı olmayacak, ne zaman ki payını devretmek isteyecek o zaman durum, pay sahibinin aleyhine bir sonuç doğurabilecektir.

Bu bakımdan bağlı nama yazılı paylar, kayyımın sahip olacağı yetkilerin kullanımına bir engel teşkil etmeyecektir. Fon bu yetkiye dayanarak, payların

¹³⁴ 6758 sayılı Kanun m.29/; 5411 sayılı BanK. m. 107/2; ayrıca bkz. Tekinalp, **Bankanın TMSF'ye Devri**, s. 81.

devrine karar verdiğinde, kimin ortak olup olmayacağına ilişkin bir değerlendirme hakkına sahip olacaktır. Aynı şekilde, şirketin bir kısmı üçüncü kişilere devredildiğinde de, bu kısımda kalan bağlı nama yazılı paylar için benzer değerlendirmelerde bulunulabilecektir. Bahis konusu durum, Fonun etkinliğini artıracak, kayyım atanmasının amacına hizmet edebilecek, suça ve suçluya karışan kişilerin şirkete ortak olmasına bu şekilde mani olunabilecektir. İşte bu açılardan Fona devredilen veya Fonun yönettiği şirketlerde nama yazılı paylar üzerindeki bağlamın devam ettiği ifade edilecektir.

TMSF yönetimindeki paylar üzerinde, intifa, rehin, ihtiyati tedbir, haciz gibi yük ve aynı hakların tanınıyor olmasına kıyasen¹³⁵ nama yazılı paylar üzerinde bağlamın da geçerli olacağı söylenebilir.

Burada nama yazılı paylar üzerinde bağlamın devam etmesine rağmen kullanılamayacağı, bir nevi askıda olacağını ifade etmek mümkündür. Bu anlamda, paydan doğan hakların TMSF'ye geçtiği ancak kullanılamaz olduğu, örneğin oy sözleşmelerinin de geçici olarak kullanılamaz hale geldiği ancak tamamen ortadan kalkmadığı ifade edilebilir¹³⁶.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görüleceği üzere, TMSF yönetiminde bağlamın devam ettiğini de, ortadan kalktığını da söylemek mesnetsiz bir açıklama olmayacaktır. Bununla birlikte bu konuda açık bir düzenleme yapılana kadar kanaatimizce mesele, Fonun inisiyatifi kapsamında değerlendirilerek cevaplandırılabilir. Bu anlamda bağlamın, Fona devirle hukuken ortadan kalkmadığını, ancak askıda kaldığını; bağlamın Fonun uygulamayı tercih etmesiyle askıdan indiğini söylemek uygun olacaktır.

IV. TMSF TARAFINDAN ANONİM ŞİRKET PAYLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRİ VE SONUÇLARI

TMSF, şirketin veya malvarlığını oluşturan değerlerin; mali durum, ortaklık yapısı, piyasa şartları veya diğer meseleler sebebiyle kısmen ya da tamamen satışına veya tasfiyesine karar verebilir (7539 sayılı Kanun m. 7/Geçici m. 2/1). Bu satış haliyle bir bakıma payların devri anlamına gelecektir. Fon söz konusu devirlerde pay sahibinin rızasını arayabileceği gibi doğrudan devir yoluna gidebilir. Ancak haliyle burada da, gerek pay sahiplerinin, gerekse şirketin menfaati ile kamunun menfaatini dikkate almak zorundadır. Görüleceği üzere burada

¹³⁵ Tekinalp, *Bankanın TMSF'ye Devri*, s. 83.

¹³⁶ Tekinalp, *Bankanın TMSF'ye Devri*, s. 85.

inisiyatif tamamen Fonun elinde olacaktır. O da bu inisiyatifi en makul şekilde, bütün tarafların menfaatlerini azami ölçüde koruyarak kullanmak mecburiyetindedir.

A. Devrin Sebepleri

TMSF tarafından kayyım olarak yönettiği anonim şirketin devredilmesinin temel sebebi, şirketin faaliyetini yürütmesinin pay sahiplerine ve kamuya fayda sağlamaktan uzaklaşmasıdır. Faydanın sağlanmadığı yerde, doğal olarak zararın varlığından söz edilmeye başlanacaktır. Bu halde de, basiretli tacir gibi hareket etmek zorunda olan Fon¹³⁷, zararın daha da büyümesine mani olmak adına şirketin, ya devrine ya da tasfiyesi yoluna gitmek zorunda olacaktır

Bir başka ifadeyle, Fonun kayyım olarak atandığı şirketlerin mali vaziyeti, ortaklık yapısı, piyasa şartları¹³⁸ veya diğer meseleler sebebiyle var olan durumun sürdürülebilir olmadığı belirlenmesi halinde, CMK m. 128/10 hükmünde ifade edilen malvarlığı değerlerinin satılmasına veya tasfiyesine TSMF'nin ilişkili olduğu Bakanlık tarafından karar verilebilir. Söz konusu şirketin satım ve tasfiye işlemleri, yönetim kurulu veya Fon tarafından gerçekleştirilir (6578 sayılı Kanun m. 20/1).

B. Devir Sonrası Bağlı Nama Yazılı Payların Durumu

TMSF tarafından kısmen veya tamamen yapılan satışlarla devredilen nama yazılı payların durumu, bu payların devir öncesi kayyım yönetimindeki kabulün durumuna göre şekillenecektir. Şöyle ki, eğer söz konusu dönemde, paylar üzerindeki bağlaman geçersiz hale geldiği kabul edilirse, şirketin üçüncü kişilere devir sonrası bu sınırlama tekrar vücut bulmayacaktır. Bunun aksine, bağlaman en azından kayyım sürecinde ortadan kalkmadığı, askıda bulunduğu kabul edilirse, kayyım döneminin sona ermesiyle, bağlam tekrar uygulanabilir hale gelecektir¹³⁹

Bağlaman şirket devirlerinde önemi, devrin kısmen mi, yoksa tamamen mi yapıлып yapılmadığına göre de ortaya çıkacaktır. Devir kısmi olarak gerçekleştirildiği takdirde, söz konusu kısım içerisinde bağlı nama yazılı paylar var ise, bu durumda mesele, Fonun takınacağı tavra göre çözülecektir. Fon, kayyımlık dö-

¹³⁷ Usul ve Esaslar Yönergesi m.4,6.

¹³⁸ Usul ve Esaslar Yönergesi m. 7/1,2.

¹³⁹ Bu anlamda Mecellenin 24. maddesinde yer alan, “Mani zail oldukda, memnu avdet eder” (engel ortadan kalkınca, yasak geri gelir) hükmü dikkate değerdir.

neminin sona ermeye başladığını, basiretli bir tacir olarak kayyım atanmasına sebep olmayanlarında menfaatlerini korumasının gerektiği düşüncesiyle, şirketin esas sözleşmesinde yer alan hassasiyetleri dikkate almaya ve bu sebeple bağlamı uygulamaya karar verebilir.

Buna mukabil, şirketi tamamen devretmeye karar verirse, bu durumda bağlamın ortadan kalkıp kalkmadığı veya askıda olup olmadığı önemini yitirecektir. Zira şirketin bu şekilde devrinde, devralan eğer şirket veya başka bir tüzel kişi ise, devralan şirketin esas sözleşmesi veya tüzüğü veyahut vakıf senedi baz alınacak; oralarda yer alan hükümler geçerli olacak ve büyük ihtimal bağlam ortadan kalkacaktır.

SONUÇ

Anonim şirketlerin sahip olduğu nama yazılı paylar üzerinde esas sözleşmeyle veya kanunla konulan sınırlama anlamına gelen bağlam, bu payların devir serbestisine engel olabilmektedir. Bağlam uygulamasının en temel amaçlar olarak, istenilmeyen kişilerin şirkete ortak olmasına engel olmak, böylece şirketin ortakları arasındaki insicamını bozmamak, yabancılaşmaya mani olmak ve sermayenin korunmasını sağlamak şeklinde sayılabilir.

Bağlamın kabulüne ve uygulanmasının, anonim şirket paylarının devrini bilhassa borsada yapılan işlemlerde olumsuz etkileyebileceği; payların borsada ve borsa dışı piyasalardaki değerini düşürebileceği gibi eleştiriler yapılmaktadır. Bununla birlikte payın serbestçe devredilmesindeki yarar ile kısıtlamalarındaki yararı dengelemenin uygun olacağı söylenebilir.

Kanuni ve sözleşmesel bağlam olarak adlandırılan iki kanuni tür vardır. Bu türler dışında. önceki bağlam, sonraki bağlam; sebep gösterilmeden kayıttan kaçınma imkanı sağlayan bağlamlar, belirli sebeplerden dolayı kayıttan imtina imkanı veren bağlamlar ve diğer sebeplerden dolayı kayıttan kaçınma hakkı veren bağlamlar ile şekli bağlam ve maddi bağlam ayırımları da vardır.

Borsaya kote edilememiş nama yazılı paylar üzerinde bağlam hükümleri ihdas edilebilir ancak önemli sebebi ileri sürerek kayıttan imtina edebilir. Burada geçen önemli sebep ifadesini, Gerekçede yer aldığı üzere haklı sebep olarak düşünmek uygun olacaktır.

Kotasyon Yönergesinin 8/1.ç hükmüne göre, TK hükmünden farklı olarak, Borsada işlem görecektir şirketin payları üzerinde, pay üzerinde hak sahibinin söz konusu haklarını kullanmasına engel olacak kayıtların yer almaması ve şirket

esas sözleşmesinde, payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı hükümler ihtiva etmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Kanun ile Yönerge arasındaki bu farklılaşmanın yasal bir düzenleme ile giderilmesi gerekecektir.

Borsada işlem gören bağlı nama yazılı payların mülkiyetinin geçiş anı, alım-satım sözleşmesinin yapıldığı an değil, Takasbank'taki netleştirme işlemi sonrası gerçekleştirilen tasarruf işleminin tamamlanması anı olarak kabul edebiliriz.

Anonim şirketlerin TMSF'ye devrinin, gerek teşebbüs hürriyetinin, gerekse mülkiyet hakkının ihlali olduğu düşüncesi, yine Anayasa'nın farklı hükümleri ile MK m.2 anlamında hakkın kötüye kullanımı karşısında kanaatimizce uygun olmayacaktır.

Anonim şirketlere TMSF'nin yönetim yetkili kayyım olarak atanması, MK anlamında atanan kayyımın yetkilerini aşar tarzda, 7539 sayılı Kanun çerçevesinde daha geniş yetkilerle teçhiz olarak gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. Fonu bu bakımdan organ-kayyım olarak vasıflandırabiliriz TMSF'nin kayyım olarak atandığı anonim şirketlerde, genel kurulların hukuken ortadan kaldırılmış olup olmadığı tartışılabilir. Bu konuda kanaatimiz, birden fazla ortaklı şirketlerde ortadan kalmayıp, bir nevi askıda kalma halini yaşayacaktır. Fonun kayyımlık görevinin bitimiyle eğer şirket tasfiye edilmemişse veya üçüncü kişilere devredilmemişse tekrar hayat bulacaktır.

Anonim şirketin kayyım olarak TMSF'ye devri sonrası bir nevi bölünme teorisi uygulaması gibi paylar sahibinde kalmaya devam eder. Bununla birlikte yönetsel haklar, Fonun uhdesine geçer. Yalnız mali haklar başta temettü hakkı olmak üzere pay sahiplerinde kalmaya devam eder.

Nama yazılı paylar üzerindeki bağlama hükümlerinin, şirketin Fonun yönetimine geçmesiyle, söz konusu paylar üzerindeki bağlamın, bir bakıma bağının çözüleceği, bir başka ifadeyle ortadan kalkacağı ifade edilebilir. Özellikle, suç ve suçluya yardım etmek, suçluyu korumak, himaye etmek adına kullanılan bağlam, Fon tarafından yok kabul edilebilir.

Buna mukabil bağlamın, geçerliliğini bazı sebeplere istinaden kayyım sistemi içerisinde de sürdüreceği savunulabilir. Gerçekten bağlam, mali bir hak olmasa dahi, payın bir niteliği olarak, payın devrinde önemi ortaya koymaktadır. Fonun kayyım olarak kayyım atanmasıyla, şirkete kimin ortak olup olamayacağına karar verme yetkisine sahip olacak, Fonun etkinliğini artırabilecek, kayyım atanmasının amacına hizmet edebilecek, suça ve suçluya karışan kişilerin şirke-

te ortak olmasına bu şekilde engel olunabilecektir. İşte bu açılardan, Fona devredilen veya Fonun yönettiği şirketlerde nama yazılı paylar üzerindeki bağlamın devam ettiği ifade edebilecektir. Ayrıca Fon yönetimindeki paylar üzerinde, intifa, rehin, ihtiyati tedbir, haciz gibi yük ve aynı hakların tanınıyor olmasına kıyasen nama yazılı paylar üzerinde bağlamın da geçerli olacağı söylenebilir.

Bununla birlikte, bu konuda açık bir düzenleme yapılan kadar kanaatimizce mesele, Fonun inisiyatifi kapsamında değerlendirilerek cevaplandırılabilir. Bu anlamda bağlamın, Fona devirle hukuken ortadan kalkmadığını, ancak askıda kaldığını; bağlamın Fonun uygulamayı tercih etmesiyle askıdan indiğini söylemek mümkün olacaktır.

TMSF tarafından kısmen veya tamamen yapılan satışlarla devredilen nama yazılı paylar, önceki dönemde, paylar üzerindeki bağlamın geçersiz hale geldiği kabul edilirse, şirketin üçüncü kişilere devir sonrası da bu sınırlama tekrar varlık kazanamayacaktır. Bunun mukabil, bağlamın askıda bulunduğu kabul edilirse, kayyım yetkisinin sona ermesiyle, bağlam tekrar uygulanabilir hale gelecektir. Ayrıca TMSF tarafından şirket kısmen devredilirse, bu bölüm içerisinde bağlı nama yazılı paylar bulunuyorsa, Fon, basiretli bir tacir olarak kayyım atanmasına sebep olmayanların haklarını korumak adına bağlamı uygulamaya karar verebilir.

Buna mukabil, Fonun şirketi tamamen devretmesi halinde, devralan eğer şirket veya başka bir tüzel kişi ise, devralan şirketin esas sözleşmesi veya tüzüğü veyahut vakıf senedi temel alınacak; orada bulunan hükümler geçerli olacak, muhtemelen bağlam ortadan kalkacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKIN, Yusuf Murat, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, 1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- AKSOY, Murat Uğur, “Anonim Ortaklıklarda Teorik Bir Kavram Olarak Bağlı Pay Senetleri”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, C. 18, S. 8, 1971, s. 305-311.
- ARSLANLI, Halil, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, **İÜHF**, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 247-290. (Pay Sahipliği).
- ARSLANLI, Halil, **Anonim Şirketler**, C. I, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul. 1960 (Anonim Şirketler).
- AYHAN, Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Hukuki Niteliği”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, Ankara, 1997, s. 31-40.
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- BİLGE, Kerem, **Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- BOZKURT, Tamer, “Yargıtay Kararları Ekseninde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Paylarla İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Sempozyum Tarihi, 17.12.2021, Ankara, 2021, 119-217. (Sorunlar).
- BOZKURT, Tamer, “Yönetimsel Yetersizlikler Nedeni ile Anonim Şirketlere TMK m. 427/4 Gereğince Yönetim Kayyımı Atanması Sorunsalı”, **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu**, İstanbul, 2021, s. 287-318. (Yönetim Kayyımı).
- BOZKURT, Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) - Die Vinkulierung-** 2. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023. (Bağlam).
- ÇAMOĞLU, Ersin, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kayyımı Atanması”, **İBD**, C. 91, S. 5, Eylül 2017, s. 15-28.

- DOMANIÇ, Hayri, **Anonim Şirketler**, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978.
- ERDEM, H. Ercüment, “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözümleri”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XXV, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17 Aralık 2011, s. 97-127.
- ERSOY, Uğur, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (TCK m. 133)”, **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, s. 3393-3431.
- FEDAİ, Recep, “Bir Kamu Örgütlenmesi Modeli Olarak Fon Tipi Yönetim: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu”, **Yasama Dergisi**, Temmuz-Aralık 2019, S. 40, s. 61-77.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 21. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2024.
- HIRSCH, Ernest E., **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 1948.
- İNCESU, Elif Bilge, “Anonim Şirketlerde Payın Devri ve Bağlam”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 93, S. 6, Kasım 2019, s. 124-138.
- KARASU, Rauf, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması”, **GÜHFD**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 127-147.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar**, 1975-1983, II, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983.
- KAYIHAN, Şaban, **Hukukun Temel Kavramları**, Onikinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- KENDİGELEN, Abuzer, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil”, **Makalelerim**, C. 1, 1986-2001, İkinci Bası, İstanbul, 2006, s. 215-243. (Payların Devrinde Şekil).
- KENDİGELEN, Abuzer, **Anonim Ortaklıklar Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1994. (İntifa Hakkı).
- KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. (Yenilikler).
- KÖKER, Nülifer, “CMK Madde 133 Uyarınca Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 100, Mart 2018, s. 453-463.
- MOROĞLU, Erdoğan, “Nama Yazılı Senetlerin Devri ve Yargıtay Kararları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XIII, 5-6 Nisan 1996. s. 40-63.
- NARBAY, Şafak, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri”, **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 201-251. (Senetlerin devri).
- NARBAY, Şafak, **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**, (Das Aktienbuch / Das Aktienregister), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003. (Pay defteri).

- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar.**, Vedat Kitapçılık, 27. Bası, İstanbul.
- ÖZTAN, FIRAT, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.
- PEKDİNÇER, Tamer, “TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Bağlam, Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler**, Borsa Yayınları, İstanbul, 2011, s. 211-222.
- POROY, Reha /TEKİNALP, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- PULAŞLI, Hasan, **Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1992.
- SEVİ, Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ŞENER, Oruç Hami, **Teori ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- TAŞDELEN, Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- TEKİNALP, Ünal, “Bir Bankanın Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu’na Devri ve Hukuki Sonuçları”, **Bankacılar Dergisi**, S. 45, 2002, s. 81-102 (Bankanın TMSF’ye Devri).
- TEKİNALP, Ünal, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku**, İstanbul, 2012. (Yeni Bağlam).
- TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul, 2015. (Sermaye Ortaklıkları).
- TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha /ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, Eylül 2023.
- TEOMAN, Ömer, “Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Anonim Ortaklık Kavramları Üzerine Düşünceler”, **Tüm Makalelerim Cilt: 1-2**, 1. Baskı, Nisan 2012, s. 51-64.
- UZEL, Necdet, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÜLGİN, Hüseyin, “Anonim Ortaklıklarda Nama Yazılı pay Senetlerinin (“Ciro” yerine) Ayrı Bir Temlikname ile Devri Caiz midir?”, **İkt. Mal. Derg.**, C. XXVII, S. 1980, s. 18-25.
- YASAMAN, Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası**, İstanbul, 1992.

YILDIZ, Şükrü/ÖZBAY, İbrahim, “Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f. 4’de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XXII**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 15 Aralık 2006, s. 7-33.

Sözleşmeyle Eksik Borç Yaratılıp Yaratılamayacağını Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi^(*)

A Legal Assessment of Whether Parties May Contractually Establish an Imperfect Obligation

Pelin ÇAVDAR LOKUMCU^(**)

Öz:

Eksik borçlar borçlu tarafından dava ve takip konusu yapılamayan borçlardır. Borçlu dilerse eksik borcu ifa edebilir ancak böyle bir durumda geçerli bir ifa söz konusu olduğu için alacaklının sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmaz. Eksik borçlar çeşitli şekillerde tasnif edilmektedir. Sözleşmeyle eksik borç yaratılması da bu tasnifler içerisinde yer almaktadır. Çalışma konumuz bakımından katıldığımız görüş, tarafların sözleşmeyle kararlaştırarak eksik borç yaratamayacağıdır. Bu görüşe gerekçe olarak, sözleşme ve irade özerkliği ilkeleri mutlak ilkeler değildir. Dava ve takip hakları kamu düzenini ilgilendiren anayasal haklardır. Bu şekilde yapılan sözleşmeler emredici hukuk kuralı niteliğinde olan TMK m.23'te düzenlenen kişilik hakkının bir görünümü olan hak arama özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının ihlali niteliğini taşımaktadır. Bunun dışında eksik borçlar, istisnai nitelikte olup, Kanunda belirtilenlerle sınırlı olarak düzenlenmektedir ve taraflarca sözleşme özgürlüğüne dayanarak genişletilmesi mümkün değildir. Ayrıca sözleşmeyle eksik borç yaratılıp yaratılamayacağına ilişkin değerlendirme yaparken anayasal hükümlerin yatay etkisini de gözden kaçırmamak gerekir. Zira mahkemeler, özel hukuk kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda karar verirken, anayasal normlara uygunluk ilkesini gözeterek; ilgili hukuk kurallarını temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ön plana alacak biçimde yorumlamalı ve çatışan haklar arasında makul bir denge kurmalıdır. Dolayısıyla tarafların sözleşme ile eksik borç yaratması anayasa hükümlerinin yatay etkisini dikkate alarak, Anayasa'da kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenen mahkemeye erişim hakkına, hak arama özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle özel hukuk hakimisi tarafından böyle bir düzenlemenin TBK m.27 gereğince kesin hükümsüz olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Son olarak belirtmek gerekir ki, sözleşme konusu borca ilişkin olarak dava ya da icra takibi yoluna gidilemeyeceğine dair

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.06.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 07.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1728725

Bu makaleye atıf için: ÇAVDAR LOKUMCU, Pelin, "Sözleşmeyle Eksik Borç Yaratılıp Yaratılamayacağını Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1203-1236

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: pelin.cavdar@marmara.edu.tr
Orcid: 0000-0002-5595-216X

yapılan düzenlemeler, hukuki nitelikleri itibariyle doğmamış haktan feragat anlamına gelmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Eksik Borç, Mahkemeye Erişim Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Anayasal Hükümlerin Yatay Etkisi, Kişilik Hakkı, Haktan Feragat.

Abstract:

Obligations imperfect in nature are those which, by their very character, cannot be enforced through judicial proceedings or execution by the obligee. While the obligor may choose to voluntarily perform such an obligation, the performance, once rendered, constitutes a valid discharge, thereby precluding any claim of unjust enrichment on the part of the obligee. The creation of a imperfect obligation by contract is likewise included within these classifications. Imperfect obligations have been classified in various ways. Within the context of this study, we subscribe to the view that parties cannot create an imperfect obligation by mere contractual agreement. The rationale underlying this position is that the principles of contractual and individual autonomy are not absolute. The right to bring claims before a court and to initiate legal proceedings are constitutional rights of public order. Accordingly, contractual provisions that preclude the possibility of legal action or enforcement with respect to a claim amount to a violation of the freedom to seek legal remedies-an expression of the right to personality as enshrined in Article 23 of the Turkish Civil Code, a provision of mandatory law-and also infringe upon the constitutional right to property. Moreover, imperfect obligations are exceptional in nature and are limited to those expressly provided for by statute. It is therefore impermissible for the parties to expand the scope of such obligations by invoking the principle of freedom of contract. In addition, any assessment regarding the permissibility of contractually establishing an imperfect obligation must not overlook the horizontal effect of constitutional provisions. Judicial authorities, when adjudicating disputes between private individuals, must interpret applicable legal norms in a manner that upholds fundamental rights and freedoms, giving primacy to their protection and ensuring a reasonable balance between competing rights.

Consequently, a contractual clause purporting to establish an imperfect obligation may be deemed null and void ipso jure under Article 27 of the Turkish Code of Obligations, insofar as it contravenes the constitutional guarantees of access to courts, the right to seek legal remedies, and the right to property, all of which are embedded in the framework of individual rights and duties under the Constitution and are binding on private law actors. Finally, it must be underscored that contractual arrangements which preclude recourse to judicial or enforcement mechanisms concerning the underlying obligation amount, in legal terms, to a waiver of a right that has not yet arisen.

Keywords:

Imperfect Obligation, Right of Access to a Court, Right to Property, Horizontal Effect of Constitutional Provisions, Right of Personality, Waiver of Right.

Extended Summary:

Incomplete debts are debts that cannot be sued and enforced by the creditor, but cannot be recovered by the creditor through unjust enrichment since it is a valid performance in cases where the debtor performs the performance with his consent. In contractual incomplete debts, it is subject to the agreement between the creditor and the debtor that they will not make an existing receivable subject to litigation or follow-up. However, it is controversial in the doctrine whether a deficiency debt can be created by contract.

One view in the doctrine argues that such a contract is valid based on the principles of freedom of will and freedom of contract. According to the other view, which we agree with, the parties'

contractual creation of an incomplete obligation should not be deemed legally valid. One of the arguments that we have defended as a justification for this is that the right of access to the court regulated in Article 36 of the Constitution constitutes the basis of the freedom to seek rights. In other words, the right of access to court is not only a right protected under international conventions, but also one of the fundamental rights recognized and guaranteed by the Constitution. In our opinion, it should not be possible to prevent the right of access to court by creating a deficient obligation by contract. It should only be possible to waive the right of access to court in favor of arbitration, which is an alternative dispute resolution method regulated by law. Apart from that, creating an incomplete debt between the parties through a contract and recognizing the validity of such a contract by a private law judge may lead to the violation of the right to receivables, which is accepted within the scope of the right to property, through a court decision. The court decision rendered in this manner may also constitute a violation of the right to property regulated under Article 35 of the Constitution. In this context, the horizontal effect of constitutional provisions should be one of the principles to be considered by private law judges when deciding on the dispute. The private law judge should interpret the relevant legal rules in a way to prioritize the protection of fundamental rights and freedoms and establish a reasonable balance between the conflicting rights by observing the principle of conformity with constitutional norms. Considering the horizontal effect of the constitutional provisions, it is possible for the private law judge to consider such an arrangement as null and void pursuant to Article 27 of the TCO, since it is contrary to the right of access to the court, the freedom to seek justice and the right to property, which are regulated among the rights and duties of the person in the Constitution. To put it more clearly, the freedom to seek rights, which is directly related to our subject of study, and the right of access to the court, which is a concrete manifestation of it, are guaranteed under the title of “rights and duties of the individual” pursuant to Article 36 of the Constitution. In addition, the mandatory Article 23 of the TCC explicitly stipulates that no one may waive his/her rights and freedoms or limit these rights in a manner contrary to the legal order or morality. In this context, the right of access to the court should be considered not only as a procedural guarantee but also as an integral element of the right to personality. Therefore, contractual arrangements that eliminate this right or render it unusable directly result in the violation of the right of personality and effectively eliminate the freedom to seek rights. In this framework, the parties’ creation of an incomplete obligation by contract and the consequent elimination of the possibility to apply to the court may be deemed contrary to public order pursuant to Art. 27 of the TCO and invalidated by the sanction of nullity, since the right of access to the court is under constitutional protection within the scope of the right of personality.

A contractual arrangement that prevents the parties from requesting the performance of the obligation through litigation or enforcement proceedings is incompatible with the general principle of enforceability of the obligation under Turkish law. This is because the right to demand the performance of the obligation and to assert this demand before the judicial authorities is one of the fundamental elements of the debt relationship. In this respect, regulations stipulating that the request for performance cannot be asserted through litigation and proceedings may only be valid in exceptional cases expressly stipulated by the law. As a matter of fact, establishing an incomplete obligation between the parties by contract may also cause drawbacks in terms of the principle of contractual adherence. This is because the contracting parties comply with the performance of their performance obligations arising from the contract with the awareness that these obligations may be forced to be performed through judicial action when necessary. However, a contractual arrangement that constitutes an incomplete obligation eliminates the possibility for the creditor to resort to litigation and proceedings in case the debtor fails to fulfill its performance, eliminates the threat of legal sanctions and weakens the incentive mechanism for the parties to fulfill their contractual obligations. In this context, the creation of an incomplete debt by contract not only undermines the freedom to seek rights, but also the principle of contractual adherence, which constitutes the basis of contract law, and harms contractual

discipline. The agreement of the parties that they will not resort to litigation and enforcement proceedings regarding the debts that may arise in the future within the scope of the contractual relationship between them, while the debt has not yet arisen and has not yet become due and payable, essentially means a waiver of an unborn right. However, a waiver of a right that does not yet exist and has not yet acquired a definite and exercisable character cannot be deemed legally valid in accordance with the general principles of the law of obligations. Such a waiver, even if it is based on the will of the parties, is not capable of producing legal results.

GİRİŞ

Her borç ilişkisinin doğal bir sonucu olarak borçlu kendi rızasıyla borcunu ifa etmezse alacaklının devletin yetkili kurumlarına başvurarak alacağına kavuşması sağlanır. Alacaklı, borç konusu alacağını dava veya takip yaparak elde etme imkânına sahiptir. Ancak çalışma konumuzu oluşturan eksik borçların alacaklı tarafından dava veya takip yoluyla talep edilebilmesi söz konusu değildir. Borçlu ancak isterse eksik borcun ifasını gerçekleştirebilir. Bu şekilde yapılan ifa da geçerli bir ifa olduğu için borçlu eksik borcun ifasını gerçekleştirdikten sonra TBK m.77’de düzenlenen sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iade talebinde bulunamaz.

Eksik borçlar kendi içerisinde de çeşitli tasniflere ayrılmaktadır. Bu tasniflerden bir tanesi doğuştan ve sonradan eksik borçtur. Doğuştan eksik borç olarak kabul edilen borçlar kumar ve bahisten doğan borçlar, evlenme simsarlığından doğan ücret borcu, ahlaki ödevlerden doğan borcun ifasıdır. Doğuştan eksik borç olup olmadığı tartışılan bir borç ise malikin iyiniyetli zilyet karşısındaki borcudur. Sonradan eksik borçlar ise, zamanaşımına uğramış olan borçlar ve konkordato dışında kalan borçlardır. Eksik borçlar sürekli olup olmamasına göre devamlı ve geçici eksik borçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Devamlı eksik borçlar kumar ve bahis borcu, evlenme simsarlığından doğan borç, zamanaşımına uğramış borçlardır. TMK m.370 ve m.371 hükümlerinde düzenlenen alt-soyun denkleştirme alacakları ise geçici eksik borç niteliği taşımaktadır.

Eksik borcun hukuki niteliği konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde genel eğilim eksik borçların türlerine ilişkin ayırım yapmaksızın hukuki niteliklerinin def’i olduğu yönündedir ancak aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız katıldığımız görüşe göre eksik borcun türüne göre hukuki nitelik değişmektedir.

Çalışma konumuzun temelini oluşturan taraflarca sözleşme ile eksik borç yaratılıp yaratılamayacağına ilişkin olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Çalışmamızda detaylı olarak inceleneceği üzere, bu görüşlerden bir tanesi irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü prensiplerinden yola çıkarak bu sözleşmelere hukuki geçerlilik tanırken, katıldığımız diğer görüş irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin mutlak ilkeler olmadığını, eksik borçların istisnai nitelikte olduğunu ve dava ve takip haklarının kamu düzenini ilgilendiren anayasal haklardan olduğunu ileri sürmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle konunun temelini daha iyi anlaşılmasını sağlamak adına eksik borç kavramı ve türleri ile eksik borcun hukuki niteliği hakkında bilgi verilecektir. Konuya ilişkin bu temel bilgilendirmeden sonra sözleşme ile eksik borç yaratılıp yaratılamayacağı konusu tartışılacaktır. Bu bağlamda

katıldığımız sözleşme ile eksik borç yaratılamayacağına ilişkin görüşün savunduğumuz gerekçeleri olan mahkemeye erişim hakkı, mahkemeye erişim hakkının kişilik hakkı bağlamında değerlendirilmesi, kelepçeleme sözleşmesi, mülkiyet hakkı, anayasa hükümlerinin yatay etkisi ve dava açma hakkından önceden feragat edilemeyeceği hususları ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

I. EKSİK BORÇ KAVRAMI VE TÜRLERİ

Alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi çerçevesinde borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklının borçlanılan edimin ifası için dava ve cebri icra yoluyla talep ve takipte bulunma hakkı mevcuttur¹. Bir başka ifadeyle, borçlunun kendi rızasıyla borcunu ifa etmemesi alacaklıya dava ve cebri icra yollarına başvurarak bu alacağı elde etme imkânı vermektedir. Ancak hukuk düzeni bazı borçların ifasını bu prensipten ayırmaktadır. Eksik borçlarda, alacaklı borcunu ifa etmeyen borçluya karşı dava ve cebri icra yoluyla talepte bulunma hakkına sahip değildir². Borçlu ancak isterse borcun ifasını gerçekleştirmektedir. Burada da esasen ifası mümkün bir borç mevcuttur ancak borcun ifası tamamen borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Eksik borcu kendi isteği ile ifa eden borçlu daha sonra bu borcun iadesini TBK m.77 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edememektedir³. Zira burada her ne kadar eksik borç niteliğinde olsa dahi mevcut olan bir borç bulunmaktadır, imkânsızlık söz konusu değildir⁴. Hukuk düzeninin eksik borçlar kapsamında alacaklıya talep hakkı tanımaması, haksız kazancı önleme, toplumsal barış ve düzenin korunması, adaletin sağlanması ve genel ahlaki ilkelerin gözetilmesi gibi çeşitli hukuki ve etik gerekçelere dayanmaktadır⁵.

¹ OĞUZMAN, Kemal M./ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024, N.61; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, §5, N.3; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, N.152; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 29. Bası, Legem Yayınevi, Ankara, 2024, N.247.

² OĞUZMAN/ÖZ, N.63; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §5, N.3; GÜVEN, Kudret, “Eksik Borçlar Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2016, C.2, S.2, s.38; ŞAHAN, Gökhan, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.2020, C.8, S.15, s.402.

Türk hukukundaki eksik borç kavramının kökenleri, Roma Hukuku’nda yer alan *Obligatio Civilis* ve *Obligatio Naturalis* ayırımına dayanmaktadır. Hukuki literatürde, eksik borç terimi genellikle doğal borç ile eş anlamlı olarak değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞDU, Burçin, “Tam Borç-Eksik Borç Kavramlarının Etik Kökleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y.2025, C.23, S.265, 27 vd.

³ GÜVEN, s.54.

⁴ GÜVEN, s.54; ŞAHAN, s.403.

⁵ ŞAHAN, s.403.

Eksik borçlar doğuştan (baştan) eksik borçlar ve sonradan eksik borçlar olmak üzere ikiye ayrılarak tasnif edilmektedir. Doğuştan eksik borçlar hukuk dünyasına baştan itibaren eksik borç olarak gelmekte olup, eksik borç niteliğine baştan itibaren sahiptir. Sonradan eksik borçlar ise, doğdukları andan itibaren eksik borç niteliğine sahip olmayıp, kanunda aranan durumların meydana gelmesiyle sonradan eksik borç niteliğini almaktadır⁶.

Doğuştan eksik borçların da kendi içerisinde farklı çeşitleri bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi olan kumar ve bahisten doğan borçlardır. Kumar, birden fazla kişinin kişisel yeteneklerini sergiledikleri veya sonucun tamamen şansa ve rastlantıya bağlı olduğu bir sürece dayalı olarak kazanç elde etme amacı güttükleri ve kazanan tarafa karşı borç altına girmeyi kabul ettikleri bir sözleşme türüdür. Bahis ise, tarafların belirli bir iddiayı ortaya koyarak, iddiasının doğruluğu kanıtlanan kişiye karşı belirli bir edimde bulunmayı taahhüt ettikleri bir anlaşma niteliğindedir⁷. Burada emeksiz gelir etmenin ve bireylerin ekonomik olarak yıkımına neden olabilecek hareketlerin önüne geçme amacı mevcuttur⁸. TBK m.604'te kumar ve bahisten doğan borçlara ilişkin dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı düzenlenmektedir. TBK m.604 ve TBK m.606 hükümlerinde kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli satışlar ile piyango veya diğer şans oyunları da, kanun ya da yetkili makamlarca izin verilmedikçe kumar ve bahis borçları gibi sayılmakta olduğu düzenlenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, devlet tarafından izin verilen Milli Piyango, At Yarışları gibi bazı kumar ve bahis ilişkilerinden doğan borçların dava yoluyla ifasının sağlanması mümkündür⁹.

Doğuştan eksik borçlardan bir diğeri, evlenme simsarlığından doğan ücret borcudur. Burada evlenmenin ahlaki değeri dikkate alınarak, bunun para karşılığında sözleşme konusu yapılmasına engel olmak amaçlanmaktadır¹⁰. TBK m.520'de simsar taraflar arasında sözleşme kurulmasına imkân hazırlamakta veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmektedir. Bu bağlamda evlenme sim-

⁶ GÜVEN, s.38.

⁷ EREN, N.250; OĞUZMAN/ÖZ, N. 66; ANTALYA, Borçlar N.159; TÜZÜNER, Özlem, "Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege FERANda Düşünceler", **TBB**, Y.2013, C.26, S.107, s.246; BİLGE, Necip, "Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar", **İMHAD**, Y.1958, C.3, S.1, s.7; GÜVEN, s.39.

⁸ EREN, N.250 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §5, N.16.

⁹ EREN, N.255; GÜVEN, s.40.

¹⁰ EREN, N.256; GÜVEN, s.41; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, §5, N.20.

sarı da taraflar arasında evlilik ilişkisinin kurulmasına aracılık etmektedir. TBK m.524'te evlenme simsarlığından doğan borçların eksik borç niteliği vurgulanarak, ücret talep etme ve dava açma hakkı vermeyeceği düzenlenmektedir.

Bir başka doğuştan eksik borç türü ahlaki ödevlerden doğan borcun ifasıdır. Kanunen yardım etmekle yükümlü olmadığımız kimselere ahlaki düşüncelerle yardım etmek isteyebilmemiz mümkündür. Bu şekilde ahlaki üstlenilen ve ifa edilen borçlar eksik borçlar arasındadır¹¹. Nitekim TMK m.364'te yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan altsoy, üstsoy ve kardeşlere nafaka ödeme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bunların dışında kalan kimseler tarafından örneğin yeğenin teyzesine yaptığı yardım ahlaki ödevlerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan ifa eksik borç niteliğindedir. Ahlaki ödevlerden doğan borçlar kefalet ve rehin ile teminat altına alınabilir, ceza koşuluna bağlanabilir ve takas edilebilir¹².

Doğuştan eksik borç olup olmadığı tartışılan bir borç ise malikin iyiniyetli zilyet karşısındaki borcudur. TMK m.994/I'e göre, iyi niyetli zilyet, kendisinden iade talebinde bulunan kişiden, söz konusu şey üzerinde gerçekleştirdiği zorunlu ve faydalı masrafların karşılanmasını talep edebilir ve bu tazminat ödene kadar ilgili şeyi iade alıkoyma hakkına sahiptir. Katıldığımız görüşe göre, hükümde malikin söz konusu masraflar için yöneltebileceği tazminat hakkı düzenlenmektedir. Malikin söz konusu masraflara ilişkin alacak talebi eksik borca dayanmamakta olup, tam borca dayanmaktadır¹³. Dolayısıyla malikin söz konusu masraflara ilişkin alacak talebinin eksik borç niteliğinde olduğunu kabul etmek isabetli bir yaklaşım olmaz. Ancak doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, malikin iyiniyetli zilyede söz konusu masraflardan doğan borcu eksik borç niteliğindedir. Bu görüşe gerekçe olarak, zilyedin yapmış olduğu masrafların ödenmesini alacak hakkından bağımsız olarak talep ve dava etme hakkına sahip olmadığı, burada teknik anlamda dava hakkı yerine def'i hakkının düzenlendiği ileri sürülmektedir¹⁴.

Eksik borçların bir diğer türü olan sonradan eksik borçlar temel olarak zamanlaşımına uğramış olan borçlar ve konkordato dışında kalan borçlar olarak

¹¹ EREN, N.259; OĞUZMAN/ÖZ, N.67; GÜVEN, s.43; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §5, N.22.

¹² ŞAHAN, s.408; EREN, N.260.

¹³ EREN, N.262; GÜVEN, s.47.

¹⁴ AYDOS, Oğuz, Sadık, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.31.

karşımıza çıkmaktadır. Zamanaşımına uğramış borçların eksik borç olarak kabul edilmesinin nedeni toplumda düzen, barış ve istikrarı sağlama adına alacak hakkının belirli bir süre içinde talep edilmesidir¹⁵. Konuya ilişkin verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında (YHGK)¹⁶, “... zamanaşımı; alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden, dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir. Sonucu alacak hakkına son verme değil, onu eksik borç haline getirme olarak ortaya çıkar. Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde; iddia edilen alacağın aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen kullanılmaması karşısında borçlunun oldukça uzak geçmişte kalan bir borçtan doğabilecek ihtilaflara karşı korunması, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya layık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır...” şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Zamanaşımına uğramış olan bir borcun ifası dava yoluyla talep edildiğinde, borçlu zamanaşımı def’ini ileri sürerek borcun ifasından kaçınma hakkı sahiptir¹⁷. Konuya ilişkin YHGK kararında¹⁸, “... zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç (Obligationaturalis) hâline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def’ide bulunması gerekir...”. Zamanaşımı, def’i olarak kabul edildiği için hakim re’sen dikkate alamaz, mutlaka taraflarca ileri sürülmesi gerekir¹⁹. Zamanaşımı def’i ileri sürüldüğünde borç eksik borç niteliğine bürünür ve borçlu tarafından ifa edildiğinde sebepsiz zenginleşme yoluyla geri istenemez.

Sonradan eksik borçlardan bir diğeri konkordato dışı borçlardır. İcra İflas Kanunu (İİK) m. 285 vd. düzenlenen konkordato, herhangi dürüst bir borçlunun alacaklılarının yarısını ve alacakların üçte ikisini aşan çoğunluk ile yaptığı ve

¹⁵ EREN, N.266; ANTALYA, N.168.

¹⁶ Yar. HGK., E.2013/21-2216, K. 2015/1349, 15.05.2015. Erişim Tarihi: 02.04.2025 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁷ ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.349; KILIÇOĞLU, Ahmet, Mithat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s.1098; TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/ SERMET, Akman/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993, s.1030; EREN, s.94; GÜVEN, S.51.

¹⁸ Yar. HGK., E. 2015/21-2925, K. 2019/277 K., 12.03.2019. Erişim Tarihi: 02.04.2025 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁹ ŞAHAN, s.410.

ticaret mahkemesi onayı ile hüküm doğuran ve tayin edilen süre içerisinde tüm adi borçlarını, teklifine uygun koşullara göre ödemesini sağlayan bir cebri icra kurumudur²⁰. Gerek adi gerekse resmi konkordato borçluyu borçtan kurtarmakta olup, sadece kalan borcun eksik borç niteliğine dönüşmesine yol açmaktadır²¹. Dolayısıyla, borçlu konkordato dışı borcu ifa ederse geçerli bir ifa söz konusu olur ve yapılan ifa geri alınmaz. Ancak doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre²², konkordato kapsamında yer almayan borç kısmı açısından bir ibra durumu söz konusudur. Bu doğrultuda, ilgili kısma ilişkin alacak hakkı sona ermektedir. Bunun bir sonucu olarak, konkordato dışında kalan kısmın ifası hukuki anlamda borç niteliği taşımayan bir edimin yerine getirilmesi olarak değerlendirilecek ve sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri talep edilebilecektir.

Eksik borçlar sürekli olup olmamasına göre devamlı ve geçici eksik borçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Devamlı eksik borçlarda eksik borcun etkisi sürekli nitelik taşımaktadır. Örneğin, kumar ve bahis borcu, evlenme simsarlığından doğan borç, zamanaşımına uğramış borç vb. Geçici eksik borçlarda ise, dava ve takip hakkının olmaması belirli bir süre için öngörülmekte olup, bu sürenin dolmasıyla borç eksik borç niteliğinden çıkarak tam borca dönüşmektedir²³. Bunun sebebi olarak ise alacaklı ile borçlu arasındaki özel ilişkinin bozulmak istemesi gösterilmektedir²⁴. TMK m.370 ve m.371 hükümlerinde düzenlenen altsoyun denkleştirme alacakları geçici eksik borç niteliği taşımaktadır. Nitekim TMK m.370’te ana ve baba veya büyük ana ve baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ya da gelirlerini aileye özgüleyen ergin altsoyların buna karşılık uygun bir bedel isteyebileceği düzenlenmektedir. TMK m.371’te ise, altsoyun, bu bedeli borçlunun ölümü hâlinde isteyebileceği belirtilmektedir. Alacaklının, bu alacağını borçlunun sağlığında, birlikte yaşamanın sona ermesinde veya işletmenin el değiştirmesinde, borçluya karşı icra takibi yapılması veya onun iflâsı hâllerinde de isteyebileceği yer almaktadır.

²⁰ ÖZKAN, Hasan, **Konkordato**, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2014, s.9; AYDEMİR, Efrail, **Konkordato ve yeniden Yapılandırma**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.18 vd; ULUKAPI, Ömer, **Konkordatonun Feshi**, 1. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 1998, s.7.

²¹ EREN, N.269; GÜVEN, s.52; ŞAHAN, s.411; ANTALYA, N.176; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar, s.29.

²² Ulukapı, Ömer, “Konkordatonun Sonuçları”, **SÜHFD**, Y.2000, C.8, S.1-2, s.31.

²³ EREN, N.265; ŞAHAN, s.411.

²⁴ GÜVEN, s.53.

II. EKSİK BORCUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Eksik borcun hukuki niteliğine ilişkin def'i ve itiraz kavramları ileri sürülmektedir. Bu kavramları kısaca açıklayacak ve karşılaştıracak olursak, def'i, borçluya borcunu özel bir sebebe dayanarak ifa etmekten kaçınma hakkı vermektedir. Def'i hakkına sahip olan kişi, bu hakkını kullanarak kendisinden talep edilen edimi yerine getirmeyi reddedebilir veya edimin ifasını geçici ya da kalıcı olarak erteleyebilir²⁵. Def'iler sürekli def'i ve geciktirici def'i olarak ikiye ayrılmaktadır. Sürekli def'iler, ileri sürüldüğünde karşı tarafın talep hakkını tamamen ortadan kaldırarak, def'i hakkı sahibine edimi ifadan süresiz olarak kaçınma yetkisi tanımaktadır. Buna karşılık, geciktirici def'iler yalnızca belirli bir süre boyunca alacaklının talep hakkını engellemekte ve edimin ifasını erteleme²⁶. Sürekli def'ilere zamanaşımı def'i, geciktirici def'ilere ise ödemezlik def'i örnek olarak gösterilebilir.

Savunma araçlarından bir diğeri olan itiraz ise, hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren maddi olguların ileri sürülmesidir. Şekle aykırılık, ehliyet eksikliği sebebiyle geçersizlik, alacağın ödendiği, ibra gibi olguların ileri sürülmesi örnek verilebilir²⁷.

Def'i ve itiraz arasındaki farkları incelediğimizde def'i bir haktır ancak itiraz maddi bir olgudur. Def'i sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilirken, itiraz menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir. Def'inin mutlaka taraflarca ileri sürülmesi gerekirken, hakim itirazı re'sen dikkate alır. Def'i, bir hakkı ortadan kaldırmayıp, onun kullanılmasını sürekli ya da geçici olarak engellemektedir. Buna karşılık, itirazın ileri sürülmesi, hakkın hiç doğmadığını veya hakkın sona erdiğini ileri sürmeye yönelik bir savunma niteliği taşımaktadır²⁸.

Doktrinde genel eğilim eksik borçların türlerine ilişkin ayrım yapmaksızın hukuki niteliklerinin def'i olduğu yönündedir²⁹. Bir başka ifadeyle, borcun eksik borç niteliği taşıması, bir def'i sebebi olup yalnızca borçlu tarafından ileri sürülebilir. Mahkeme, bu durum dosya kapsamından anlaşılrsa dahi re'sen dikkate alamaz. Ancak belirtmek gerekir ki, kumar ve bahis borcu, evlenme simsarlığından doğan borç ve ahlaki ödevin yerine getirilmesinden doğan borcun hukuki niteliği bakımından

²⁵ EREN, N.197; ANTALYA, Borçlar, N.210 vd; OĞUZMAN/ÖZ, N.1961.

²⁶ EREN, N.197; ANTALYA, Borçlar, N.210 vd; OĞUZMAN/ÖZ, N.1961.

²⁷ EREN, N.208; ANTALYA, Borçlar, N. 216.

²⁸ CANBOLAT, Ferhat, "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", EÜHFD, Y.2008, C. III, S.1, s.260 vd; EREN, N.208; ANTALYA, N.215.

²⁹ GÜVEN, s.55.

itiraz olduğuna hükmeden Yargıtay kararları bulunmaktadır. YHGK'nın vermiş olduğu bir kararda³⁰ “... kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def'i değil, bir itiraz oluşturmaz. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz...” şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur. Nitekim doktrinde Yargıtay'ın bu görüşüne katılan yazarlar da bulunmaktadır³¹. Kanaatimizce, kumar ve bahis borcu, evlenme simsarlığından doğan borç ve ahlaki ödevin yerine getirilmesinden doğan borcun hukuki nitelendirmesini itiraz olarak yapmak itiraz kavramının tanımı ile çelişir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, itiraz hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş bulunan hakkı sona erdiren maddi olguların ileri sürülmesidir. Oysa kumar ve bahis borcu, evlenme simsarlığından doğan borç ve ahlaki ödevin yerine getirilmesinden doğan borçlarda borç geçerli olarak doğmuştur ve sona ermemiştir. Burada sadece borcun eksik borç olması sebebiyle dava veya takip yoluyla talep edilmesi söz konusu olamamaktadır. Nitekim borcun eksik borç niteliği taşıması, maddi olgu değil, kanunun öngördüğü hukuki bir sonuçtur³². Dolayısıyla bu tür eksik borçları def'i olarak nitelendirmek daha uygun olur. Zira burada da borçlu dava açıldığında özel bir sebebe dayanarak yani borcun eksik borç olma niteliğine dayanarak borcun ifasından kaçınma imkânı elde etmektedir. Ancak doktrinde bir görüş³³, evlenme simsarlığından doğan ücret alacağı ile kumar ve bahisten kaynaklanan borçlar bakımından dava açılmasının ve takip yapılmasının mümkün olmadığını belirten TBK m.604 ve TBK m.524 hükümlerinden yola çıkarak bir sonuca ulaşmaktadır. Buna göre Kanunun emredici hükümleri karşısında, hâkim, açılan bir davada söz konusu alacağın evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten kaynaklandığını tespit ederse, ilgili emredici düzenlemeler gereğince davayı reddetmek zorundadır. Bu tür borçların eksik borç niteliği taşıdığı hususu, borçlu tarafından ileri sürülmesi dahi, kanunda “dava açılmaz ve takip yapılamaz” şeklinde emredici hüküm bulunduğundan, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç niteliğinin ileri sürülmesi teknik anlamda bir def'i olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla bu görüş bu tür eksik borçları kendine özgü hukuki niteliği olan eksik borçlar olarak nitelendirmektedir.

³⁰ Yar. HGK., E. 2015/7-932, K. 2017/315, 22.02.2017, Erişim Tarihi: 03.04.2025 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³¹ EREN, s.90; KOCAYUSUFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §5, N.18; OĞUZMAN/ÖZ, N.68; ÇUKADAR, Neslihan, **Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.91.

³² ŞAHAN, s.416.

³³ ŞAHAN, s.417.

III. SÖZLEŞME İLE EKSİK BORÇ YARATILIP YARATILAMAYACAĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Tarafların sözleşme ile eksik borç yaratması yani alacaklı ile borçlunun aralarında anlaşarak mevcut bir alacağı dava veya takip konusu yapmayacaklarının sözleşmeye konusu edilmesinin geçerliliği tartışılmaktadır³⁴.

Bir görüşe göre, tarafların sözleşme özgürlüğü ve irade serbestliği ilkeleri dikkate alınarak borç ilişkisini kurarken veya daha sonraki zamanda bir alacak hakkının dava veya cebri icra yoluyla takip edilemeyeceğini kararlaştırılmaları mümkündür³⁵. Buna bir başka gerekçe olarak ise, tarafların anlaşarak alacak hakkını tahkim şartına bağlı tutarak, dava hakkını ortadan kaldıracabilmelerinin mümkün olduğu da belirtilmektedir³⁶.

Buna karşılık doktrinde katıldığımız bir başka görüşe göre ise, sözleşme ve irade özerkliği ilkeleri mutlak ilkeler değildir. Dava ve takip hakları kamu düzenini ilgilendiren anayasal haklardır. Bu şekilde yapılan sözleşmeler emredici hukuk kuralı niteliğinde olan TMK m.23'te düzenlenen kişilik hakkının bir görünümü olan hak arama özgürlüğünün ve ayrıca mülkiyet hakkının ihlali niteliğini taşımaktadır. Bunun dışında eksik borçlar, istisnai nitelikte olup, Kanunda belirtilenlerle sınırlı olarak düzenlenmektedir ve taraflarca sözleşme özgürlüğüne dayanarak genişletilmesi mümkün değildir³⁷. Kanaatimizce, bu görüş somut olayın şartlarına bağlı olarak ancak tacirler arasındaki ilişkilerde esnetilebilir. Zira TTK m.18'de “.. her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir..” düzenlemesi bulunmaktadır. Aşağıda sözleşme ile eksik borç yaratılamayacağına ilişkin ayrıntılı olarak açıklama yapılacaktır.

³⁴ Sözleşmeden doğan eksik borçların alacaklının borçlusuna karşı mevcut alacağını talep etmeyeceğini taahhüt ettiği bir sözleşme olduğu ve bu sözleşmenin borçluya bir def'i hakkı tanıdığına ilişkin bkz. TURANBOY K. Nuri, **İbra Sözleşmesi**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.31; TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku I Genel Hükümler**, 1. Bası, Sermet Yayınevi, İstanbul, 1976, s.1177; Bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa, Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.50; DEVELİOĞLU, Hüseyin, Murat, **Takas**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.35.

³⁵ EREN, N.264; ANTALYA, Borçlar, N.166.

³⁶ EREN, N.264; ANTALYA, Borçlar, N.166.

³⁷ GÜVEN, s.47.

A. Sözleşme ile Eksik Borç Yaratılamayacağına ilişkin Gerekçeler

1. Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Değerlendirme

a. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin yargı mercilerine başvurarak hak arayabilmelerini ve medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıkların yargısal denetim yoluyla çözüme kavuşturulmasını talep edebilme güvencesini ifade etmektedir. Bu hak, yargı yoluna başvurma ve yargılamanın sonunda bağlayıcı bir karara ulaşabilme imkânını da içerecek şekilde, yargılamaya erişimin maddi ve usuli boyutlarını kapsamaktadır³⁸. Bir başka ifadeyle, yargı mercilerine başvurarak hukuki taleplerini ileri sürebilme ve kendisine yöneltilen iddialara karşı savunmada bulunabilme imkânı sağlayan mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen ve anayasal güvenceye sahip bir hak niteliğindedir³⁹. Mahkemeye erişim hakkı Anayasa'nın (AY) 36. maddesinde hakların korunması ile ilgili hükümler üst başlığında ve hak arama hürriyeti alt başlığı altında temel bir hak olarak düzenlenmektedir. Söz konusu maddede, herkesin, yasal ve meşru usuller çerçevesinde yargı organları nezdinde dava açma veya açılan bir davada savunma yapma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu, hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı düzenlenmektedir⁴⁰. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, *"bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek"* şeklinde mahkemeye erişim hakkını açıklamaktadır⁴¹. Mahkemeye erişim hakkı bakımından mahkemenin, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız olma şartlarını taşıması gerekmektedir⁴².

Nitekim 2001 yılında Anayasa'nın 40. maddesinde yapılan değişiklikle mahkemeye erişim hakkı yalnızca teorik düzeyde tanınan bir yetki olmaktan

³⁸ ÇAYAN, Gökhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", *TAAD*, Y.2016, C.7, S.28, s.238; EKİNCİ, Ahmet, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2014, C.18, S.3, 2014, s.823.

³⁹ EKİNCİ, s.823; KIRAN, Aleya, "Mahkemeye Erişim Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Ekseninde İncelenmesi", *Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2025, C.3, S.1, s.9.

⁴⁰ Madde 36 - "... Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz..."

⁴¹ Anayasa Mahkemesi Özkan Şen Başvurusu, 07.11.2013 Tarih ve Başvuru No: 2012/791 Kararı (E.T: 22.04.2025).

⁴² ÇAYAN, s.245.

çıkarılıp, fiilen ve etkili bir biçimde kullanılabilmesini temin eden bir güvence olarak değerlendirilmektedir⁴³. Anılan değişiklik ile devlet, gerçekleştirdiği işlemler kapsamında, ilgili kişilere hangi kanun yollarına başvurabileceklerini, hangi mercilere müracaat etmeleri gerektiğini ve bu başvuru yollarına ilişkin süreleri açıkça bildirme yükümlülüğü altına alınmıştır. Bu düzenleme sayesinde, bireylerin hukuki başvuru yollarını bilmemelerinden doğabilecek hak kayıplarının önüne geçilmesi amaçlanmakta ve böylece yargıya erişim hakkının etkin kullanımı sağlanmaktadır. Dolayısıyla dava açma hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan düzenlemeler hak arama özgürlüğünün de ihlali niteliğindedir⁴⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında mahkemeye erişim hakkı, hukukun üstünlüğü ilkesinin yapısal bir bileşeni olarak kabul edilmekte olup; bu hakkın gerçek anlamda korunabilmesi için bireylerin mahkemeye ulaşmalarını sağlayan sistemin tutarlı ve etkili olması gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, mahkemeye başvuru yollarının yalnızca mevzuatta yer alması yeterli olmayıp, uygulamada da bireylere açık, pratik ve erişilebilir imkânlar sunulması gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin birinci fıkrasında mahkemeye erişim hakkı doğrudan belirtilmemiş olmakla birlikte, AİHM'in içtihatlarında, her bireyin davasının yargı mercileri önünde görülmesi hakkına sahip olduğu hususu açıkça vurgulanmaktadır⁴⁶. AİHM tarafından 1975 yılında verilen bir kararda ilk defa mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir unsuru olarak, AİHS'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁷.

AY. m.36'da mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu durumda sınırlandırmanın aşağıda

⁴³ EKİNCİ, s.823.

⁴⁴ AKTEPE ARTIK, Sezin, **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.75 vd.; AYDIN, Mesut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y.2006, C.61, S.3, s.18.

Hak arama hürriyeti, yalnızca bireylerin davacı ya da davalı sıfatıyla yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkını kullanmalarıyla sınırlı şekilde değerlendirilemeyeceği, bu hakkın, kimi durumlarda idari ve hatta siyasi nitelikteki başvuru yollarını da kapsayacak şekilde yorumlanmakta olduğuna; bu kapsamda hak arama hürriyetinin yalnızca yargısal yollarla sınırlı olmayan, daha geniş bir koruma alanı sunduğunun kabul edilmekte olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **KÖKÜSARI**, İsmail, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2011, C.15, S.1, s.166.

⁴⁵ DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. II, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s.116.

⁴⁶ ÇAYAN, s.236.

⁴⁷ Golder/Birleşik Krallık Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57496%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57496%22]}) (E.T.: 22.04.2025).

açıklayacağımız AY. m.13'te yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel düzenlemeye göre yapılması gerekmektedir⁴⁸. Konuya ilişkin olarak AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını kabul etmekle birlikte, bu hakkın özüne dokunulmaksızın sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir. Ancak getirilen sınırlamaların Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca meşru bir amaca dayanması ve uygulanan sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık ilkesine uygun olarak makul bir denge kurulması gerekmektedir⁴⁹. Dolayısıyla, hakkın özünü ihlal eden ve orantısız sınırlamalar, AİHM'in içtihatları uyarınca AİHS'ye aykırıdır ve bu tür sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını zedelemektedir⁵⁰.

Etkili başvuru hakkı da mahkemeye erişim hakkının sağlanması noktasında önemli bir işleve sahiptir⁵¹. Bir başka ifadeyle, bireylere anayasa ve kanunlarla mahkemeye başvurma imkânı tanınmış olması, tek başına mahkemeye erişim hakkını güvence altına almaz. Zira mahkemeye erişim hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, başvuru yollarının yalnızca mevcut olması değil, aynı zamanda bu yolların pratikte de erişilebilir ve etkili bir biçimde işleyişine imkân tanınması gerekmektedir. Nitekim temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı AY m.40'ta anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir.

Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin bağımsız ve tarafsız bir yargı organında haklarını savunmalarını güvence altına almaktadır. Kanaatimizce, mahkemeye erişim hakkın işlevsel ve gerçek anlamda korunabilmesi için, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişiye, etkin bir başvuru mekanizması kapsamında, ulaşılabilir ve kullanılabilir nitelikte bir itiraz imkânı sağlanması zorunludur. Ayrıca,

⁴⁸ AKYOL BULUT, Öznur, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Mükellef Hakları, Başvuru Süreci ve Kararların Analizi**, 1. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.48. Sınırlandırmanın kanun ile ve ölçülü olarak yapılabileceğine ilişkin bkz. İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.220.

⁴⁹ Mahkemeye erişim hakkının sınırlarının tartışıldığı AİHM kararı için bkz. *Case of Ashingdane v. The United Kingdom*, 8225/78 Başvuru Numaralı, 28 Mayıs 1985 Tarihli Karar. [https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22itemid%22:\[%22001-57425%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22itemid%22:[%22001-57425%22]}) (E.T: 22.04.2025).

⁵⁰ ÇELİK, Özlem, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülükler İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2020, C.XXIV, S.1, s.300.

⁵¹ ÇAYAN, s.238. Mahkeme erişim hakkı etkili başvuru hakkıyla yakın kavramlar olsa da birtakım farklılıklarının bulunduğu ve karıştırılmamaları gerektiğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. TERCAN, İzzet, **Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.102.

mahkemeye erişim hakkının etkinliği açısından, özellikle idari makamların işlem ve eylemlerinden doğan ihtilaflar ön plana çıkmaktadır. Zira bu tür uyumsuzluklarda birey, kamu gücü karşısında yapısal olarak zayıf konumda olduğundan, hak arama özgürlüğünün sağlanması bakımından yargı yoluna başvurma imkânı özel bir önem arz etmektedir.

b. Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlükler kategorisinde değerlendirilmiş olup, Anayasa'nın ikinci kısmının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 35. maddede anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Söz konusu hükümde, *"herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.."* düzenlemesi yer almaktadır. Özel hukuk bağlamında mülkiyet hakkı mutlaka eşya ile ilişkilendirilmesi gereken, hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini veren aynı haklar arasındadır⁵². Aynı haklar ise, eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar arasında yer almaktadır⁵³. TMK'nın 683. maddesinde gerek bu yetkiler ve gerekse mülkiyet hakkına yönelik ihlal karşısında açılacak davalar düzenlenmektedir⁵⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında da benzer şekilde, *"Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır..."* şeklinde tanımlanmaktadır. Kararın devamında da, *"Alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarından (E.2008/58, K.2011/37, K.T. 10/2/2011)"* ifadesi yer almaktadır⁵⁵. Anayasa Mahkemesi kararlarında mülkiyet hakkının konusu belirlenirken, yalnızca klasik anlamda tanımlanmış mülkiyet unsurlarıyla yetinilmemekte; Türk Medeni Kanunu ve benzeri mevzuat hükümlerinin ötesine geçerek, bireylerin ekonomik değer taşıyan menfaatlerini de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bir başka

⁵² OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 26. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s.2 vd; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku Cilt I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.6.

⁵³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.2 vd; SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.2 vd.

⁵⁴ TMK m.683: *"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.."*

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Akel Gıda San. Tic. A.Ş. Başvurusu, Başvuru numarası: 2013/28, Karar Tarihi: 25.02.2015. (E.T: 24.06.2025).

ifadeyle, mülkiyet hakkının koruma alanı yalnızca taşınır ve taşınmaz mallarla sınırlı değildir, mülkiyet hakkının konusunu hem maddi hem de maddi olmayan her türlü malvarlığı değeri oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, menkul ve gayrimenkul mallar dışında; konumuz bağlamında alacak hakları, patent ve marka hakları, fikrî mülkiyet hakları, tahkim kararlarından doğan talepler, hisse senetleri, kira gelirine ilişkin haklar, emeklilik maaşına ilişkin kazanılmış haklar ile bireylerin ekonomik olarak korunmaya değer meşru beklentileri, mülkiyet hakkının anayasal güvencesi altındaki unsurlar arasında yer almaktadır⁵⁶.

Mülkiyet hakkının sınırlanması ise ancak AY m.13'te belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi halinde mümkündür⁵⁷. AİHS Ek Protokol No.1 m.1'de de temel olarak her gerçek ve tüzel kişinin malvarlığı değerlerine yönelik müdahalelere karşı korunma ve mülkiyetine saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir⁵⁸.

2. Anayasal Hükümlerin Yatay Etkisi

Geleneksel anlayış çerçevesinde Anayasa'da düzenlenen hükümler, esasen devlet ile birey arasındaki ilişkileri konu almakta ve bu kişiler arasında Anayasa'dan kaynaklanan ihlalleri önlemek amacı taşımaktadır⁵⁹. Daha açık bir ifadeyle, anayasal düzenlemeler aracılığıyla devletlere, insan haklarına saygı göstermek, bu hakları korumak ve geliştirmek yönünde pozitif ve negatif nitelikte çeşitli yükümlülükler yüklenmektedir. Bu bağlamda, Anayasa'daki temel hak ve

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKÇA, Kübra, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**, Y.2015, C.1, s.580; Anayasa Mahkemesi. Yıldırım, Başvuru No: 2013/711, AMKBB, Karar Tarihi: 3.4.2014. (E.T: 24.06.2025).

⁵⁷ DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mehmet Tevfik Birsnel Armağanı, Y.2001, İzmir, s.487 vd.

Anayasa'da 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile genel sınırlama sebepleri Anayasa'dan kaldırılmış, özel sınırlama sebepleri olarak hakkın özü, laik cumhuriyetin gerekleri gerekleri ve ölçülülük kriterleri getirilmiştir. AYDIN, Nizamettin, **3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri**, 1. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2008, s.102; EVRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak, "1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Y.2019, C.21, Özel Sayı, s.1781.

⁵⁸ AİHS 1 No.lu Ek Protokol m.1: "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkılarının veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

⁵⁹ KAYA, Seyithan, "İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı", **Anayasa Yargısı**, Y.2023, C.40, S.2, s.171.

hürriyetlere ilişkin düzenlemeler birey ile devlet arasındaki yani dikey ilişkilerde kendisini göstermekteydi⁶⁰.

Bireyler arasındaki ilişkiler, diğer bir ifadeyle yatay ilişkiler, ağırlıklı olarak özel hukuk kuralları çerçevesinde düzenlenmekte olup, bu ilişkilerden doğan uyumsuzluklar da çoğunlukla adli yargı mercilerince çözümlenmektedir. Ancak günümüzde, toplumda adaletin sağlanması ve bireyin insan haysiyetine uygun, güven içinde bir yaşam sürdürebilmesi amacıyla yalnızca birey-devlet ilişkilerinde ortaya çıkan insan hakları ihlallerinin önlenmesi yeterli görülmemektedir. Bu nedenle, özel hukuk kişileri arasında cereyan eden bazı hukuki ihtilaflarda da yani yatay ilişkilerde de insan haklarının gözetilmesi ve bu haklara uygun çözüm yollarının benimsenmesi gerektiği yönündeki anlayış giderek kabul görmektedir⁶¹. Bir başka ifadeyle, bireyin bireyle olan ilişkilerinde temel hakların uygulama alanı bulması anayasal hükümlerin yatay etkisi olarak nitelendirilmektedir⁶².

Anayasa normlarının yatay etki doğurmasına ilişkin hususlar, ne anayasal metinlerde ne de kanun düzeyindeki mevzuatta açık ve belirgin biçimde düzenlenmiş değildir⁶³. Ancak Anayasa'nın 11. 14/II ve 138. maddelerindeki düzenlemeden yola çıkarak anayasa hükümlerinin yatay etki taşıdığı sonucuna ulaşılmasının isabetli olduğu ileri sürülmektedir⁶⁴. Anayasa'nın 138. maddesinde, *"Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler..."* düzenlemesi yer almaktadır. Anayasa m.14/II'de, *"... Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz..."* hükmü düzenlenmektedir. Anayasa'nın 11. maddesine göre, *"anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağ-*

⁶⁰ KAYA, s.172; DÖNMEZKUŞ, Dilara, **Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü**, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.29.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLERCİ, Altan Fahri, "Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikteki Mülkiyet Hakkının Korunması", Y.2022, **AkdHFD**, C.12, S.1, s.246.

⁶² DÖNMEZKUŞ, s.29. Yatay etki dışında "özel hukukun anayasallaşması", "üçüncü kişilere etki" gibi nitelendirmeler de yapılmaktadır. Bkz. PERDECİOĞLU, İsmail Emrah, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", **TAAD**, Y.2020, C.11, S.43, s.54.

⁶³ Anayasa'nın özel hukuk ilişkilerine uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. BOYAR, Oya, **Anayasa ve Özel Hukuk**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.88.

⁶⁴ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.125; AÇIL, Murat, **Anayasa Hukuku Açısından Sözleşme Hürriyeti**, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2024, s. 486; GÜLERCİ, s.247.

layan temel hukuk kurallarıdır...”. Hükümde yer alan “kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” ifadesinden birey-birey arasında olan yatay ilişkilerin bu kapsamda olduğu değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesine 2012 yılında tanınan bireysel başvuru imkânı ile beraber Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında anayasal hükümlerin yatay etkisi de göze çarpmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 2012 yılında⁶⁵, iki birey arasında mülkiyet hakkı ve Kat Mülkiyeti Kanunun’dan doğan bir ihtilafta, Anayasa Mahkemesi özetle “Bireysel başvuru devlet tarafından kamu gücü kullanılarak bireylerin temel haklarına yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen hak ihlallerini gidermek amacıyla ihdas edilmiş bir ikincil koruma mekanizması olmakla birlikte kimi durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin birbirlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilmektedir. Bu durumlarda bireysel başvuru konusu yapılan dava sadece adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmekle kalmayıp özel kişiler tarafından başlatılan süreç sonucu etkilenen diğer haklar yönünden de incelenebilir...” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Dolayısıyla devlet, temel hak ve özgürlükleri korumak ve onlara müdahaleden kaçınmanın dışında, özel hukuk kişilerinden gelebilecek müdahalelere karşı da bireyleri koruyacak etkili önlemleri alma ve gerekli hukuki mekanizmaları tesis etme yükümlülüğü altındadır.

Doktrinde yatay etki doğrudan yatay etki ve dolaylı yatay etki olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁶. Doğrudan yatay etki, anayasal düzeyde güvence altına alınan insan haklarının, yalnızca kamu otoritelerine karşı değil, özel hukuk süjesi olan kişiler arasında ortaya çıkan ihtilaflarda da doğrudan uygulanmasını ifade etmektedir⁶⁷. Dolaylı yatay etki ise, temel hakların yükümlüsünün devlet olmasından yola çıkarak anayasal hükümlerin bireyler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığını, bireylerin anayasada düzenlenen temel hakları birbirilerine karşı ileri sürmelerinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Daha açık bir ifadeyle, anayasa hükümlerinin dolaylı yatay etkisinin bir hukuki uyumsuzluk söz konusu olduğunda, özel hukuk hakiminin belirsiz kavramları yorumlarken, kanuni boşlukları doldururken ve irade beyanlarını yorumlarken dikkate alması gerektiğini ve bu bağlamda anayasada güvence altına alınan temel haklara uygun yorum yapmakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir⁶⁸. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin do-

⁶⁵ Türkiye Emekliler Derneği, Başvuru No: 2012/1035, Karar Tarihi: 17/7/2014. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1035> (E.T: 19.06.2025).

⁶⁶ KAYA, s.174.

⁶⁷ DÖNMEZKUŞ, s.42; KAYA, s.17; AÇIL, s.471.

⁶⁸ KAYA, s.177; DÖNMEZKUŞ, s.78; AÇIL, s.474.

laylı etkisinin asıl muhatabının yargı organları, özellikle de özel hukuk uyuşmazlıklarına bakan hâkimler olduğu belirtilmektedir⁶⁹.

Türk Anayasa hukukunda, doğrudan yatay etkinin mi yoksa dolaylı etkinin mi benimsendiği tartışmalı olmakla birlikte, temel hakların yatay etkisinin hem doğrudan hem de dolaylı yatay etki modelinin benimsenebileceği de doktrinde ifade edilmektedir⁷⁰. Ancak, Türk özel hukukundaki düzenlemelerin anayasa ile uyumlu olması, temel hakların özel hukuk alanında somut kanuni düzenlemelere sahip olması nedeniyle doğrudan yatay etkiye ihtiyaç olmadığı ifade edilmektedir⁷¹. Zira özel hukukta birçok temel hak ve hürriyetin somutlaştırıldığı örneğin yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, özel hayatın gizliliğinin TMK’da kişilik hakkı kapsamında korunduğu, adil yargılanma hakkının usul hukuku kapsamında korunduğunu, diğer temel hak ve hürriyetlerin ise eşya, aile ve miras hukukundaki düzenlemelerle korunduğu belirtilmektedir⁷². Bunun dışında, tarafların temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan açık ve özel düzenlemelerin bulunmadığı hallerde yargı mercileri anayasal normlara uygun yorum yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmeli; hukuk boşluklarını Anayasa’ya uygun biçimde doldurmalı ve özel hukuk normlarını temel haklar doğrultusunda yorumlayarak koruma yükümlülüğünü ifa etmeleri gerektiği de belirtilmektedir⁷³. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da dolaylı yatay etkinin kabul edildiği ifade edilmektedir⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa’nın normlar hiyerarşisindeki konumu dikkate alındığında, tüm normatif düzenlemelerin ve hukuki işlemlerin anayasal ilke ve kurallara uygunluğunu gerektirmektedir. Kanunların Anayasa’ya uygun olması zorunluluğunun doğal bir yansıması olarak, özel hukuk kişileri tarafından tesis edilen tüm hukuki işlem ve fiillerin de anayasal hükümlere uygunluk arz etmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, anayasal üstünlük ilkesi çerçevesinde, Anayasa’ya aykırılık taşıyan herhangi bir özel hukuk işleminin geçerliliğinden söz edilemeyeceği; bu tür işlemlerin, baştan itibaren TBK m.27’de düzenlenen

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. AŞİT, Recep, Kanun Yolu Yargılamasında Hukuka Aykırılık Denetimi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2024, s.102; BOYAR, Oya “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde İnceoğlu, Sibel, (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)** Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.58.

⁷⁰ AÇIL, s.491.

⁷¹ AÇIL, s.491.

⁷² DÖNMEZKUŞ, s.207; AÇIL, s.491.

⁷³ AÇIL, s. 491, 492.

⁷⁴ KAYA, s. 204, 205.

hallerden biri olan emredici hukuk kuralına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz (batıl) sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵. Zira TBK m.27’de⁷⁶ yer alan “emredici hüküm” ifadesi, yalnızca kanun düzeyindeki normlarla sınırlı olmayıp, Anayasa’nın üstün normatif yapısını da kapsamaktadır⁷⁷. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, taraflar arasında yapılan sözleşme hükümleri Anayasa’ya aykırı nitelikte ise TBK m.27 hükmünü uygulamaya gerek olmaksızın Anayasa’nın 11. maddesinde göre geçersiz sayılmalıdır⁷⁸.

3. Mahkemeye Erişim Hakkının Kişilik Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.23 ve devamında düzenlenen kişilik hakkı, dinamik ve değişken yapısı nedeniyle, yer, zaman ve sosyal şartlara bağlı olarak farklılık arz eden soyut bir hukuk kavramıdır. Bu bağlamda, kişilik hakkının kapsamı ve sınırlarının kesin çizgilerle belirlenmesi mümkün olmamakta; özellikle teknolojik ilerlemeler kişilik hakkının içeriğini sürekli olarak etkilemekte ve dönüştürmektedir⁷⁹. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında katı bir sınırlama yapmaksızın kişilik hakkını, “... kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü ...⁸⁰” olarak tanımlamıştır. Doktrinde ise kişilik hakkı, kişinin insan olmasından ötürü ayrılmaz biçimde sahip olduğu kişisel değerler üzerinde hak olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Bir başka ifadeyle, kişilik hakkı, bireyin toplum içindeki itibarını, manevi bütünlüğünü ve kendisini serbestçe geliştirme özgürlüğünü güvence altına alan temel bir haktır⁸².

⁷⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÜLERCİ, s.247 vd.

⁷⁶ TBK m.27: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...”.

⁷⁷ DÖNMEZSOY, S.198.

⁷⁸ GÖREN, Zafer, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s.31.

⁷⁹ ZORLUTUNA, Dilara, “Kişilik Hakkı Kapsamında Şeref ve Haysiyet Kavramı ile Şeref ve Haysiyete Saldında Hukuka Aykırılık Unsuru”, *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2024, C.2, S.2, s.397.

⁸⁰ Yar. 4. HD., E. 2007/9966, K. 2008/5096, 10.04.2008. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (E.T: 28.04.2025).

⁸¹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s.100; HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, 9.Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2021, s.103; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s.178; ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, *Medeni Hukuk Cilt I*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s.123.

⁸² SEROZAN, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 11, S: 14, 1977, s.93.

Belirtmek gerekir ki, kişilik hakkı önemli birtakım niteliklere sahiptir. Şahıs varlığı hakları arasında yer alan kişilik hakkı, mutlak bir hak olup, herkese karşı ileri sürülebilir niteliktedir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve ancak sahibi tarafından ileri sürülebilir. Bir başka önemli özelliği ise, kişilik hakkı ölümle sona erer, mirasçılara intikal etmez. Bu özellikler dışında kişilik hakkı icra takibine konu olmaz ve zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir⁸³.

Bu bilgiler ışığında, kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerlere ilişkin sınırlayıcı bir tanım yapılmadığı için kişilik hakkının ihlaline ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıktığında hakimın öncelikle ihlal edildiği iddia edilen kişisel değerın kişilik hakkının kapsamına girip girmediğini tayin etmesi gerekmektedir. Hakim bu durumda sadece TMK ve diğer özel hukuk kurallarıyla sınırlı bir inceleme yapmaz; anayasa ve kamu hukukuna ilişkin diğer yasal düzenlemeler de hakime yol gösterici niteliktedir⁸⁴. Bu bağlamda, özellikle Anayasa'nın, kişiliğe sıkı sıkıya bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlükleri düzenleyen 12. maddesi ile bireylerin hak ve ödevlerini konu alan 17 ile 40. maddeleri, yargı organları bakımından bağlayıcı ve yol gösterici nitelikteki temel anayasal hükümlerdendir.

Nitekim çalışma konumuzla bağlantılı olan hak arama özgürlüğü ve bunun bir görünümü olan mahkemeye erişim hakkı AY m.36'da "*kişinin hakları ve ödevleri*" başlığı altında düzenlenmektedir. TMK'nın kişilik hakkını düzenleyen ve emredici nitelikte olan 23. maddesinde de, "*... kimsenin hak ve özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı ...*" düzenlenmektedir. Kanaatimizce mahkemeye erişim hakkı kişilik hakkının bir parçasıdır ve bunu ortadan kaldıran içerikte sözleşme yapılması kişilik hakkının ihlaline yol açmaktadır, hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır⁸⁵. Dolayısıyla kişilerin sözleşme ile eksik borç yaratması mahkemeye erişim hakkının kişilik hakkı kapsamında korunması sebebiyle, yapılan

⁸³ HELVACI, s.107 vd; DURAL/ÖĞÜZ, s.103 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, Kişiler, s.179 vd; ANTALYA/TOPUZ, s.123.

⁸⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s.101.

Kişilik hakkı kavramının ve sınırlarının tayin edilmesinde Anayasa'daki hükümlerden yararlanılacağına ilişkin bkz. ANTALYA, O. Gökhan, **Hukuk Metodolojisi Cilt II**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.666.

⁸⁵ Aynı görüşte bkz. ANTALYA/TOPUZ, s.132; Yazara göre, hak ve fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen feragat sonucunu doğuran sözleşmeler MK. m. 23/1 hükmü kapsamında incelenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.103.

bu sözleşmenin TBK m.27'ye göre kesin hükümsüz olması sonucunu doğurabilmektedir⁸⁶.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu tür sözleşme kayıtları kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında da değerlendirilebilir. Zira Yargıtay'ın bir kararında⁸⁷, kelepçeleme sözleşmesini açıklamak üzere “... *kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çökertici bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir...*” ibaresine yer verilmektedir. Nitekim doktrinde de ifade edildiği üzere, kelepçeleme sözleşmeleri dahil olmak üzere, kişi özgürlüğünü genel ahlaka aykırı biçimde aşırı derecede sınırlayan tüm hukuki işlemler, TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüz (butlanla sakat) sayılmaktadır⁸⁸. Bu kapsamda tarafların sözleşme ile eksik borç yaratması kişi özgürlüğünü genel ahlaka aykırı biçimde aşırı ölçüde sınırlayabileceği dikkate alınarak bu açıdan da kesin hükümsüz olarak nitelendirilebilir.

4. Dava Açma Hakkından Önceden Feragat Edilemeyeceği

Taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisi sırasında, borcun henüz doğmadığı ya da muaccel hale gelmediği bir aşamada, sözleşme konusu borca ilişkin olarak dava ya da icra takibi yoluna gidilemeyeceğine dair yapılan düzenlemeler, haktan feragat niteliği taşımaktadır⁸⁹. Borçlar hukukuna hakim olan ilkeler doğrultusunda henüz doğmamış, doğup doğmayacağı belirsiz veya içeriği somutlaşmamış haklara ilişkin feragat beyanları ise, geçerlilik şartlarını haiz olmadıkları ölçüde hukuki sonuç doğurmazlar. Bu noktada belirtmek gerekir ki henüz doğmamış bir haktan feragat kişilik hakkını koruyan TMK m.23 düzenlemesine aykırılık teşkil ettiği için geçerli değildir⁹⁰. Bir başka ifadeyle, bir haktan feragat edebilmenin ön şartı o hakkın doğmuş olmasıdır. Nitekim Yargıtay

⁸⁶ Aynı görüşte bkz. GÜVEN, s.47.

⁸⁷ Yar. 1. HD., E. 2001/10578, K. 2002/2892, 06.03.2002, Erişim Tarihi: 08.08.2025 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸⁸ Kelepçeleme sözleşmesinin geçersizliğinin türüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCEL, Sevtap, **Kelepçeleme Sözleşmesi**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s.163 vd; ÜNAL, Akın, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s.137 vd.

⁸⁹ Aynı görüşte bkz. GÜVEN, s.47.

⁹⁰ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.551.

kararlarında da doğmamış bir haktan önceden yapılan feragatin geçersiz olduğu belirtilmektedir⁹¹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, haktan feragat ile davadan feragat kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Davadan feragat, Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK) m.307-m.312 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Davadan feragat hüküm kesinleşinceye kadar davacının tek taraflı irade açıklaması ile talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesini sağlayan usuli bir işlemdir⁹². Oysa taraflar arasında alacağa ilişkin dava ve takip hakkını ortadan kaldıran işlem ise bir sözleşmedir.

Kanaatimizce, tarafların sözleşme ilişkisi kurulurken, henüz daha borç doğup muaccel olmadan aralarındaki sözleşme ilişkisinden doğan borca ilişkin dava ve takip konusu yapılamayacağı hususunda yapmış oldukları anlaşma aynı zamanda doğmamış haktan feragat niteliği de taşımaktadır. Doğmamış haktan feragat ise yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere hukuken geçerli değildir.

5. Kanaatimiz

Bireyler arasındaki uyuşmazlıklarda esas olan alacaklının borçludan borcun ifasını dava ve icra yoluyla takip edebilmesidir. Tarafların anlaşarak borcun ifasını dava veya takip yoluyla engellemeleri hukukumuzda borcun ifasına ilişkin genel ilke ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla ifayı dava ve takip konusu edememe ancak kanunda düzenlenen haller ile sınırlı olarak uygulanmalı, istisnai nitelik taşımaktadır.

Nitekim sözleşme ile eksik borç yaratılması sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin de zedelenmesine yol açabilir. Sözleşme tarafları sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin gereği gibi ifasını sağlamak isterler çünkü bilirler ki eğer sözleşme konusu borçlarını gereği gibi ifa etmezlerse söz konusu borçların ifası dava yoluyla gerçekleşecek. Oysa tarafların sözleşme ile eksik borç yaratması sözleşme konusu borçların dava yoluyla ifasına engel olmaktadır. Kanaatimizce, bu durum da tarafların sözleşmeden doğan borçlarının gereği gibi ifasını sağlama motivasyonunu ortadan kaldırmakta ve sözleşmeye bağlılık

⁹¹ Yar. 7. HD., E. 2024/35, K. 2024/5267, 26.11.2024; Yar. 2. HD. E. 2016/3769 K. 2016/12631, 27.6.2016; Yar. HGK. E.1992/16-759 K.1993/132, 31.03.1993; Yar. 13. HD. T. E.2004/6611 K.2004/141, 2011.10.2004; Yar. 15. HD. E.2006/1819 K. 2007/2112, 04.04.2007. Erişim Tarihi: 02.06.2025 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁹² KURU, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2016, s.524; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s.551.

ilkesine zarar vermektedir. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarını sözleşmeye bağlılık ilkesine uygun hareket etmeye sevk eden temel motivasyon, çoğu durumda sözleşmesel sadakatin etik değerinden çok, edimin ifa edilmemesi hâlinde karşılaşılabilecek hukuki yaptırım riskidir.

Açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmakta olup, hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanması açısından da önemlidir. Hak ve hürriyetleri ihlale uğrayan kişiler, söz konusu ihlal durumları hakkında davayı, ihlali yapan kişiye veya ihlale ilişkin eyleme karşı dava açma hakkına sahip olmalıdır. Mahkemeye erişim hakkı, uluslararası sözleşmeler kapsamında korunan bir hak olmasının ötesinde, Anayasa tarafından da tanınan ve güvence altına alınan temel haklardandır. Kanaatimizce, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi sözleşme ile eksik borç yaratarak mümkün olmamalıdır. Mahkemeye erişim hakkından ancak kanunda düzenlenmiş alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim lehine feragat mümkün olmalıdır, bunun dışındaki hallerde bu hak mutlak bir şekilde uygulanmalıdır. Zira tahkimde, Kanun'un izin verdiği konularda, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında, hakemler tarafından çözüme kavuşturulması söz konusudur⁹³. Dolayısıyla tahkimde alacağın dava veya takip konusu olamamasına ilişkin bir nitelik söz konusu değildir.

Kanaatimizce, sözleşmeyle eksik borç yaratılıp yaratılamayacağına ilişkin değerlendirme yaparken anayasal hükümlerin yatay etkisini de gözden kaçırmamak gerekir. Zira mahkemeler, özel hukuk kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda karar verirken, anayasal normlara uygunluk ilkesini gözeterek; ilgili hukuk kurallarını temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ön plana alacak biçimde yorumlamalı ve çatışan haklar arasında makul bir denge kurmalıdır. Dolayısıyla tarafların sözleşme ile eksik borç yaratması anayasa hükümlerinin yatay etkisini dikkate alarak, Anayasa'da kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenen mahkemeye erişim hakkına, hak arama özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle özel hukuk hakimisi tarafından böyle bir düzenlemenin TBK m.27 gereğince kesin hükümsüz olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Aksi takdirde özel hukuk hakiminin verdiği karar ile Anayasa'nın ihlali söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda, tarafların sözleşme ile eksik borç yaratması kişi özgürlüğünü genel ahlaka aykırı biçimde aşırı ölçüde sınırlayabileceği dikkate alınarak kelepçeleme sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilip, bu açıdan da kesin hükümsüz olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

⁹³ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ, s.762; KURU, s.928.

Bunun dışında, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM içtihatlarında yer verildiği üzere, alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında korunan kişilerin temel hakları arasındadır. Kanaatimizce, taraflar arasında sözleşme ile eksik borç yaratılarak böyle bir sözleşmeye özel hukuk hakimî tarafından geçerlilik tanınması mahkeme kararı ile mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilen alacak hakkının ihlaline sebebiyet verebilir. Bu şekilde verilen mahkeme kararı Anayasa m.35'te düzenlenen mülkiyet hakkının da ihlali niteliğini taşıyabilmektedir.

Taraflarca sözleşme ile eksik borç yaratılmasının yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle hukuka uygun olmadığı kanaatini taşımakla beraber, bu görüş sadece tacirler arasındaki sözleşmelerde somut olayın şartları dikkate alınarak esnetilebilmesi mümkün olabilir. Nitekim tacirlerin TTK m.18'de belirtildiği üzere basiretli davranma yükümlülükleri söz konusudur. Yargıtay kararlarında da, “... Basiretli bir işadamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadır (Ticari İşletme Hukuku, Prof. dr. Sabih Arıkan 7. Baskı 2004 sayfa 132 vd.). Tacir özellikle ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir işadamı gibi davranmak zorundadır. Tacir, ister icapta bulunan, isterse kabul eden durumunda olsun akdin kurulmasından önce ve kurulması sırasında ticaretinin özelliğini gözönünde tutan tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacir gibi davranmak zorundadır. Araştırma yapmaksızın ve tedbirsiz bir şekilde hareket ederek icapta ve kabul beyanında bulunan tacir basiretli bir işadamı gibi davranma mükellefiyetini yerine getirmemiş sayılır...”⁹⁴ ibaresine yer verilerek tacirin basiretli davranma zorunluluğu vurgulanmıştır. Bu açıklamalar çerçevesinde eğer tacirler ticari işletmelerine ilişkin alacakları hakkında sözleşme ile eksik borç yaratmışlarsa basiretli bir tacir olarak bunun sonuçlarına katlanmaları gerekmektedir. Basiretli bir tacir olmanın gereğini yerine getirmeyip gerekli özeni ve araştırmayı göstermeyen taciri bunun sonuçları ile sorumlu tutmak somut olayın şartları dikkate alınarak daha adil bir yaklaşım olabilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, alacak hakkından feragat edebilmek için bu hakkın doğmuş olması gerekmektedir. Tarafların henüz alacak hakkı doğmadan bu alacağa ilişkin dava ve takip konusu yapılamayacağına ilişkin sözleşme yapmaları geçerli olarak sonuç doğurmamalıdır.

⁹⁴ Yar. 15. HD., E. 2018/17, K. 2018/1642, 19.04.2018. Erişim Tarihi: 15.06.2025 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

SONUÇ

Eksik borçlar diğer borçlardan farklı olarak dava ve takip konusu yapılamayan ancak borçlunun rızası ile eksik borcun ifasını gerçekleştirmesi durumunda sebepsiz zenginleşme ile iadesi sağlanamayan borçlardır. Eksik borçlar doğuştan- sonradan eksik borçlar, sürekli-geçici eksik borçlar olarak çeşitli şekillerde tasnif edilmektedir. Doktrinde hakim olan görüş, eksik borçların türlerine göre bir ayırım yapmadan hukuki niteliklerini def'i olarak nitelendirmektedir. Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda kumar ve bahis borcu, evlenme simsarlığından doğan borç ve ahlaki ödevin yerine getirilmesinden doğan borcun hukuki niteliği bakımından itiraz olduğuna hükmetmektedir. Kanaatimizce, kumar ve bahis ilişkilerinden, evlenme simsarlığından veya ahlaki bir yükümlülüğün ifasından kaynaklanan borçların hukuki nitelendirmesini itiraz olarak değerlendirmek, itiraz kavramının tanımıyla bağdaşmamaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, itiraz; ya hakkın doğumunu engelleyen ya da doğmuş bir hakkı sona erdiren maddi vakıaların ileri sürülmesidir. Ne var ki, söz konusu borçlarda borç ilişkisi hukuken geçerli şekilde doğmuş ve henüz sona ermemiştir. Bu bağlamda, bu tür borçların yalnızca eksik borç niteliği taşıması nedeniyle ifalarının dava ya da icra takibi yoluyla talep edilebilmesi mümkün değildir. Eksik borç statüsünün temelinde ise herhangi bir maddi olgu değil, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir hukuki sonuç yer almaktadır. Bu nedenle, bu tür borçlara karşı ileri sürülebilecek hukuki savunmanın def'i olarak nitelendirilmesi daha isabetli olacaktır. Zira def'i durumunda borçlu, kendisine karşı açılmış bir dava yahut başlatılmış bir takip karşısında, borcun eksik borç niteliğine sahip olduğunu ileri sürerek, ifa yükümlülüğünden hukuken kurtulma imkânına sahip olmaktadır.

Çalışma konumuzun temelini oluşturan sözleşme ile eksik borç yaratılıp yaratılamayacağına ilişkin olarak görüşümüze göre, sözleşme serbestisi ve irade özerkliği ilkeleri mutlak nitelikte olmayıp, anayasal sınırlarla çevrilidir. Bu kapsamda, dava açma ve takipte bulunma hakları, yalnızca özel hukuk ilişkisinin değil, aynı zamanda kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olan anayasal haklar kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, bu tür sözleşmeler AY m.36'da düzenlenen hak arama özgürlüğü ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkı ile AY m.35'te düzenlenen mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edebilir. Kanaatimizce, sözleşme yoluyla eksik borç tesis edilip edilemeyeceğine ilişkin değerlendirmede, yalnızca özel hukuk ilkeleriyle yetinilmeyip, anayasa normlarının özel hukuk ilişkilerinde doğrudan veya dolaylı yatay etkisinin de dikkate alınması zorunludur. Zira, yargı organları, özel hukuk kişilerinin taraf olduğu

ihtilaflarda karar verirken, anayasal normlara uygunluk ilkesini gözetmek ve çatışan temel hak ve özgürlükler arasında ölçülü, adil ve makul bir denge kurmakla yükümlüdür. Bu çerçevede, taraf iradesiyle eksik borç yaratılması, Anayasa'nın "kişinin hakları ve ödevleri" başlığı altında güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi temel hakları ihlal etme potansiyeli taşıyorsa, özel hukuk hakimî tarafından söz konusu sözleşmesel düzenleme, Türk Borçlar Kanunu m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulabilir. Aksi yönde verilecek bir yargı kararı, özel hukuk yargıcının Anayasa'yı dolaylı olarak ihlal etmesi sonucunu doğurabilir. Nitekim hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da açıkça vurgulandığı üzere, alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında korunan ekonomik değerlerden biri olarak kabul edilmektedir. Taraflar arasında sözleşme ile eksik borç yaratılarak böyle bir sözleşmeye özel hukuk hakimî tarafından geçerlilik tanınması mahkeme kararı ile mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilen alacak hakkının ihlaline de sebebiyet verebilir.

Ayrıca, mahkemeye erişim hakkı, bireyin kişilik hakkının ayrılmaz bir parçası olup, bu hakkı bertaraf edecek içerikteki sözleşmeler, doğrudan kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmakta ve aynı zamanda hak arama özgürlüğünü fiilen ortadan kaldırmaktadır. Bu çerçevede, bireylerin özel hukuk sözleşmesiyle eksik borç yaratmaları, mahkemeye başvurma hakkının kişilik hakkı kapsamında anayasal güvence altına alınmış olması nedeniyle, TBK m. 27 anlamında emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, söz konusu sözleşme hükmünün kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması mümkündür. Bu çerçevede, tarafların sözleşme ile eksik borç doğurması, kişi özgürlüğünü genel ahlaka aykırı şekilde aşırı derecede sınırlandırabilecek nitelikte olması halinde, söz konusu işlem "kelepçeleme sözleşmesi" kapsamında değerlendirilerek, TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımı ile geçersiz sayılabilir.

Belirtmek gerekir ki, taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisi sırasında, borcun henüz doğmadığı ya da muaccel hale gelmediği bir aşamada, sözleşme konusu borca ilişkin olarak dava ya da icra takibi yoluna gidilemeyeceğine dair yapılan düzenlemeler, hukuki nitelikleri itibarıyla doğmamış haktan feragat anlamına gelmektedir. Borçlar hukukunda genel kabul gören ilkeler uyarınca, bir haktan geçerli şekilde feragat edilebilmesi için, söz konusu hakkın mevcut, belirli ve kullanılabilir durumda olması gerekir. Bu nedenle, taraflar arasında doğmamış bir borcun ilerideki ifasına ilişkin olarak dava ve takip haklarının sınırlandırıldığı ya da ortadan kaldırıldığına dair yapılan sözleşmesel düzenlemeler,

anayasal düzeyde koruma altında bulunan mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Ayrıca, TMK m. 23 uyarınca kişilik haklarından vazgeçilmesini ya da bunların hukuk düzenine aykırı şekilde sınırlandırılmasını öngören hukuki işlemler geçersiz sayılmakta olup, hak arama özgürlüğü de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla doğmamış bir haktan feragate ilişkin olarak sözleşmeyle getirilen sınırlamalar, TBK m. 27 anlamında emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil ettiği takdirde kesin hükümsüzlük sonucunu doğurabilecektir.

Bunların dışında sözleşme ile eksik borç yaratılması sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin de zedelenmesine yol açabilir. Sözleşmeyle eksik borç yaratılması ancak kanunda düzenlenen haller ile sınırlı olarak uygulanmalı, istisnai nitelik taşımalıdır. Katıldığımız sözleşmeyle eksik borç yaratılamayacağı görüşü somut olayın şartlarına bağlı olarak sadece tacirler arasındaki ilişkilerde TTK m.18’de yer alan basiretli tacir düzenlemesinin amacından yola çıkarak esnetilebilir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AÇIL, Murat, **Anayasa Hukuku Açısından Sözleşme Hürriyeti**, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2024.
- AKÇA, Kübra, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**, Y.2015, Cilt: 1, s.543-596.
- AKYOL BULUT, Öznur, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Mükellef Hakları, Başvuru Süreci ve Kararların Analizi**, 1. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- AKTEPE ARTIK, Sezin, **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, **Medeni Hukuk Cilt I**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ANTALYA, O. Gökhan, **Hukuk Metodolojisi Cilt II**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019. (ANTALYA, Borçlar).
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- AŞİT, Recep, Kanun Yolu Yargılamasında Hukuka Aykırılık Denetimi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2024.
- AYDEMİR, Efrail, **Konkordato ve Yeniden Yapılandırma**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYDIN, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y.2006, C.61, S.3, s.1-37.
- AYDIN, Nizamettin, **3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri**, 1. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2008.
- AYDOĞDU, Burçin, “Tam Borç-Eksik Borç Kavramlarının Etik Kökleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y.2025, C.23, S.265, s.25-46.
- AYDOS, Oğuz, Sadık, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

- BİLGE, Necip, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, **İÜMHAD**, Y.1958, C.3, S.1, s.7-15.
- BOYAR, Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde İnceoğlu, Sibel, (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)** Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 53-80.
- BOYAR, Oya, **Anayasa ve Özel Hukuk**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019. (BOYAR, Anayasa).
- CANBOLAT, Ferhat, “Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları”, **EÜHFD**, Y.2008, C. III, S.1, s.255-270.
- ÇAYAN, Gökhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, **TAAD**, Y. 2016, C.7, S.28, 2016, s.235-271.
- ÇELİK, Özlem, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2020, C. XXIV, S.1, s.285-327.
- ÇUKADAR, Neslihan, **Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin, Murat, **Takas**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem, “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mehmet Tevfik Bırsel Armağanı, İzmir, 2001, s.461-494.
- DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, C. II, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.
- DÖNMEZKUŞ, Dilara, **Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü**, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku**, 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- EKİNCİ, Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarına Mahkeme’ye Erişim Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2014, C. XVIII, S.3-4, s.821-848.
- ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 29. Bası, Legem Yayınevi, Ankara, 2024.
- EVİRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak, “1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Y.2019, C.21, Özel Sayı, s.1767-1793.

- GÖREN, Zafer, “**Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi**”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s.1-33.
- GÜLERCİ, Altan Fahri, “Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikteki Mülkiyet Hakkının Korunması”, **AkdHFD**, Y.2022, C.12, S.1, s.239-289.
- GÜMÜŞ, Mustafa, Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- GÜVEN, Kudret, “Eksik Borçlar Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 2, S: 2, 2016, s.37-72.
- HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, 9. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2021.
- İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- KAYA, Seyithan, “İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı”, **Anayasa Yargısı**, Y.2023, C.40, S.2, s.159-213.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Mithat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KIRAN, Aleyna, “Mahkemeye Erişim Hakkının Anayasa Mahkemesi Kararları Eksekinde İncelenmesi”, **Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2025, C.3, S.1, s.1-44.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2014.
- KÖKÜSARI, İsmail, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2011, C.15, S.1, s.163-208.
- KURU, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, Kemal M./ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022. (OĞUZMAN/SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, Kişiler).
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 26. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.

- ÖZKAN, Hasan, **Konkordato**, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2014.
- PERDECİOĞLU, İsmail Emrah, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, **TAAD**, Y.2020, C.11, S.43, s.49-77.
- SEROZAN, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y.1977, C.11, S.14, 1977, s.93-112.
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ŞAHAN, Gökhan, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.2020, C.8, S.15, s.401-421.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993. (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku Cilt I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- TERCAN, İzzet, “**Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı**”, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku I Genel Hükümler**, 1. Bası, Sermet Yayınevi, İstanbul, 1976.
- TURANBOY, K. Nuri, **İbra Sözleşmesi**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- TÜZÜNER, Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege FERANda Düşünceler”, **TBBD**, Y.2013, C.26, S.107, s.245-272.
- ULUKAPI, Ömer, “Konkordatonun Sonuçları”, Y.2000, **SÜHFD**, C.8, S.1-2, s.9-61.
- ULUKAPI, Ömer, **Konkordatonun Feshi**, 1. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 1998.
- ÜNAL, Akın, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.
- YÜCEL, Sevtap, **Kelepçeleme Sözleşmesi**, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ZORLUTUNA, Dilara, “Kişilik Hakkı Kapsamında Şeref ve Haysiyet Kavramı ile Şeref ve Haysiyete Saldırıda Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2024, C.2, S.2, s.395-433.

Ekonomik Krizler Karşısında Yeniden Yapılandırma Hukuku: Avrupa Birliği Önleyici Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği Işığında İspanya Örneği^(*)

Restructuring Law in the Face of Economic Crises: The Spanish Case in the Light of the European Union Preventive Restructuring Directive

Serkan KAYA^()**

Öz:

Ekonomik krizler, küresel ölçekte şirketlerin mali sürdürülebilirliğini ciddi şekilde tehdit eden temel faktörlerden biridir. Bu durum, işletmelerin mali zorluklarla karşılaştıkları dönemlerde iflas noktasına gelmeden önce etkin yeniden yapılandırma mekanizmalarına başvurmalarını zorunlu kılmaktadır. Avrupa Birliği (AB), 2019 yılında kabul ettiği Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2019/1023 Sayılı Yönetmeliği (Avrupa Birliği'nin Önleyici Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği- Preventive Restructuring Directive - PRD 2019, 2019/1023/AB) ile üye devletlerde erken müdahale süreçlerini güçlendirmeyi hedeflemiştir; böylece şirketlerin mali sıkıntılar yaşamadan önce yapılandırılmasına olanak tanımıştır. Yönetmelik, işletmelerin yaşadığı finansal zorlukların aşılmasını sağlayarak, iflas sürecine girmeden önce yeniden yapılandırma adımlarının atılmasını teşvik etmekte ve ekonomik sürdürülebilirliğin korunmasına önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır. İspanya, AB yönetmeliklerine uyum sağlamak amacıyla ulusal hukuk sisteminde köklü reformlar gerçekleştirerek, yalnızca büyük ölçekli şirketlere değil, aynı zamanda mikro ve orta ölçekli işletmelere yönelik özel prosedürler geliştirmiştir. Bu reformlar çerçevesinde, moratoryum uygulamaları, yeniden yapılandırma planları ve alacaklı sınıflandırması gibi mekanizmalar, borçlular ile alacaklılar arasındaki müzakerelerin daha etkin, esnek ve sürdürülebilir bir şekilde yürütülmesine olanak tanımaktadır. Ancak, İspanya'nın AB yönetmeliklerine uyum sağlamış olmasına rağmen, uygulama aşamasında karşılaşılan pratik zorluklar, reformun genel etkinliğini sınırlayan önemli bir etmen olarak ortaya çıkmaktadır. Bu

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.01.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.07.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1630991

Bu makaleye atıf için; KAYA, Serkan, “Ekonomik Krizler Karşısında Yeniden Yapılandırma Hukuku: Avrupa Birliği Önleyici Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği Işığında İspanya Örneği”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1237-1282

^(**) Dr Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: serkan.kaya@bogazici.edu.tr
Orcid: 0000-0003-2507-3372

çalışma, İspanya'nın yeniden yapılandırma rejimini AB reformları ışığında değerlendirerek, her iki düzenlemenin işletmelere sunduğu fırsatları ve karşılaşılan zorlukları detaylandırmaktadır. Ayrıca, Türk hukukunda konkordato yoluyla gerçekleştirilen yapılandırma süreçlerine ilişkin düzenlemeler, İspanyol hukukundaki benzer yapılarla karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Yeniden Yapılandırma Hukuku, Avrupa Birliği Önleyici Yeniden Yapılandırma Yönetmeliği, İspanyol İflas Hukuku, Moratoryum, Yeniden Yapılandırma Planları.

Abstract:

Economic crises constitute one of the primary factors that critically threaten the financial sustainability of companies on a global scale. In periods when businesses face severe financial difficulties, it becomes imperative for them to resort to effective restructuring mechanisms before reaching the point of insolvency. In response to these challenges, the European Union adopted the Preventive Restructuring Directive (PRD 2019) in 2019, with the explicit aim of strengthening early intervention procedures across its Member States. This Directive facilitates the restructuring of companies by enabling them to address financial distress proactively, thereby preventing the onset of insolvency and contributing significantly to the preservation of economic sustainability. Spain, in its effort to comply with the EU Directive, has enacted comprehensive reforms within its national legal framework. These reforms extend beyond large-scale enterprises to include tailored procedures for micro and small- to medium-sized enterprises (SMEs). Notably, mechanisms such as moratoria, structured restructuring plans, and creditor classification systems have been introduced to ensure that negotiations between debtors and creditors are conducted in a more effective, flexible, and sustainable manner. Despite Spain's alignment with the EU Directive, practical challenges during the implementation phase have emerged as significant obstacles that limit the overall efficacy of the reform. This article examines Spain's restructuring regime in light of EU reforms, critically analysing the opportunities these frameworks offer to businesses as well as the challenges they encounter. In addition, the restructuring procedures through concordat under Turkish law will be examined in comparison with the relevant provisions of Spanish law, focusing on both similarities and differences.

Keywords:

Restructuring Law, European Union Preventive Restructuring Directive, Spanish Insolvency Law, Moratorium, Restructuring Plans.

GİRİŞ

Küresel veya ulusal ekonomik krizler, devletlerin ekonomik istikrarını tehdit eden en önemli faktörlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle şirketlerin finansal açıdan büyük zorluklar yaşadığı bu dönemlerde, likidite sorunları ve ödeme güçlükleri, işletmelerin iflas noktasına gelmelerine neden olabilmektedir. Bu noktada, devletler ve uluslararası kuruluşlar, ekonomik çözümleri engellemek ve işletmeleri sürdürülebilir bir şekilde yeniden yapılandırmak için çeşitli hukuki mekanizmalar geliştirmiştir¹. Ekonomik zorlukların arttığı ve küresel krizlerin yoğunlaştığı bir dönemde, yeniden yapılandırma ve iflas hukuku, işletmelerin hayatta kalabilmesi ve ekonomilerin istikrarını koruyabilmesi adına önemli bir araç haline gelmiştir².

Avrupa Birliği (AB), üye devletlerde ekonomik yeniden yapılandırma süreçlerinin etkin bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla önemli düzenlemelere gitmiştir. Bu düzenlemelerden biri, işletmelerin mali zorluklarla karşılaştığında iflas sürecine girmelerini önlemeyi hedefleyen Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2019/1023 Sayılı Yönetmeliği'dir (Avrupa Birliği'nin Önleyici Yeniden Yapılandırma Direktifi- Preventive Restructuring Directive - PRD 2019, 2019/1023/AB)³. AB, PRD 2019 ile üye ülkelerdeki yeniden yapılandırma süreçlerinin erken aşamada devreye girmesini teşvik ederek, şirketlerin iflas aşamasına gelmeden önce mali sorunlarının çözülmesini amaçlamaktadır. Bununla birlikte, her ülkenin hukuk sistemi ve ekonomik yapısı farklılık gösterdiği için, PRD 2019'ın üye ülkeler arasında nasıl uygulanacağı, önemli bir tartışma konusu olmuştur⁴.

İspanya, PRD 2019'a uyum sağlamak amacıyla kendi ulusal hukuk sisteminde kapsamlı reformlar gerçekleştirmiştir. Özellikle, yeniden yapılandırma süreçlerine dair önemli değişikliklere gidilmiş ve işletmelerin mali zorluklar karşısında daha etkin bir şekilde çözüm bulmalarına olanak tanımak için çeşitli yenilikçi düzenlemeler getirilmiştir. İspanyol hukuku, yalnızca büyük ölçekli şirketler için

¹ BRIDGE ZOLLER, Catherine, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: Policy-Making in Uncertain Times" **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 387-407, 387.

² VAN ZWIETEN, Kristin, EIDENMUELLER, Horst ve SUSSMAN, Oren, "Corporate Restructuring Laws Under Stress" **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 201-205.

³ Directive 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt (2019) OJ L 172/18 (PRD 2019) <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj/eng>, E.T: 3 Ocak 2025.

⁴ BOON, Gert-Jan, KOSTER, Harold ve VRIESENDORP, Reinout, "Implementation of the EU Preventive Restructuring Directive" Business and Law Research Network Series No 1, Den Haag, Eleven, 2023.

değil, aynı zamanda mikro işletmeler ve orta ölçekli işletmeler için de yeniden yapılandırma süreçlerini kolaylaştıracak bir dizi düzenleme getirmiştir. Bu bağlamda, İspanya'nın yeniden yapılandırma hukuku, yalnızca ulusal düzeyde değil, aynı zamanda AB çerçevesinde de önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Türk hukuku da ekonomik krizlere yanıt olarak yeniden yapılandırma mekanizmaları geliştirmiştir⁵. Türk hukukunda, konkordato müessesesi bu bağlamda önemli bir rol oynamaktadır. Türkiye'de konkordato kurumu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 285 ila 309. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, 7101 sayılı Kanunla 2018 yılında önemli bir reforma tabi tutulmuştur⁶. Bu reform, önleyici yeniden yapılandırma anlayışına kısmen yaklaşmakla birlikte, İspanya hukukunda görülen kapsamlı ve çok kademeli yapılandırma rejimine kıyasla daha sınırlı bir model sunmaktadır. 7101 sayılı Kanun ile iflasın ertelenmesi kaldırılarak konkordato, mali zorluk içindeki borçluların yeniden yapılandırma için başvurabileceği temel mekanizma haline gelmiştir⁷. Bu düzenleme, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndan esinlenerek, borçluların mali durumlarını iyileştirmeyi ve iflası önlemeyi amaçlamaktadır⁸.

Bu makale, ekonomik krizlerin etkileri ve küresel hukuki düzenlemeler bağlamında, İspanya'nın yeniden yapılandırma süreçlerini AB'nin Önleyici Yeniden Yapılandırma Direktifi (PDR 2019) ile karşılaştırmalı bir perspektifle ele almayı amaçlamaktadır. Makalede, AB'nin yeniden yapılandırma politikaları ve İspanya'daki yasal düzenlemeler, ekonomik sürdürülebilirlik ve şirketlerin korunması açısından sunulan fırsatlar çerçevesinde değerlendirilecektir. İspanya'daki yeniden yapılandırma rejiminin, AB çerçevesindeki reformlarla nasıl uyum sağladığı, bu reformların işletmelere ve ekonomi politikalarına etkisi detaylı bir şekilde incelenecektir. Bu inceleme, yeniden yapılandırma hukukunun yalnızca kriz dönemlerinde değil, aynı zamanda uzun vadeli ekonomik sürdürülebilirlik için de ne denli kritik bir rol oynadığını ortaya koymayı hedeflemektedir. Ayrıca, Türk hukukundaki konkordato yoluyla yapılandırma süreçlerine ilişkin düzenlemelerin İspanyol hukukuyla benzerlikleri ve farklılıkları üzerinden incelenecektir.

⁵ AYYAZ TAŞPINAR, Sema, “İcra - İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma”, Yetkin, Ankara, 2006, s. 37.

⁶ PEKCANİTEZ, Hakan ve ERDÖNMEZ, Güray, “7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 4-5.

⁷ PEKCANİTEZ ve ERDÖNMEZ, s. 5.

⁸ Konkordato konusundaki reformların Türk ve İsviçre Hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. NAMLI, Mert, “Türk ve İsviçre Hukuku'nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, *Yargıtay Dergisi*, Y. 2018, C. 44, S. 4, s. 1479-1552.

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YENİDEN YAPILANDIRMA SÜRECİ: GENEL BİR DEĞERLENDİRME

AB, yeniden yapılandırma ve iflas hukukuna ilişkin ortak bir sistem geliştirme sürecini uzun yıllar boyunca şekillendirmiştir. Bu çabaların ilk önemli adımı, Avrupa İflas Tüzüğü (European Insolvency Regulation - EIR 2000)⁹ ile atılmış ve bu düzenleme 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzüğün temel amacı, işletmelerin varlıklarını veya hukuki işlemlerini farklı üye devletlere taşıyarak daha avantajlı hukuki pozisyonlar elde etme girişimlerini engellemek olmuştur¹⁰. Bununla birlikte, sınır ötesi iflas süreçlerini tek bir kapsamlı çerçeve ile düzenlemenin pratik zorlukları göz önünde bulundurularak, EIR 2000 daha çok özel hukuk araçlarıyla sınır ötesi iş birliğini kolaylaştırmayı hedeflemiştir¹¹. Bu kapsamda yetki, uygulanacak hukuk, iflas kararlarının tanınması ve yürütülmesi gibi hususlarda bir çerçeve oluşturulmuştur¹². Ancak uygulama aşamasında tüzüğün öngörülen etkilerinin tam anlamıyla sağlanması mümkün olmamıştır.

EIR 2000'in eksikliklerini gidermek amacıyla, Avrupa Komisyonu tarafından Mayıs 2015'te kapsamlı bir revizyon süreci başlatılmış ve Yeniden Düzenlenmiş Avrupa İflas Tüzüğü (recast EIR)¹³ yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenleme, özellikle Ana Menfaat Merkezi (Centre of Main Interests - COMI) kriterlerini daha net bir şekilde tanımlamış, grup iflasları ve ön-iflas süreçleri gibi daha karmaşık prosedürleri de kapsamına almıştır¹⁴. Ayrıca, üye devletler arasında şeffaflığı ve koordinasyonu artırmak için sınır ötesi iflas kayıtları oluşturulmuş ve mevcut sistemin etkinliği artırılmıştır. Ancak, bu düzenleme önceki tüzüğün temel ilkelerini korumuş ve tamamen yeni bir sistem yerine mevcut yapıyı güçlendirmeyi tercih etmiştir.

EIR 2000 ve recast EIR ile sağlanan ilerlemelere rağmen, AB, iflas hukuku alanında daha modern ve kapsamlı bir yaklaşımın gerekli olduğunu değerlendirmiştir. Bu çerçevede, 2019 yılında Önleyici Yeniden Yapılandırma Direktifi

⁹ Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (2000) OJ L 160/1-18.

¹⁰ EIR 2000'nin 4. Gerekçesi.

¹¹ GHIO, Emilie ve diğerleri, "Harmonising Insolvency Law in the EU: New Thoughts on Old Ideas in the Wake of the COVID-19 Pandemic" *International Insolvency Review*, Y. 2021, C. 30, S. 3, s. 327-459, 433.

¹² GHIO ve diğerleri, s. 433.

¹³ Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (2015) OJ L 141/19. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2015/848/oj/eng>, E.T: 3 Ocak 2025.

¹⁴ WESSELS, Bob ve KOKORIN, Ilya, "COMI under European and American Insolvency Law" University of Oxford Faculty of Law Blogs <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/02/comi-under-european-and-american-insolvency-law>, E.T: 3 Ocak 2025.

(Preventive Restructuring Directive - PRD 2019) kabul edilmiştir. Bu Yönetmelik, iflasın eşiğine gelen işletmelerin erken müdahaleyle yeniden yapılandırılmasını teşvik ederek, sürdürülebilir işletmelere iş sürekliliği sağlamayı hedeflemektedir. Yönetmelik, 2014 yılında Avrupa Komisyonu'nun üye devletlere ulusal düzenlemelerini modernize etme çağrısında bulunduğu tavsiye kararının bir devamı niteliğindedir. Tavsiye kararı, ekonomik olarak sürdürülebilir işletmelerin, Topluluk genelinde erken yeniden yapılandırma mekanizmalarına erişimini artırmayı ve dürüst girişimcilere ikinci bir şans sunmayı amaçlamıştır.

PRD 2019'un kabul edilmesiyle birlikte, AB, iflas hukuku çerçevesini sadece borçlu ve alacaklılar için değil, aynı zamanda daha geniş bir ekonomik dayanıklılık sağlamak için tasarlamıştır. Direktif, üye devletler arasında yeniden yapılandırma süreçlerinde uyumu artırmayı hedeflerken, aynı zamanda işletmelerin finansal istikrarını korumayı amaçlamaktadır. Türk hukukunda, PRD 2019'un erken müdahale yaklaşımına paralel olarak, konkordato müessesesi borçluların mali durumlarını iyileştirmek için tasarlanmıştır. 7101 sayılı Kanun, konkordato sürecini İsviçre hukukundan esinlenerek yeniden düzenlemiş, borçlulara geçici mühlet (3+2 ay) ve kesin mühlet (1 yıl, uzatılabilir 6 ay) süreleriyle alacaklı takiplerinden koruma sağlayarak yeniden yapılandırma imkanı sunmuştur¹⁵. Ancak, Türk sisteminde mahkeme denetiminin şekli bir incelemeyle sınırlı kalması, kötü niyetli başvuruların artmasına yol açabileceği yönünde eleştirilere sebebiyet verebilir.

PRD 2019, üye devletlerde iflasın eşiğinde bulunan işletmelere erken müdahale imkânı sunarak mali zorlukların iflas sürecine dönüşmesini önlemeyi amaçlayan kapsamlı bir düzenlemedir. PRD 2019, öncelikli olarak tüm üye ülkelerde erişilebilir bir önleyici yeniden yapılandırma çerçevesi oluşturmayı (m. 1(1)(a)), borçlulardan kurtulma sürelerini uyumlaştırmayı (m. 20-24) ve yeniden yapılandırma süreçlerini daha etkin hale getirmeyi (m. 25-28) hedeflemektedir¹⁶. Bu kapsamda, yeniden yapılandırma sürecinde mahkeme müdahalesinin sınırlandırılması (m. 4(6)), borçlunun işletmesini yönetme yetkisini koruyabilmesi (m. 5(1)) ve iflas uygulayıcısının atanmasının zorunlu tutulmaması (m. 5(2)-(3)) gibi esnek mekanizmalar öngörülmüştür. Ayrıca, alacaklılara karşı hukuki uygulamaların durdurulması (m. 6), yeniden yapılandırma planlarının sınıf çapraz baskısı (cross-class cram-down) ile onaylanabilmesi (m. 11) ve yeniden yapılandırma sürecinde sağlanan yeni finansmanın korunması (m. 17-

¹⁵ ÖZTEK, Selçuk, “Yeni Konkordato Hukuku” Adalet, Ankara, 2018, s. 90.

¹⁶ BORK, Reinhard, “Pre-insolvency frameworks: Developments in the European Union” **International Insolvency Review**, Y. 2024, C. 33, s. 6-22, 8.

18) gibi yenilikler, sürecin etkinliğini artırmayı hedeflemektedir¹⁷. Türk konkordato hukukunda da benzer şekilde, geçici ve kesin mühlet kararlarıyla alacaklı takipleri durdurulmakta, borçlunun malvarlığı korunmakta ve işletme faaliyetlerinin devamı sağlanmaktadır. Ancak, Türk hukukunda cross-class cram-down mekanizması bulunmamakta, bunun yerine konkordato projesinin tasdiki için İİK'nın 302. maddesinde öngörülen alacaklı çoğunluğu aranmaktadır¹⁸. Tüm bu düzenlemeler, işletmelerin mali sürdürülebilirliğini sağlamakla kalmayıp, genel ekonomik istikrarın korunmasına da katkı sunmaktadır. Ancak bu yeniliklerin üye devletler düzeyinde farklı hukuki sistemlere entegre edilmesi sürecinde ortaya çıkan zorluklar, uyumlaştırmanın pratikte tam anlamıyla sağlanmasını engelleyen önemli bir mesele olarak varlığını sürdürmektedir.

PRD 2019'un üye devletlerin ulusal hukuklarına entegre etme süreci tamamlanmıştır. Bununla birlikte, PRD 2019'un ulusal düzeyde uygulanması, oldukça karmaşık ve zorlu bir süreç olarak değerlendirilmektedir. PRD 2019, üye devletlere şekil ve yöntem bakımından esneklik tanımakta, bu kapsamda ulusal önleyici yeniden yapılandırma çerçevelerinin tek bir prosedür ya da birden fazla düzenleme ve tedbirle oluşturulmasına olanak sağlamaktadır. Ayrıca, PRD 2019'un benimsenmesi, ulusal sistemlerde mevcut düzenlemeleri etkileme zorunluluğu getirmemekte; bu durum, üye devletlere mevcut yapılarını koruma veya geliştirme konusunda geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır.

PRD 2019, üye devletlerin ortak ilkeleri uygularken ulusal hukuk sistemlerinin özelliklerini dikkate almalarına imkân tanımaktadır. Bu doğrultuda, üye devletler, –Yönetmelikte öngörülen çerçevenin ötesinde yeniden yapılandırma düzenlemeleri geliştirme veya mevcut düzenlemelerini muhafaza etme özgürlüğüne sahiptir. Direktifin uygulanması, büyük ölçüde mevcut yeniden yapılandırma rejimlerinin genişletilmesi ve finansal zorluk yaşayan borçlular için daha fazla araç sunulması suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte, direktifin uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar üye devletler arasında farklılık göstermektedir. Örneğin, Almanya¹⁹ ve Hollanda²⁰, PRD 2019 doğrultusunda yeni önleyici

¹⁷ BORK, “Pre-insolvency frameworks: Developments in the European Union” s. 8.

¹⁸ DOĞAN, Emsalgül, “**Konkordatonun Tasdiki Yargılaması**”, Yetkin, Ankara, 2020, s. 107.

¹⁹ MADAUS, Stephan ve EHMKE, David C. “Germany: Still Waiting for the Revolution in Restructuring to Come?”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4351/special-issue-preventive-restructuring-4-germany-still-waiting-for-the-revolution-in-restructuring-to-come>, E.T: 3 Ocak 2025.

²⁰ BOON, Gert-Jan, VRISENDORP, Reinout ve KOSTER, Harold, “The WHOA: the Breakthrough for a Dutch Business Rescue Culture”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4464/special-issue-preventive-restructuring-8-the-whoa-the-breakthrough-for-a-dutch-business-rescue-culture>, E.T: 3 Ocak 2025.

yeniden yapılandırma çerçeveleri oluştururken, Fransa²¹ ve Yunanistan²², bu düzenlemeleri kapsamlı iflas hukuku reformları çerçevesinde ele almıştır²³. Öte yandan, Birleşik Krallık²⁴, Şirketler Kanunu 2006 ve İflas Kanunu 1986'ya iki bağımsız düzenleme ekleyerek, yeni bir önleyici yeniden yapılandırma çerçevesi geliştirmiştir. Bu farklılaşan uygulama yaklaşımları, üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin özgünlüğünü koruma ve geliştirme yönündeki tercihlerini yansıtmaktadır. PRD 2019'un uygulanması, üye devletlerde yeniden yapılandırma ve iflas süreçlerine ilişkin araçların çeşitlendirilmesini sağlayarak ekonomik istikrarın desteklenmesine önemli katkılar sunmaktadır.

II. İSPANYOL YENİDEN YAPILANDIRMA REJİMİ

A. İspanyol İflas Hukukunun Genel Çerçevesi

İspanyol yeniden yapılandırma rejimi, 2003 yılında kabul edilen 22/2003 sayılı İflas Yasası ile başlayan bir süreç içinde, zamanla geliştirilen reformlar aracılığıyla bugünkü modern yapısına ulaşmıştır. Başlangıçta önleyici yeniden yapılandırma mekanizmaları içermeyen bu yasa, 2009 yılında yapılan değişikliklerle “refinansman anlaşmaları” adı verilen araçları sisteme dahil etmiştir. Ancak bu araçlar, günümüzdeki yapılandırma süreçlerinde görülen sınıf çapraz baskısı (cross-class cram-down) gibi mekanizmalardan yoksundu. 2011 ve 2014 yıllarında yapılan reformlar ise mahkeme onayı mekanizmasını (homologación judicial) ve yeniden yapılandırma planlarına yönelik “koruyucu kalkanlar”ı (protective shields) içeren yeniliklerle süreci daha kapsamlı hale getirmiştir²⁵. 16/2022 sayılı Kanun, bu reformların üzerine inşa edilerek, daha geniş ve etkili bir çerçeve sunmayı amaçlamaktadır.

²¹ GHIO, Emilie, “The French transposition of the EU Directive on Preventive Restructuring 2019: revamping the law while preserving the status quo” HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4346/special-issue-preventive-restructuring-3-the-french-transposition-of-the-eu-directive-on-preventive-restructuring-2019-revamping-the-law-while-preserving-the-status-quo>, E.T: 3 Ocak 2025.

²² BAZINAS, Ioannis ve PAIZIS, Athanasios, “The New Greek Insolvency Law: The Latest Chapter in a Never-Ending Story of Reforms”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4391/special-issue-preventive-restructuring-6-the-new-greek-insolvency-law-the-latest-chapter-in-a-never-ending-story-of-reforms>, E.T: 3 Ocak 2025.

²³ BOON, KOSTER ve VRISENDORP.

²⁴ GANT, Jennifer ve VACCARI, Eugenio, “The UK Preventive Restructuring Framework after Brexit: Acknowledging EU's Supremacy?”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4344/special-issue-preventive-restructuring-2-the-uk-preventive-restructuring-framework-after-brexite-acknowledging-eu-s-supremacy>, E.T: 3 Ocak 2025.

²⁵ BURKE, Kathlene ve diğerleri, “Rescue Financing: Roll-Ups in the USA, Italy, Singapore and Spain” *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, Y. 2022, C. 5, s. 641-659, 651.

İspanyol iflas hukukunda köklü bir dönüşümü temsil eden 16/2022 sayılı Kanun²⁶, PRD 2019'un İspanyol hukukuna entegrasyonunu gerçekleştirmiştir²⁷. Bu düzenleme, yalnızca AB'nin belirlediği standartları yerine getirmekle kalmamış, aynı zamanda pandemi sonrası dönemde artan borçluluk seviyelerine ve ekonomik zorluklara yanıt verme amacı taşımaktadır. Özellikle Covid-19 sürecinde iflas başvuru zorunluluğuna getirilen moratoryumun 30 Haziran 2022 tarihinde sona ermesiyle hem gerçek hem de tüzel kişiler arasında iflas başvurularında belirgin bir artış yaşanmıştır²⁸. 2022 yılının son çeyreğinde, yıllık bazda %133,24'lük bir artışla 5.544 iflas başvurusu yapılmış, bu sayı 2023 yılının ilk çeyreğinde %67,64 oranında artarak 4.895'e ulaşmıştır²⁹. Bu artış, pandemi öncesi seviyelerle kıyaslandığında, bireylerin iflas başvurularında %315,75 gibi dikkat çekici bir artış olduğunu göstermektedir³⁰.

16/2022 sayılı Kanun, İspanya iflas hukukunda kapsamlı değişiklikler yaparak dört ana bölümden oluşan yeni bir sistem kurmuştur³¹. İlk bölüm, klasik mahkeme denetiminde yürütülen iflas prosedürlerini (concurso de acreedores) düzenlerken, önleyici yeniden yapılandırma mekanizmaları (acuerdos de restructuración) ikinci bölümde yer almaktadır³². Mikro işletmeler için özel bir rejim sunan (procedimiento especial para microempresas) üçüncü bölüm ve uluslararası unsurlar içeren davalar için milletlerarası özel hukuk kurallarını düzenleyen dördüncü bölüm ise bu yeni yapının esnekliğini ve kapsamını artırmaktadır³³. Türk hukukunda konkordato, İspanyol sistemindeki "acuerdos de restructuración" ile benzer bir önleyici yeniden

²⁶ İspanyol Resmi Gazetesi No: 214, 6 Eylül 2022, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-14580> (Çevrimiçi) E.T: 3 Ocak 2025; Bu zamana kadar yapılan reformların analizi için bkz TIRADO Ignacio, "National Report of Spain" Ed Faber D, Vermunt N, Kilborn J, Richter T, "The Commencement of Insolvency Proceedings", Oxford, 2012.

²⁷ Bu düzenleme, PRD 2019 çerçevesini İspanya hukukuna aktarırken, Almanya'nın SanInsFoG ve StaRUG gibi yasaları ile Hollanda'nın WHOA düzenlemelerinden de örnekler alınmıştır. GARCIMARTI, Francisco, "The Spanish Approach to Corporate Restructuring: A "Pre-packaged Chapter 11"" **European Insolvency and Restructuring Journal**, Y. 2022, C. 6; Alman yeniden yapılandırma rejimi için bkz. EIDENMÜLLER, Horst. "What Can Restructuring Laws Do? Geopolitical Shocks, the New German Restructuring Regime, and the Limits of Restructuring Laws", **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 231-249.

²⁸ Update on National Insolvency Statistics, <https://www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics-spain> (Çevrimiçi) E.T: 3 Ocak 2025.

²⁹ Update on National Insolvency Statistics.

³⁰ Update on National Insolvency Statistics.

³¹ Kanunun resmi adı Texto Refundido de la Ley Concursal'dır.

³² TIRADO, Ignacio, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain" **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 317-336, 326.

³³ BERMEJO, Nuria, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain" **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 337-348, 340.

yapılandırma işlevi görmektedir. Ancak, Türk konkordato rejimi, İspanyol hukukundaki mikro işletmelere özgü özel prosedürlerden yoksundur. Türk sisteminde küçük işletmeler için finansal analiz raporu muafiyeti gibi bazı esneklikler bulunsa da, mikro işletmelere yönelik ayrı bir prosedür geliştirilmemiştir.

İspanya iflas hukuku sistemi, borçlular için tüm olası çözüm yollarını öngörmektedir³⁴. Bu olasılardan ilki, mahkeme gözetiminde yürütülen ve bir iflas uzmanının atanmasını gerektiren ve “**concurso de acreedores**” olarak bilinen iflas prosedürüdür. Söz konusu prosedür kapsamında, borçlunun mali durumuna göre alacaklılarla bir yeniden yapılandırma planı üzerinde anlaşma yapılabileceği gibi işletmenin bir bütün olarak veya varlıklarının kısmi tasfiyesi yoluna da gidilebilmektedir. İkinci yöntem, borçlu ile alacaklılar arasında, mahkeme dışı gerçekleştirilebilecek yeniden finansman veya yapılandırma anlaşmalarını (acuerdos de refinanciación) içermektedir. Bu anlaşmalar, belirli şartların sağlanması halinde, borçlunun iflas etmesi durumunda açılacak tasarrufun iptali davalarına karşı koruma sağlamaktadır. Üçüncü yöntem ise “**pre-concurso**” olarak adlandırılan ön iflas mekanizmasıdır. Bu mekanizma, borçlunun alacaklılarla müzakere halinde olduğunu mahkemeye bildirmesiyle devreye girmekte ve belirli bir süre boyunca borçluyu cüzi takip ve zorunlu iflas başvurularından korumaktadır. Son olarak, küçük ölçekli işletmeler ve bireysel borçlular için tasarlanan mahkeme dışı ödeme anlaşmaları (acuerdos extrajudiciales de pagos), borçların yeniden yapılandırılması için daha basit ancak sınırlı araçlar sunmaktadır³⁵. Uygulamada en çok tercih edilen hukuki çerçeveler ise mahkeme gözetiminde yürütülen iflas prosedürleri ve mahkeme onaylı yeniden finansman anlaşmalarıdır. Türk hukukunda ise konkordato, hem mahkeme denetiminde yürütülen bir prosedür (adi konkordato)³⁶ hem de mahkeme dışı anlaşmalarla desteklenebilen bir mekanizma (malvarlığının terki suretiyle konkordato) olarak düzenlenmiştir³⁷. Ancak, Türk sisteminde “pre-concurso” benzeri bir ön iflas mekanizması bulunmamakta, bunun yerine konkordato başvurusu doğrudan mahkeme sürecini başlatmaktadır.

PRD 2019’un temel yaklaşımı, borçluların mali zorluklarının henüz erken aşamada ele alınmasını sağlayarak, iflasın önlenmesini ve işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesini teşvik etmektir. Bu hedef doğrultusunda, İspanya iflas hukuku, borçluların yeniden yapılandırma planı müzakerelerini başlatma ve planların

³⁴ TIRADO, “Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain”, s. 326.

³⁵ TIRADO, “Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain”, s. 326.

³⁶ AKİL, Cenk, “**Sorularla Adi Konkordato**”, Adalet, Ankara, 2019.

³⁷ PEKCANITEZ, Hakan ve diğerleri, “**İcra ve İflas Hukuku**”, On İki Levha, İstanbul, 2024, s. 569-579.

mahkeme tarafından onaylanması süreçlerinde farklı iflas aşamalarını birbirinden ayırmaktadır. İspanya iflas hukuku üç temel iflas durumunu tanımlamaktadır.

İlk olarak, ‘mevcut iflas (current insolvency) borçlunun, vadesi gelen borçlarını düzenli olarak ödeyemediği durumu ifade eder. Bu senaryoda, şirket yöneticileri karmaşık bir ikilemle karşı karşıya kalmaktadır. Bir yandan, mevcut iflas durumuna geldiklerini öğrendikleri veya öğrenmeleri gerektiği tarihten itibaren iki ay içinde mahkemeye iflas başvurusunda bulunma yükümlülükleri bulunmaktadır (İspanya İflas Kanunu m.2)³⁸. Öte yandan, borçlunun yeniden yapılandırılmasına yönelik bir plan uygulanması, süreç sonunda şirketin mahkeme kararıyla tasfiye edilmesi halinde, yöneticilerin sorumluluğunu artırabilir. Nitelendirme aşaması olarak bilinen bu süreçte, mahkeme, yöneticilerin yeniden yapılandırma planı ile şirketin iflasını derinleştirdiğine kanaat getirirse, yöneticilere kişisel sorumluluk yükleyebilir (İspanya İflas Kanunu m.102). Ancak bu risk, borçlunun mevcut iflas durumunda değil de yalnızca iflas olasılığı taşıdığı hallerde daha az önemlidir, zira bu durumda yöneticilerin mahkemeye iflas başvurusunda bulunma zorunluluğu yoktur. Türk hukukunda mevcut iflas durumu, konkordato başvurusu için bir ön koşul olarak düzenlenmemiştir. İcra ve İflas Kanunu’nun 285. maddesine göre, herhangi bir borçlu, iflasa tabi olsun ya da olmasın, konkordato talebinde bulunabilir³⁹. Ancak, konkordato talebinin reddi halinde yalnızca iflasa tabi borçlular hakkında iflas kararı verilebilir.

İkinci olarak, ‘yaklaşan iflas’ (imminent insolvency) durumunda; borçlu, mali yükümlülüklerini düzenli ve zamanında yerine getiremeyeceğini öngörüyorsa, bu durumda mahkemeye gönüllü iflas başvurusunda bulunabilir veya bir yeniden yapılandırma planı talep edebilir. Yaklaşan iflas durumu, borçlunun önündeki üç ay içinde borçlarını ödeme kapasitesini kaybetme riskine dayanan bir öngörüü ifade etmektedir⁴⁰. Türk hukukunda yaklaşan iflas, konkordato başvurusu için açık bir kriter olarak tanımlanmamıştır. Ancak, konkordato talebinde bulunan borçlunun mali durumunun düzeltilmesi ihtimalinin bulunması, geçici ve kesin mühlet kararları için mahkeme tarafından değerlendirilen bir unsurdur⁴¹.

³⁸ İspanya İflas Kanunu’nun Gerekçesi, 7. Bölüm.

³⁹ EROĞLU, Orhan, “İflâs Dışı Adi Konkordato Mühleti İçerisinde Borçlunun İflâsına Karar Verilebilecek Durumlar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 27, S. 3, s. 785-807, 800.

⁴⁰ İspanya İflas Kanunu’nun Gerekçesi, 7. Bölüm.

⁴¹ ATALI, Murat Atalı, “**Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları**”, **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler**, ed. Muhammet Özekes, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 86.

Son olarak, iflas olasılığı (likelihood of insolvency) yaklaşan iflastan önceki bir aşamayı temsil eder ve borçlunun, eğer bir yeniden yapılandırma planı uygulanmazsa, iki yıl içinde mali yükümlülüklerini yerine getirememesi riski taşıdığını öngördüğü hali kapsar⁴². İflas olasılığı durumunda, borçlu yalnızca yeniden yapılandırma planı başlatabilir, ancak mahkemeye gönüllü iflas başvurusunda bulunamaz⁴³. Bu ayrım, borçlunun erken aşamada yeniden yapılandırma yoluyla iflasın önlenmesini sağlamak ve gereksiz mahkeme süreçlerinden kaçınılmasını temin etmek amacıyla İspanyol hukukunda yer verilmiştir. Türk hukukunda iflas olasılığı kavramı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, konkordato başvurusu için borçlunun mali zorluk içinde olması yeterli görülmekte, bu da PRD 2019'un iflas olasılığı kavramına dolaylı olarak benzemektedir. Türk sisteminde konkordato, erken müdahale aracı olarak işlev görmekle birlikte, İspanyol hukukundaki gibi net bir aşama ayrımı bulunmamaktadır.

İspanya iflas hukuku, yaklaşan iflas ve iflas olasılığı arasındaki ayrımın netleştirilmesi, özellikle mahkeme denetiminde başlatılacak iflas prosedürlerinin sınırlandırılması açısından önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır⁴⁴. Zira yaklaşan iflas durumu, borçlunun ekonomik temellerine dayanılarak mahkeme sürecinin başlatılmasına olanak tanırken, PRD 2019'un etkin uygulanabilmesi için, borçluların mahkeme öncesinde yeniden yapılandırma araçlarından yararlanmasına fırsat tanıyacak ön iflas süreci için farklı bir giriş kriterinin oluşturulması gerekmektedir⁴⁵. Bu ayrım, İspanyol hukukuna "iflas olasılığı" kavramının eklenmesiyle sağlanmıştır.

B. İspanya Yeniden Yapılandırma Hukuku

1. Moratorium

Borçluların iflas tehlikesi altında olduğu, yakın zamanda iflas riskinin yüksek olduğu ya da mali darboğaz yaşadığı durumlarda, alacaklılarla müzakereye başlamak veya başlamak üzere olduğunu mahkemeye bildirme hakkı bulunmaktadır⁴⁶. Bu bildirimin yapılabilmesi için borçlunun müzakerelerin hangi aşamada

⁴² İspanyol İflas Kanunu'nun Gerekeşi, 3. Bölüm.

⁴³ BORK, "Pre-insolvency frameworks: Developments in the European Union" s. 13.

⁴⁴ PULGAR EZQUERRA, Juana, "The Preventive Restructuring Directive and the New Spanish Restructuring Plan", HERO (Çevrimiçi) https://www.online-hero.nl/art/4816/special-issue-preventive-restructuring-16-the-preventive-restructuring-directive-and-the-new-spanish-restructuring-plan#_ednref63, E.T: 3 Ocak 2025.

⁴⁵ PULGAR EZQUERRA.

⁴⁶ SCHUIJLING, Ben, "Stay of individual enforcement actions", Insol Europe Guidance Note, Nottingham, 2020, s. 9.

olduğunu açıklaması, görüşülen ya da görüşülmesi planlanan alacaklıların listesini sunması ve işletmenin sürdürülebilirliği açısından kritik öneme sahip varlıklar ile sözleşmeleri detaylandırması gerekmektedir⁴⁷.

İflas hukukunda “Moratorium” ya da “Stay of Individual Enforcement Actions (bireysel icra takip işlemlerinin durdurulması)”, alacaklıların borçluya karşı icra işlemlerini başlatma veya sürdürme hakkının geçici olarak askıya alınmasını ifade eder⁴⁸. PDR 2019’a göre bu kavram, yargı veya idari bir otorite tarafından verilen ya da kendiliğinden devreye giren, borçlunun malvarlığına yönelik bireysel takiplerin durdurulmasını kapsamaktadır⁴⁹. Tanım tam anlamıyla kesin sınırlarla belirlenmemiş olsa da, moratoriumun alacaklıların borçluya karşı başvurabileceği tüm hukuki yollara ve prosedürlere engel olduğu anlaşılmaktadır⁵⁰. Bu kapsamda, alacaklılar mahkeme kararlarını icra edemez, teminat haklarını kullanamaz ve herhangi bir icra işlemi başlatamaz⁵¹.

Moratorium uygulamasının temel hedefi, borçlulara alacaklı baskısından geçici bir koruma sağlayarak yeniden yapılandırma planı müzakerelerinin yapılmasını kolaylaştırmaktır⁵². Borçlunun mali durumu üzerinde olumlu bir etki yaratma ihtimali, işletme faaliyetlerinin devamı için gerekli varlıkların alacaklılar tarafından haczedilmesi durumunda önemli ölçüde azalabilir⁵³. Dolayısıyla, moratorium süreci borçlunun temel varlıklarını koruyarak, işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesini amaçlamaktadır. Türk hukukunda moratorium, konkordato sürecinde geçici ve kesin mühlet kararlarıyla sağlanmaktadır. İİK’nın 287. maddesine göre, geçici mühlet kararıyla alacaklıların mevcut takipleri durmakta ve yeni takipler başlatılamamaktadır⁵⁴. Kesin mühlet kararıyla bu ko-

⁴⁷ PULGAR EZQUERRA.

⁴⁸ MCCORMACK, Gerard, “**Stays (Moratoria) on the Enforcement of Rights Against a Debtor**”, **The European Restructuring Directive**, Ed. Gerard McCormack Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2021, s. 108-136.

⁴⁹ PRD 2019 Madde 2(1)(4).

⁵⁰ SCHUIJLING (2020), s. 14.

⁵¹ SCHUIJLING (2020), s. 14.

⁵² JOKUBAUSKAS, Remigijus, ŚWIERCZYŃSKI, Marek BALSUKIENĖ, Audronė, “A Stay of Individual Enforcement Actions as a Basis for Effective Restructuring Proceedings” **International Comparative Jurisprudence**, Y. 2021, C. 7, S. 1, s. 115-125, 119.

⁵³ MCCORMACK, Gerard, “**Introduction**”, **The European Restructuring Directive**, Ed. Gerard McCormack Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2021.

⁵⁴ İİK m. 288(1) hükmüne göre geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurmaktadır. İİK m. 294 gereği konkordato mühleti boyunca, borçlu aleyhine hiçbir icra takibi başlatılamaz; daha önce başlatılmış takipler durur. Bu durum, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki kamu alacakları için yapılan takipleri de kapsar. Ayrıca, bu süre içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanamaz ve takip işlemleriyle kesilebilecek zamanaşımı ile hak düşürücü süreler işlemeye ara verir.

ruma bir yıla (uzatmayla 18 aya) kadar devam eder. Ancak, Türk sisteminde moratoryumun kötü niyetle kullanılması riski, mahkeme denetiminin yetersizliği nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁵.

PDR 2019, üye devletlere moratoryumun kapsamını ve süresini belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır⁵⁶. Üye devletler, moratoryumun tüm alacaklılara mı yoksa yalnızca belirli bir grup alacaklıya mı uygulanacağına karar verebilir⁵⁷. Benzer şekilde, bazı alacak kategorilerinin moratoryum kapsamı dışında tutulmasına izin verilmektedir. Ancak bu istisnaların yalnızca açıkça tanımlanmış ve yeterli gerekçelere dayanan durumlarda uygulanması, ayrıca bu uygulamanın borçlunun yeniden yapılandırma sürecini riske atmaması ve alacaklılara haksız bir zarar vermemesi gerekmektedir. Türk hukukunda ise konkordato mühleti, kamu alacakları da dahil tüm takipleri kapsamakta, ancak istisnai olarak bazı imtiyazlı alacaklar (örneğin, İİK m. 206/1) tam ödeme garantisıyla korunmaktadır⁵⁸. Bu, PRD 2019'un esnek istisna yaklaşımına kısmen uyum sağlamaktadır.

PDR 2019'a göre, belirli durumlarda moratoryumun kaldırılması da mümkündür⁵⁹. Eğer moratoryumun borçlu ile alacaklılar arasında yeniden yapılandırma planı üzerinde anlaşma sağlanmasını kolaylaştırma amacı ortadan kalkmışsa, mahkemeler moratoryumu kaldırabilir⁶⁰. Ayrıca, moratoryumun devamı halinde belirli alacaklıların iflas etme riski ortaya çıkarsa veya belirli alacaklı grupları haksız bir şekilde zarar görürse, moratoryumun kısmen veya tamamen kaldırılması gündeme gelebilir⁶¹. Bu noktada, mahkemelerin ve idari otoritelerin, alacaklıların menfaatlerini gözeterek moratoryumun devam edip etmeyeceğine karar verme yetkisi bulunmaktadır. PDR 2019'a göre, moratoryumun başlangıç süresi dört ay ile sınırlandırılmıştır⁶². Ancak Üye Devletler, bu süreyi toplamda on iki aya kadar uzatabilecek düzenlemeler yapabilir. Moratoryumun uzatılabilmesi için, müzakerelerde kayda değer ilerleme sağlanması ve moratoryumun devam etmesinin tarafların haklarına zarar vermemesi gerekmektedir⁶³. Türk hukukunda moratoryumun kaldırılması, konkordato talebinin başarıya

⁵⁵ ATALAY, s. 5.

⁵⁶ PRD 2019 madde 6(2).

⁵⁷ MCCORMACK, "Introduction", s. 7.

⁵⁸ ARSLAN, Ramazan ve diğerleri, "İcra ve İflas Hukuku" Yetkin, Ankara, 2021, s. 580-581.

⁵⁹ PRD 2019 Madde 6(9).

⁶⁰ PRD 2019 Madde 6(9).

⁶¹ PRD 2019 Madde 6(9).

⁶² PRD 2019 Madde 6(6).

⁶³ PRD 2019 Madde 6(7).

ulaşma ihtimalinin ortadan kalkması halinde mahkeme tarafından kesin mühletin kaldırılmasıyla mümkündür (İİK m. 293). Ancak, Türk sisteminde moratoryum süresi (geçici mühlet 5 ay, kesin mühlet 12+6 ay) PRD 2019'un maksimum 12 ay sınırını aşabilmektedir, bu da alacaklılar açısından uzun süreli bir bekleme sorunu yaratabilir.

Moratoryum sürecinde borçlunun faaliyetlerini sürdürmesi için kritik öneme sahip sözleşmeler feshedilemez veya bu sözleşmelerin koşulları değiştirilemez. Bu sözleşmelere özellikle tedarik ve hizmet sözleşmeleri dahildir. Borçlunun, iflas nedeniyle sözleşmelerin sona erdirilmesine izin veren ipso facto hükümlerine karşı da koruma altına alınması sağlanmaktadır. PDR 2019, Üye Devletlere moratoryumun daha geniş bir uygulama alanı bulmasını veya belirli koşullarla sınırlandırılmasını düzenleme yetkisi vermektedir⁶⁴. Buna göre, moratoryum yalnızca temel yürütme sözleşmelerine değil, diğer sözleşmelere de uygulanabilir ve alacaklıların haksız zarara uğramaması için gerekli güvencele- rin sağlanması zorunludur. Türk hukukunda da konkordato mühleti sırasında, İİK m. 296/1 uyarınca, borçlunun konkordato başvurusu nedeniyle sözleşmelerin feshedilmesini öngören ipso facto hükümleri geçersizdir. Ayrıca, borçluya sürekli borç ilişkisi sözleşmelerini feshetme yetkisi tanınarak, mali durumunu iyileştirme süreci desteklenmektedir.

İspanyol hukukunda da borçlunun alacaklılarıyla bir yeniden yapılandırma planı üzerinde müzakere başlatmayı veya başlatmış olduğunu mahkemeye bildirmesiyle birlikte devreye giren temel araçlardan biri moratoryumdur⁶⁵. Moratoryumun temel amacı, borçlu ile alacaklılar arasında yeniden yapılandırma planı müzakerelerini teşvik etmek ve bu süreçte şirketin faaliyetlerini sürdürmesini sağlayarak ekonomik değerini korumaktır⁶⁶.

Moratoryumdan yararlanabilmek için borçlunun mevcut, yakın veya muhtemel bir iflas tehlikesi içinde olması gerekmektedir. Moratoryumun iki önemli etkisi bulunmaktadır: birincisi, bireysel alacaklıların icra takiplerinin durdurulması; ikincisi ise borçlunun iflas başvurusunda bulunma yükümlülüğünün askıya alınması ve bu sürecin başlatılmasının önlenmesidir. İspanya İflas Kanunu'nun 594. maddesine göre, moratoryum süresince borçlu, malvarlığı üzerinde tam tasarruf yetkisini ve yönetsel haklarını korumaya devam eder. Ancak,

⁶⁴ MCCORMACK, "Introduction", s. 7.

⁶⁵ BORK, Reinhard, "Pre-insolvency moratoria - a legal comparison" **European Insolvency and Restructuring Journal**, Y. 2021, S. 9, s. 1.

⁶⁶ BORK, "Pre-insolvency moratoria - a legal comparison" s. 1.

belirli durumlarda, yasal düzenlemeler gereği bir yeniden yapılandırma uzmanının atanması öngörülebilir⁶⁷. Türk hukukunda konkordato sürecinde borçlunun tasarruf yetkisi, konkordato komiserinin denetimine tabidir ve bazı işlemlerde mahkeme onayı aranmaktadır⁶⁸. Bu, İspanyol hukukundaki tam tasarruf yetkisi-nden farklı olarak, daha sıkı bir denetim mekanizması öngörmektedir.

Moratoryumun uygulanabilmesi için mahkeme tarafından özel bir denetim veya onay mekanizması öngörülmemiştir. Borçlunun mahkemeye yeniden yapılandırma müzakerelerine başlamakta olduğunu bildirmesiyle moratoryumun hukuki sonuçları kendiliğinden ortaya çıkar. Ancak, bu mekanizmanın kötüye kullanılması halinde, genel haksız fiil veya iflas hukuku çerçevesinde sonradan yaptırımlar uygulanabilir⁶⁹. Örneğin, eğer borçlu moratoryumu yalnızca iflas sürecinin başlamasını geciktirmek amacıyla kullanır ve bu durum şirketin mali durumunu daha da kötüleştirirse, yöneticiler, İspanya İflas Kanunu'nda düzenlenen özel sorumluluk halleri uyarınca sorumlu tutulabilir⁷⁰. Türk hukukunda da kötü niyetli konkordato başvuruları, konkordatonun feshi (İİK m. 308/f) veya iflasa tabi borçlular için doğrudan iflas kararıyla (İİK m. 308) sonuçlanabilir. Ancak, Türk sisteminde kötü niyetin tespiti için daha etkin mahkeme denetimi-ne ihtiyaç duyulmaktadır.

İflas kararının verilmesi durumunda ise bireysel alacaklıların icra takiplerine yönelik otomatik bir moratoryum devreye girer⁷¹. Bu etki, başlangıçta üç aylık bir süre için geçerli olmakla birlikte, alacaklıların çoğunluğunun onayı ve müzakerelerin başarıyla sonuçlanmasını sağlamak için gerekli görülmesi halinde üç ay daha uzatılabilir⁷². Bu uzatma kararı, eğer atanmışsa yapılandırma uzmanının olumlu görüşüne de bağlıdır. İflas davasına bakan hâkim, teminatın niteliği veya borçlunun faaliyetlerinin sürdürülebilirliği açısından kritik öneme sahip olup olmadığını değerlendirerek istisnalara karar verebilir (İspanya İflas

⁶⁷ İspanya İflas Kanunu, Madde 594(2)'e göre, "hâkim tarafından bir yeniden yapılandırma uzmanının atanması gerektiğinde, bu atama da borçlunun malvarlığını oluşturan mal ve haklar üzerindeki tasarruf ve yönetim yetkileri üzerinde herhangi bir etki doğurmayacaktır."

⁶⁸ KALE, Serdar, "7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 5, S. 1, s. 213-269, s. 221.

⁶⁹ İspanya İflas Kanunun Kitap I'nın IV. Bölümü, borçlu şirketin yöneticilerine, tasfiye memurlarına veya denetçilerine karşı iptal davaları ve sorumluluk davalarını ele almaktadır.

⁷⁰ GARCIMARTIN, s. 3-4.

⁷¹ Kamu alacaklarının tahsiline ilişkin takipler veya belirli türdeki teminatlara yönelik icra işlemleri bu kapsama dahil edilmez. İspanya İflas Kanunu, Madde 605.

⁷² İspanya İflas Kanunu, Madde 607.

Kanunu m. 597). Teminatların icrasına ilişkin moratoryum, tasfiye sürecine geçilmediği sürece, iflas kararından itibaren bir yıl boyunca geçerli olur (İspanya İflas Kanunu m. 609). Bu süre, borçluya alacaklılarla bir uzlaşma planı sunmak için münhasır bir dönem tanır. Bu plan, alacaklıların belirli çoğunluk desteğini alması halinde mahkeme tarafından onaylanabilir ve bu süreçte alacaklıların teminatlarını icra etme hakları sınırlandırılmış olur. Türk hukukunda iflas içi konkordato, İspanyol sistemine benzer şekilde, iflas sonrası yeniden yapılandırma imkânı sunar. Ancak, Türk hukukunda iflas içi konkordato sürecinde mühlet kararı verilmez; bunun yerine iflas idaresi, konkordato teklifinin uygulanmasını denetler.

İflas sürecinde uygulanan moratoryum, borçlunun iflas nedeniyle sözleşmelerinin otomatik olarak sona erdirilmesine izin veren “ipso facto” hükümlerinin geçersiz hale gelmesini de sağlar (İspanya İflas Kanunu m. 597). İflas kararının ardından, borçlunun taraf olduğu sözleşmelerin sona erdirilmesi ve bu sözleşmelere ilişkin yükümlülüklerin ifası, genel medeni hukuk kurallarından farklı olarak, İflas davasına bakan hâkimin takdirine bırakılmıştır. İflas davasına bakan hâkim, sürecin menfaati doğrultusunda sözleşmelerin devamına karar verebilir ya da borçlunun ihlâl ettiği sözleşmelerin belirli koşullar altında yürürlükte kalmasını sağlayabilir (İspanya İflas Kanunu m. 602). Ayrıca, borçlunun faaliyetlerinin sürdürülebilirliği açısından gerekli olan ve halihazırda yürürlükte bulunan sözleşmeler, moratoryum öncesinde gerçekleşmiş ihlaller nedeniyle feshedilemez; fesih hakkı yalnızca bildirim sonrasında meydana gelen ihlaller için kullanılabilir.⁷³

Moratoryum süresi boyunca, şirket yöneticilerinin şirketi tasfiye etme yükümlülüğü askıya alınmaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 613). Yukarıda da söz edildiği üzere, normal şartlar altında, İspanyol hukukunda borçlu, mevcut iflas durumunu öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren iki ay içinde iflas başvurusunda bulunmak zorundadır. Ancak, moratoryum süresi boyunca borçlu iflas başvurusunda bulunmakla yükümlü değildir ve alacaklılar tarafından yapılan iflas başvuruları, moratoryumun etkilerinin sona ermesinden itibaren bir ay geçene kadar mahkeme tarafından işleme alınmaz⁷⁴. Bununla birlikte, borçlu bir yapılandırma planına ulaşamaz ve mevcut iflas durumu devam eder-

⁷³ İspanya İflas Kanunu, Madde 598/2. ve 599/1'e göre moratoryum verimliliğinin artırılması ve kamu alımlarının iyileştirilmesine yönelik acil reformlara ilişkin 11 Mart tarihli ve 5/2005 sayılı Kraliyet Kanun Hükmünde Kararnamesi uyarınca sözleşmeye dayalı tazminat anlaşmalarının erken sona erdirilmesi, karara bağlanması veya feshedilmesi yetkisini etkilemeyecektir.

⁷⁴ PULGAR EZQUERRA.

se, bildirimin sona ermesini takip eden ay içinde iflas başvurusunda bulunmak zorundadır (İspanya İflas Kanunu m. 611). Türk hukukunda konkordato mühleti sırasında borçlunun iflas başvurusu yapma yükümlülüğü bulunmamakta, ancak konkordato talebinin reddi halinde iflasa tabi borçlular için mahkeme doğrudan iflas kararı verebilir (İİK m. 308). Bu, İspanyol hukukundaki esnek yaklaşımdan daha katı bir sonuç doğurmaktadır.

2. Yeniden Yapılandırma Planı

Yukarıda da değinildiği üzere, AB hukukundaki yeniden yapılandırma süreçleri, işletmelerin ekonomik zorluklarla karşılaştığında iflas etmelerini önlemek ve sürdürülebilirliklerini sağlamak amacıyla önemli hukuki araçlar sunmaktadır. Bu bağlamda, PDR 2019, AB üye devletlerine, borçluların ve alacaklıların işletmelerin yeniden yapılandırılması için daha esnek çözümler geliştirebilmesine olanak tanıyacak düzenlemeler getirmiştir. PDR 2019'un en temel ve etkili aracı, detayları Yönetmeliğin 8 ila 16. maddelerde düzenlenen yapılandırma planıdır. Bu maddeler, yapılandırma planının içeriğini, sınıflandırma süreçlerini, oylama prosedürlerini, kabul ve yargısal onay süreçlerini kapsamaktadır. Yapılandırma planının temel amacı, borçlunun belirli yeniden yapılandırma tedbirlerini içeren bir teklif sunarak işletmesini yeniden organize etmesidir. Bu plan, alacaklılar tarafından müzakere edilmekte, oylanmakta ve gerektiğinde mahkeme tarafından onaylanmaktadır⁷⁵. Türk hukukunda konkordato projesi, İspanya yeniden yapılandırma planına benzer bir işlev görür. İİK'nın 286. maddesi, konkordato ön projesinin borçlunun mali durumunu iyileştirecek tedbirleri içermesini zorunlu kılmaktadır⁷⁶. Ancak, Türk sisteminde planın hazırlanması ve onaylanması, İspanya hukukundaki esnek müzakere süreçlerinden daha fazla mahkeme denetimine tabidir.

PDR 2019, üye devletlere hukuki esneklik tanıyan çeşitli seçenekler sunmaktadır. Bu seçenekler arasında, sermaye yapısında değişiklik yapılması, borçların azaltılması veya işletme operasyonlarının yeniden yapılandırılması gibi tedbirler bulunmaktadır⁷⁷. Ayrıca, üye devletler, yapılandırma süreçlerinin kar-

⁷⁵ Garrido ve diğer araştırmacılara göre, PDR 2019 kapsamındaki yapılandırma süreçlerinde en büyük zorluk, yeniden organizasyon prosedürleri gibi tam yargısal müdahale gerektiren süreçlere başvurmadan hukuki esnekliği en üst düzeye çıkarmaktır. Bu nedenle, üye devletlerin yapılandırma planları ile resmi yeniden organizasyon planları arasındaki farkları koruyup korumamaya karar vermesi gerekmektedir. GARRIDO, José ve diğerleri, "Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive" **IMF Working Paper**, 2021, W2/21/152, s. 16.

⁷⁶ Pekcanitez/Erdönmez, s. 21-24.

⁷⁷ GARRIDO ve diğerleri, s. 16.

maşıklığını ve maliyetini azaltmak veya artırmak amacıyla düzenlemeler yapabilmektedir⁷⁸. Bunun yanı sıra, alacaklılar, borçlular ve hissedarlar arasındaki hak ve menfaat dengesini belirlemek de üye devletlerin yetki alanına bırakılmıştır. Türk hukukunda konkordato projesi, vade konkordatosu, tenzilat konkordatosu veya karma konkordato şeklinde hazırlanabilir, bu da PRD 2019'un esnek yaklaşımına paraleldir. Ancak, Türk sisteminde hissedarların konkordato sürecine doğrudan katılımı düzenlenmemiş, süreç tamamen borçlu ve alacaklılar arasında yürütülmektedir.

İspanyol Hukuku'nda yapılan reformlar da PDR 2019 doğrultusunda yapılandırma planlarını merkezine almıştır. İspanya'da, yapılandırma planının hazırlanması, alacaklılar ve borçlu arasında mahkeme dışı müzakere süreçlerini teşvik etmektedir⁷⁹. Yapılandırma planı, borçlunun işletmesini sürdürülebilir kılmak için belirli önlemleri içermekte ve bu planın uygulanması, genellikle borçlunun yöneticileri ve ana alacaklılar tarafından oluşturulan komiteler tarafından yürütülmektedir⁸⁰. Planın müzakeresi ve kabulü sırasında bir moratoryum talep edilebilmekle birlikte, bu durum her zaman zorunlu değildir⁸¹. Özellikle büyük şirketlerde, finansal kuruluşlarla yapılan gönüllü yapılandırma anlaşmaları çoğunlukla yeterli görülmektedir⁸². Türk hukukunda ise konkordato projesinin hazırlanması ve uygulanması, konkordato komiserinin gözetiminde gerçekleşir. Mahkeme dışı gönüllü anlaşmalar, İspanyol hukukundaki kadar yaygın değildir; konkordato süreci genellikle mahkeme denetimiyle yürütülür.

İspanyol hukukundaki reformlara göre, yapılandırma planının içeriğine ilişkin herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 614). Taraflara geniş bir esneklik tanınmakta ve planın içeriği, tarafların müzakereleri sonucunda şekillenmektedir⁸³. Yapılandırma planı, borçların geçici olarak ertelenmesi veya azaltılması, borcun hisseye dönüştürülmesi, varlıkların satışı veya kontrollü bir tasfiye gibi önlemleri içerebilmektedir⁸⁴. Yapılandırma sonrası

⁷⁸ GARRIDO ve diğerleri, s. 16.

⁷⁹ TIRADO, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain", s. 328.

⁸⁰ TIRADO, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain", s. 328.

⁸¹ GARCIMARTIN, s. 4.

⁸² GARCIMARTIN, s. 4.

⁸³ İspanya İflas Kanunu, Madde 614'e göre, Yapılandırma planları, borçlunun malvarlığının aktif ve pasif unsurlarının bileşimi, koşulları veya yapısının ya da öz sermayesinin değiştirilmesini amaçlayan planlar olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, borçlunun varlıklarının devri, üretim birimlerinin veya işletmenin bir bütün olarak faal halde devredilmesi, gerekli operasyonel değişikliklerin yapılması ya da bu unsurların bir arada uygulanması gibi tedbirler de yapılandırma planının içeriğinde yer alabilir.

⁸⁴ TIRADO, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain", s. 328.

şirketin sermaye yapısı, işletmenin sürdürülebilirliğini sağlayacak şekilde yeterli olmalı, ancak planın kesin içeriği tarafların toplu müzakeresi sonucunda belirlenmelidir⁸⁵. Türk hukukunda konkordato projesi, borçların vadesinin uzatılması, indirim yapılması veya her ikisinin kombinasyonu şeklinde yapılandırılabilir. Ancak, Türk sisteminde planın içeriği, İİK m. 286’da öngörülen belgelerle⁸⁶ desteklenmeli ve bağımsız denetim raporlarıyla doğrulanmalıdır, bu da İspanyol hukukundaki esneklikten daha katı bir çerçeve sunar.

İspanyol reformuna göre, yapılandırma planının mahkeme tarafından onaylanması, muhalif alacaklılar ve hissedarlara etkilerinin genişletilebilmesi açısından önem taşımaktadır. Planın mahkeme tarafından onaylanması, planın içerdiği önlemlerin gelecekteki iflas süreçlerinde özel bir koruma altına alınmasını da sağlamaktadır. Yapılandırma sürecinin dört temel aşamadan oluştuğu kabul edilmektedir⁸⁷. İlk aşamada, yapılandırma planından etkilenecek alacaklar belirlenmekte ve bu alacaklar değerlendirilmektedir⁸⁸. İkinci aşamada, bu alacaklar öncelik ve niteliklerine göre sınıflara ayrılmaktadır⁸⁹. Üçüncü aşamada, her sınıf içinde oylama yapılmakta ve gerekli çoğunluk sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmektedir⁹⁰. Son aşamada ise, gerekli çoğunluğun sağlanmasının ardından planın yargısal onayı talep edilmektedir⁹¹. Türk hukukunda konkordato sürecinde alacaklı sınıflandırması, İspanyol hukukundaki gibi detaylı bir şekilde düzenlenmemiştir. Alacaklılar, imtiyazlı ve adi alacaklılar olarak ayrılır, ancak cross-class cram-down mekanizması bulunmamaktadır. Konkordato projesinin tasdiki için İİK m. 302’de öngörülen çoğunluk aranır ve bu süreç mahkeme tarafından sıkı bir şekilde denetlenmektedir.

Yapılandırma planının minimum içeriği de İspanya İflas Kanunu’nun 633. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre plan, borçlunun kimliği, yapılandırma uzmanının kimliği (eğer atanmışsa), borçlunun ekonomik durumu ve çalışanla-

⁸⁵ GARCIMARTIN, s. 5.

⁸⁶ Öğretide Kanunda yer alan belgelerin eksik olması halinde ne yapılacağı hususunda tartışmalar mevcuttur. Tartışmalar için bkz. PEKCANİTEZ/ERDÖNMEZ, s. 22; ARSLAN, ve diğerleri, s. 576; ALBAYRAK, Hakan, “İflas Dışı Adi Konkordato Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları”, Yetkin, Ankara, 2020, s. 62.

⁸⁷ GARCIMARTIN, s. 5.

⁸⁸ GARCIMARTIN, s. 5.

⁸⁹ GARCIMARTIN, s. 5.

⁹⁰ GARCIMARTIN, s. 5.

⁹¹ CARLES, Jose, “Toward a New DIP-Financing Regime Under European Restructuring Plans: Views from Spain”, American Bankruptcy Institute (Çevrimiçi) <https://www.iiiglobal.org/file.cfm/156/docs/dip%20financing.pdf>, E.T: 3 Ocak 2025.

rın durumu, borçlunun varlık ve yükümlülükleri, plandan etkilenecek alacaklılar, etkilenecek sözleşmeler, hissedarların haklarına ilişkin değişiklikler, plandan etkilenmeyecek alacaklı ve hissedarlar, önerilen yapılandırma tedbirleri ve bunların istihdam üzerindeki etkileri gibi bilgileri içermelidir. Ayrıca, yeniden yapılandırma planına ilişkin ekonomik içerikli bilgiler ve operasyonel yeniden yapılandırma tedbirlerinin kabul edilmesi durumunda, çalışanlarla ilgili olarak kabul edilmiş veya kabul edilecek olan bilgilendirme ve istişare tedbirleri hakkında da bilgi verilmelidir (İspanyol İflas Kanunu, Madde 633(11)). Eğer plan kamu hukuku kapsamındaki alacakları etkileyecekse, borçlu vergi ve sosyal güvenlik yükümlülüklerini yerine getirdiğine dair belgeler sunmak zorundadır. Bu doğrultuda, vergi otoriteleri ve sosyal güvenlik kurumları tarafından düzenlenen sertifikalar planla birlikte ibraz edilmelidir (İspanyol İflas Kanunu, Madde 633(12)). Türk hukukunda konkordato ön projesi, İİK m. 286 uyarınca borçlunun mali durumunu gösteren belgeler, alacaklı listeleri, karşılaştırmalı tablolar ve bağımsız denetim raporlarını içermelidir⁹². İspanyol hukukundan farklı olarak, Türk sisteminde hissedarların haklarına ilişkin değişiklikler veya çalışanların durumu gibi unsurlar projede zorunlu değildir, bu da Türk konkordato rejiminin daha dar bir kapsam sunduğunu gösterir.

C. İspanyol Hukukundaki Yeniden Yapılandırma Planlarının Temel Özellikleri

1. Yapılandırmadan Etkilenen Taraflar

PDR 2019 çerçevesinde, borçluların yapılandırma planı sunma hakkı güvence altına alınmıştır⁹³. Üye Devletler, alacaklıların ve yapılandırma uzmanlarının da bu hakkı kullanıp kullanamayacağını ve hangi şartlar altında sunabileceklerini belirleyebilir⁹⁴. Yapılandırma planı üzerinde yalnızca “etkilenen taraflar” oy kullanabilirken, “etkilenmeyen tarafların” oy hakkı bulunmamaktadır⁹⁵. Ayrıca, üye devletler belirli grupları oy hakkından muaf tutabilir; bu kapsamda, (i) hissedarlar, (ii) tasfiye sırasında teminatsız adi alacaklıların gerisinde kalan alacak sahipleri ve (iii) ulusal hukuk çerçevesinde borçlu ile menfaat çatışması içinde olduğu kabul edilen kişiler oy hakkı dışında bırakılabilir⁹⁶.

⁹² ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin, “İcra ve İflas Hukuku” Yetkin, Ankara, 2024, s. 671.

⁹³ PRD 2019 Madde 9(1).

⁹⁴ PRD 2019 Madde 9(1).

⁹⁵ PRD 2019 Madde 9(2).

⁹⁶ PRD 2019 Madde 9(3).

İspanya İflas Kanunu, yapılandırma planından etkilenen alacakların kapsamını ve değerlemesini tanımlayarak başlamaktadır (İspanya İflas Kanunu, m. 616). Etkilenen alacakların belirlenmesi ve değerlemesi, yapılandırma planının başarısını doğrudan etkileyen kritik unsurlardır⁹⁷. Yapılandırmadan etkilenen alacak sahipleri, alacak tutarına göre ağırlıklandırılmış oy hakkına sahiptir⁹⁸. Bu düzenleme, çoğunluk ilkesinin uygulanmasını haklı kılmakta ve finansal sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için kararların sonuçlarına katlanan alacaklılara, maruz kaldıkları ekonomik etkiyle orantılı olarak oy hakkı tanınmasını sağlamaktadır⁹⁹.

Etkilenen alacaklar, yapılandırma planı kapsamında şartları veya koşulları değiştirilen alacakları ifade etmektedir¹⁰⁰. Bu değişiklikler, alacağın gerçek değerini değiştirmese bile, yapılandırma planına tabi olduğu için ilgili alacak “etkilenmiş” kabul edilmektedir¹⁰¹. İspanya İflas Kanunu’nun 616. maddesi uyarınca, bir alacağın etkilenen alacak olarak kabul edilmesi için belirli değişikliklere tabi tutulması gerekmektedir. Buna göre, alacağın vadesinde, tutarında veya diğer şartlarında değişiklik yapılması, borçlunun değiştirilmesi, uygulanacak hukukun farklılaştırılması ya da alacağın farklı bir finansal enstrümana dönüştürülmesi, ilgili alacağın yapılandırma sürecine dâhil edilmesini gerektiren unsurlar arasında yer almaktadır. Bu bağlamda, alacakların hisse senedine veya ortaklık payına çevrilmesi gibi işlemler de iflas hukuku çerçevesinde bir yapılandırma planı kapsamında değerlendirilmekte olup, borçlunun mali durumunun yeniden düzenlenmesine yönelik önemli bir mekanizma olarak görülmektedir.

PDR 2019 kapsamında, etkilenen taraflar yapılandırma planının kabulüne yönelik olarak belirli sınıflara ayrılmalı ve bu sınıfların ortak menfaatleri yeterli düzeyde yansıtılmalıdır¹⁰². En azından, teminatlî ve teminatsız alacaklıların ayrı sınıflarda yer alması gerekmektedir¹⁰³. Ayrıca, üye devletler işçi alacaklarını bağımsız bir sınıf olarak düzenleyebilir¹⁰⁴. Küçük ve orta ölçekli işletmelere (KOBİ) yönelik olarak belirli bir esneklik tanınmış olup, üye devletler KO-

⁹⁷ GARCIMARTIN, s. 5.

⁹⁸ GARCIMARTIN, s. 5.

⁹⁹ GARCIMARTIN, s. 5.

¹⁰⁰ SCHMIDT, Jessica, “Preventive restructuring frameworks: Jurisdiction, recognition and applicable law” *International Insolvency Review*, Y. 2022, C. 31. S. 1, s. 81-100, s. 83.

¹⁰¹ GARCIMARTIN, s. 5-6.

¹⁰² PRD 2019 Madde 9(4).

¹⁰³ PRD 2019 Madde 9(4).

¹⁰⁴ PRD 2019 Madde 9(4).

Bİ'lerin tüm alacaklıları tek bir sınıfta toplamasına olanak sağlayabilir¹⁰⁵. Ancak, Yönetmeliğin KOBİ'ler için getirdiği bu esnekliğin teminatlı alacaklıları da kapsayıp kapsamadığı konusunda açık bir hüküm içermemektedir¹⁰⁶. Genel hukuk ilkeleri çerçevesinde mülkiyet haklarına verilen önem göz önünde bulundurulduğunda, teminatlı ve teminatsız alacaklıların aynı sınıfta değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır¹⁰⁷.

2. Sınıf Oluşumu

Sınıf oluşturma süreci, yapılandırma planının onay için sunulduğu aşamada veya üye devletlerin öngörmesi hâlinde daha erken bir aşamada mahkeme tarafından incelenebilir¹⁰⁸. Üye devletler, etkilenen tarafların ulusal hukuka uygun, objektif kriterler çerçevesinde ve ortak menfaatleri dikkate alacak şekilde ayrı sınıflara ayrılmasını sağlamakla yükümlüdür¹⁰⁹. Aynı zamanda, küçük ölçekli zayıf tedarikçileri korumaya yönelik gerekli önlemler alınmalıdır¹¹⁰.

Yapılandırma planının kabulü, her sınıfta alacak miktarı veya menfaatlerin çoğunluğunun onayına bağlıdır. Üye devletler, bunun yanı sıra her sınıfta etkilenen tarafların sayısal çoğunluğunun aranmasını da şart koşabilir¹¹¹. Bu doğrultuda, bir yapılandırma planının kabulü için gereken çoğunluk oranı, her bir sınıftaki alacak veya menfaat miktarının veya uygulanabilir olduğu hallerde, her bir sınıftaki etkilenen taraf sayısının %75'inden fazla olamaz¹¹².

Alacaklı sınıflarının oluşturulması, PRD 2019 ile İspanya iflas hukukuna getirilen en önemli yeniliklerden biridir¹¹³. İspanya İflas Kanunu'nun 622. maddesi uyarınca, yapılandırma planından etkilenecek alacaklıların belirlenmesini takiben, söz konusu alacaklıların belirli sınıflara ayrılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu sınıflandırma, yapılandırma planının onay sürecine devam edilebilmesi

¹⁰⁵ PRD 2019 Madde 9(4).

¹⁰⁶ MCCORMACK, "Introduction", s. 9.

¹⁰⁷ MCCORMACK, "Introduction", s. 9.

¹⁰⁸ PRD 2019 Madde 9(5).

¹⁰⁹ PRD 2019 Madde 9(4).

¹¹⁰ PRD 2019 Madde 9(4).

¹¹¹ PRD 2019 Madde 9(6).

¹¹² PRD 2019 Madde 9(6).

¹¹³ İspanyol hukuk sisteminde yapılandırma planının kabulü, iki aşamalı bir süreçten oluşmaktadır. İlk aşamada, yapılandırmadan etkilenecek alacaklılar, bireysel oylama yerine alacaklı sınıfları üzerinden planı onaylamalıdır. İkinci aşamada ise plan, Ticaret Mahkemesi tarafından tasdik edilerek hukuki geçerlilik kazanmalıdır. Bkz. PULGAR EZQUERRA.

için gerekli bir aşamadır. Alacakların sınıflandırılması, alacaklıların hukuki statülerine ve ekonomik çıkarlarına göre farklı gruplara ayrılmasını sağlayarak, yapılandırma sürecinin daha adil ve öngörülebilir bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmaktadır. Böylelikle, benzer nitelikteki alacakların aynı sınıf içinde değerlendirilmesi ve bu sınıfların planın kabulü sürecinde ayrı ayrı oy kullanması amaçlanmaktadır. Türk hukukunda, konkordato sürecinde alacaklı sınıflandırması İspanya'daki kadar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir. İİK'ya göre, alacaklılar genellikle imtiyazlı (İİK m. 206) ve imtiyazsız olarak ayrılır¹¹⁴, ancak PRD 2019 veya İspanyol hukuku gibi ekonomik çıkarlara dayalı detaylı bir sınıf oluşumu öngörülmez. Konkordato projesinin tasdiki için tüm alacaklılar tek bir grup olarak değerlendirilmekte¹¹⁵ ve belirli bir çoğunluk aranmakta (İİK m. 302), bu da İspanya'daki esnek sınıf yapısından farklılık oluşturmaktadır.

İspanya İflas Kanunu'nun 623. maddesi uyarınca, alacaklı sınıflarının oluşturulmasında temel ilke, her sınıfın üyeleri arasında objektif kriterlere göre belirlenmiş ortak bir menfaatin bulunmasıdır¹¹⁶. Ortak menfaatin belirlenmesinde, alacaklıların hukuki statüleri ve ekonomik çıkarları dikkate alınarak homojen grupların oluşturulması sağlanmalıdır. Böylece, yapılandırma planının onay sürecinde her sınıfın kendi menfaatleri doğrultusunda hareket edebilmesi ve sürecin şeffaf bir şekilde yürütülmesi temin edilmektedir.

İspanya İflas Kanunu'nun 623. maddesi, alacaklı sınıflarının oluşturulmasında temel ilke olarak "ortak menfaat topluluğu"nın objektif kriterler doğrultusunda belirlenmesini öngörmektedir. Bu yaklaşım, mahkemelere belirli bir takdir yetkisi tanıyarak, kanunun sonraki maddelerinin esnek bir şekilde uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Özellikle 623. maddenin 2. fıkrası, alacaklı sınıflarının oluşturulmasında esas alınması gereken temel ölçütün iflastaki sıra cetvelinin olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre, farklı sıralamalarına sahip alacaklar, menfaat çatışmalarını önlemek ve çoğunluk ilkesinin işleyişini bozmamak adına ayrı sınıflara ayrılmalıdır. Ayrıca, 623. maddenin 3. fıkrası, aynı

¹¹⁴ İİK m. 308/c maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, 206. maddenin birinci sırasında yer alan imtiyazlı alacaklar konkordato kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu kapsamda işçi alacakları ile nafaka alacakları yer almaktadır. Söz konusu alacaklar konkordato hükümlerine tabi olmadığından, bunlar bakımından konkordato mühleti süresince takip yasağı uygulanmaz. Dolayısıyla, mühlet süresi içerisinde bu tür alacaklara ilişkin olarak yeni icra takibi başlatılması veya daha önce başlamış takip işlemlerinin sürdürülmesi mümkündür. ŞAHİN, s. 220.

¹¹⁵ ARSLAN ve diğerleri, s. 588.

¹¹⁶ Bu düzenleme, PDR 2019'dan alınan genel ilkeye dayanmakta olup, yapılandırma sürecinde adil ve dengeli bir sınıflandırma mekanizmasının oluşturulmasını amaçlamaktadır.

sıralamadaki alacakların da belirli durumlarda farklı sınıflara ayrılabilceğini hükme bağlamaktadır. Eğer objektif ve yeterli gerekçeler mevcutsa, aynı statüdeki alacaklılar arasında da farklı sınıfların oluşturulması mümkündür. Bu düzenleme, alacaklıların hak ve menfaatlerinin daha etkin korunmasını sağlarken, yapılandırma sürecinin adil ve şeffaf bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmaktadır.

Borçlu veya yeniden yapılandırma planından etkilenen yükümlülüklerin yarından fazlasını temsil eden alacaklılar¹¹⁷, planın onayına ilişkin talepte bulunmadan önce, oluşturulan sınıfların hukuka uygunluğunun mahkeme tarafından teyit edilmesini talep edebilir (İspanya İflas Kanunu m. 625). Bu mekanizma, müzakere sürecinde taraflar arasında sınıfların belirlenmesine ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önleyici bir şekilde çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır¹¹⁸. Böylece, sürecin ilerleyen aşamalarında hukuki belirsizliklerin ve olası itirazların önüne geçilerek yapılandırma planının hukuki güvenliği artırılmaktadır. Ayrıca, mahkeme tarafından önceden onaylanmış bir sınıflandırma, planın iptali veya ona yönelik itiraz gerekçesi olarak ileri sürülemez (İspanya İflas Kanunu m. 626(4)). Bu düzenleme, yeniden yapılandırma sürecinin öngörülebilirliğini ve hukuki istikrarını güçlendirmekte, aynı zamanda sürecin daha etkin ve tutarlı bir şekilde yürütülmesine katkı sağlamaktadır. İspanya İflas Kanunu'nun 626. maddesi kapsamında, yargısal onay sürecine ilişkin temel usul kuralları belirlenmiştir. Yetkili mahkeme tarafından bu talebin kabul edilmesi halinde, alınan karar İspanya Kamu İflas Sicili'nde yayımlanır. Yayımlarından itibaren, alacaklılar on iş günü içerisinde sınıflandırmaya itiraz etme hakkına sahiptir. Bu sürenin sona ermesini takiben, mahkeme, en geç beş iş günü içinde nihai kararını vermekle yükümlüdür. Mahkeme tarafından verilen bu karar kesin olup karara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz.

Türkiye'de, İspanya İflas Kanunu'nun 625. maddesinde öngörülen, borçlu veya etkilenen yükümlülüklerin yarısından fazlasını temsil eden alacaklıların alacaklı sınıflandırmasının hukuka uygunluğunun mahkeme tarafından önceden teyit edilmesini talep etme hakkına karşılık gelen bir düzenleme bulunmamak-

¹¹⁷ İspanya hukuk sisteminde, bir yeniden yapılandırma uzmanı, sınıfların doğruluğunun mahkeme tarafından teyit edilmesi talebinde bulunma yetkisine sahip değildir. Bu yetki, yalnızca borçluya veya yeniden yapılandırma planından etkilenen yükümlülüklerin yarından fazlasını temsil eden alacaklılara tanınmıştır. Böylece, sınıflandırma sürecinin şekillendirilmesi doğrudan tarafların inisiyatifinde bırakılmış ve yeniden yapılandırma uzmanının bu aşamada doğrudan müdahale edebilmesi engellenmiştir. Bu yaklaşım, sürecin taraflar arasındaki müzakereye dayanmasını ve alacaklılar ile borçlu arasındaki dengeyi korumayı amaçlamaktadır. İspanya İflas Kanunu gerekçesi.

¹¹⁸ PULGAR EZQUERRA.

tadır. İİK madde 285-308 kapsamındaki konkordato rejimi, resmi alacaklı sınıflandırması veya sınıflandırmanın hukuka uygunluğuna yönelik ön yargısal inceleme öngörmemektedir. Bunun yerine, asliye ticaret mahkemesi, konkordato projesinin genel hukuka uygunluğunu ve uygulanabilirliğini denetlemekte, alacaklı itirazları ise mühlet veya tasdik aşamalarında reaktif olarak ele alınmaktadır¹¹⁹. Bu, İspanya'nın sınıf temelli sistemine kıyasla daha basit ancak daha az yapılandırılmış bir yaklaşımı yansıtmaktadır.

3. Yeniden Yapılandırma Planının Onaylanması

Yeniden yapılandırma planına ilişkin sınıfların oylama sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için, önerilen planın tüm ilgili alacaklılara bildirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, bildirim her bir alacaklıya bireysel olarak yapılır ve bu süreç posta veya elektronik iletişim araçları kullanılarak gerçekleştirilir¹²⁰. Ancak, alacaklının iletişim bilgileri bilinmiyorsa, bildirim borçlunun internet sitesi üzerinden duyurulur¹²¹. Türk hukukunda konkordato projesinin alacaklılara bildirimi, İİK m. 288 uyarınca Resmi Gazete ve diğer ilan araçlarıyla yapılır. İspanyol hukukundaki bireysel bildirim yaklaşımından farklı olarak, Türk sistemi daha genel bir ilan yöntemini tercih eder, bu da bazı alacaklıların bilgilendirilmesinde eksikliklere yol açabilir.

İspanyol iflas hukuku, yeniden yapılandırma planlarının onay sürecini hem borçlu şirketin hem de alacaklıların haklarını koruyacak şekilde düzenlemektedir. Bu süreç, alacaklı sınıflarının ve pay sahiplerinin katılımını gerektirirken, aynı zamanda mahkemelerin denetleyici rolünü de içermektedir. Yeniden yapılandırma planlarının uygulanabilirliği, alacaklı sınıflarının oy haklarına ve bu sınıflar arasında öngörülen prosedürel farklılıklara bağlı olarak şekillenmektedir.

İspanyol hukukunda alacaklılar, teminatlı ve teminatsız alacaklılar olmak üzere iki temel gruba ayrılmaktadır¹²². Teminatlı alacaklılar, kredi ilişkilerinde daha güçlü bir pozisyonda olduklarından, onların oy oranları daha yüksek tu-

¹¹⁹ KALE, s. 217.

¹²⁰ İspanyol İflas Kanunu, Madde 627'ye göre, kamu alacaklıları açısından, bildirim süreci her durumda ilgili kamu kurumunun elektronik platformu aracılığıyla yürütülür ve resmi bir formun doldurulması suretiyle tamamlanır.

¹²¹ İspanyol İflas Kanunu, Madde 627(2)'ye göre İspanya İflas Kanunu, Madde 627'e göre eğer bu yöntemle bildirim yapılması mümkün değilse, atanmış bir yeniden yapılandırma uzmanı bulunması hâlinde bu kişi veya planın onayını talep eden taraf, mahkemeden İspanyol Kamu İflas Sicili'nde bir duyuru yayımlanmasını talep edebilir.

¹²² PULGAR EZQUERRA.

tulmuştur¹²³. Teminatsız alacaklılar için yeniden yapılandırma planlarının kabul edilebilmesi adına toplam borç tutarının en az üçte ikisinin onayı gerekmektedir (İspanya İflas Kanunu m. 629(1)), teminatlalı alacaklılar açısından bu oran dörtte üçe çıkmaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 629(2)). Bu fark, teminatlalı alacaklıların finansal sistem üzerindeki etkisini ve ekonomik risklerini dengeleme amacını taşımaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 629(1)). Ayrıca, İspanyol hukukunda alacaklılar arasında gerçekleştirilen oylama sürecinde yalnızca oy kullanan alacaklılar değil, tüm alacaklıların borç miktarı esas alınmaktadır¹²⁴. Böylece, oylamaya katılmayan alacaklıların pasif durumu planın geçerliliğini doğrudan etkilememektedir. Türk hukukunda konkordato projesinin tasdiki için İİK m. 302’de öngörülen çoğunluk, alacaklıların sayısının yarısı ve alacak miktarının üçte ikisidir. İspanyol hukukundan farklı olarak, Türk sisteminde teminatlalı ve teminatsız alacaklılar için ayrı oy oranları belirlenmemiştir, bu da teminatlalı alacaklıların korunmasında eksiklik yaratabilir. Ayrıca, Türk hukukunda oylamaya katılmayan alacaklılar çoğunluk hesabında dikkate alınmamaktadır.

Borçlu şirketin yeniden yapılandırma planının kabulü açısından, yalnızca alacaklıların onayı yeterli olmayabilir; belirli durumlarda, pay sahiplerinin de sürece dahil edilmesi gerekmektedir (İspanya İflas Kanunu m. 631). Eğer yeniden yapılandırma planı şirketin sermaye yapısını etkileyen bir değişiklik öngörüyorsa, pay sahiplerinin onayı aranır. Pay sahiplerinin onay süreci, alacaklılara kıyasla daha farklı bir prosedüre tabidir¹²⁵. İspanyol hukukunda pay sahiplerinin karar alma süreci, şirketin iç düzenlemelerine bağlı olarak şekillenir ve bu süreçte, özellikle finansal açıdan zor durumda bulunan şirketler için belirli esneklikler sağlanmıştır. Pay sahiplerinin süreci geciktirmesinin önüne geçmek adına, mahkemeler belirli durumlarda genel kurulun toplanmasını zorunlu kılabilir (İspanya İflas Kanunu m. 631(2)). Türk hukukunda konkordato sürecinde pay sahiplerinin onayı aranmaz, bu da İspanyol hukukundaki pay sahibi katılımından farklı bir yaklaşımdır. Türk sistemi, konkordato sürecini tamamen borçlu ve alacaklılar arasındaki bir anlaşma çerçevesinde yürütür.

Yeniden yapılandırma planlarının hukuki geçerliliği açısından mahkemele-
rin rolü belirleyici olmaktadır. İspanyol hukukunda mahkemeler, planın yasal çerçeveye uygun olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Alacaklıların belirlenen çoğunluk oranlarına ulaşarak planı kabul etmeleri durumunda dahi, mah-

¹²³ CARLES, Jose ve CUESTA, Carlos, “Spain: New Restructuring Plans under the Transposition of the EU Directive, *Eurofenix*, 2022, s. 39-340.

¹²⁴ GARCIMARTIN, s. 8.

¹²⁵ PULGAR EZQUERRA.

kemeler planının hakkaniyetli olup olmadığını inceleyebilir ve gerekli durumlarda düzeltmeler yapabilir. Mahkemeye sunulan planlar açısından alacaklıların hak kaybına uğramaması ve sürecin adil bir şekilde yürütülmesi temel prensipler arasında yer almaktadır. Türk hukukunda konkordato projesinin tasdiki, İİK m. 305'te öngörülen şartların mahkeme tarafından denetlenmesini gerektirir. Mahkeme, projenin iflas halinde alacaklıların eline geçecek miktardan daha fazla getiri sağlamasını, imtiyazlı alacaklıların tam ödenmesini ve yargılama giderlerinin karşılanmasını değerlendirir. İspanyol hukukuna benzer şekilde, Türk mahkemeleri de adil bir denge sağlamayı amaçlar, ancak Türk sisteminde mahkeme denetimi daha katıdır.

İspanya iflas hukukunda yeniden yapılandırma planlarının mahkeme tarafından onaylanma süreci, PDR 2019 çerçevesinde düzenlenmektedir. PDR 2019'un 10. maddesi uyarınca, belirli durumlarda yeniden yapılandırma planları yalnızca yargısal veya idari bir makam tarafından onaylanması halinde taraflar açısından bağlayıcı hale gelmektedir¹²⁶. Özellikle, itiraz eden alacaklıların haklarını etkileyen, yeni finansman içeren veya iş gücünün %25'inden fazlasının kaybını öngören planların mahkeme denetimine tabi tutulması zorunludur¹²⁷. Bu kapsamda, mahkemenin planı değerlendirirken alacaklıların eşitlik ilkesine uygun muamele görmesini, planın hukuka uygun şekilde kabul edilmesini ve taraflara usulüne uygun bildirim yapılmasını sağlaması gerekmektedir¹²⁸. Türk hukukunda konkordato tasdiki, İspanyol hukukuna benzer şekilde mahkeme onayı gerektirir. Ancak, Türk sisteminde yeni finansman koruması açıkça düzenlenmemiştir ve iş gücü kaybına ilişkin özel bir değerlendirme kriteri bulunmamaktadır. Konkordato tasdiki, İİK m. 305'te belirtilen şartların sağlanmasına odaklanır.

İspanya İflas Kanunu'nun ilgili hükümleri de mahkemenin onay sürecinde gözetmesi gereken kriterleri detaylandırmaktadır. Kanunun 631. ve devamı maddeleri, yeniden yapılandırma planlarının mahkemeye sunulabilmesi için belirli bir çoğunluk oranında alacaklının onayının alınmasını şart koşmaktadır. Mahkeme, planı hem şekil hem de esas yönünden inceleyerek, alacaklıların katılım sürecinin hukuka uygun yürütülüp yürütülmediğini ve planın alacaklılar arasında adil ve orantılı bir denge sağlayıp sağlamadığını değerlendirmektedir. Kanunun 636. maddesi, mahkemenin planı reddetme yetkisini düzenlemekte

¹²⁶ RICHTER, Tomáš ve THERY, Adrian, "Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down", INSOL Europe, Nottingham, 2020, s. 25.

¹²⁷ RICHTER ve THERY, s. 25.

¹²⁸ RICHTER ve THERY, s. 25.

olup, özellikle alacaklıların haklarını ağır biçimde ihlal eden veya açıkça hukuka aykırılık içeren planların onaylanamayacağını hükme bağlamaktadır. Türk hukukunda da konkordato tasdik talebinin reddi, İİK m. 308 uyarınca, projenin gerekli çoğunluğu sağlamaması veya adil olmaması durumunda mümkündür¹²⁹. Red kararı, iflasa tabi borçlular için doğrudan iflas sonucunu doğurur, bu da İspanyol hukukundan daha katı bir yaklaşımdır.

PDR 2019'un 10(3). maddesi, mahkemelerin borçlunun iflastan kaçınmasını veya işletmenin sürdürülebilirliğini sağlamasını makul şekilde mümkün kılmayan planları onaylamama yetkisini düzenlemektedir. Bu doğrultuda, İspanyol mahkemeleri yeniden yapılandırma planının ekonomik ve hukuki sürdürülebilirliğini değerlendirerek, yalnızca uygulanabilir ve gerçekçi çözümler sunan planları onaylamaktadır. Ayrıca, PDR 2019'un 10(4). maddesi, mahkemelerin onay sürecini hızlı ve etkin bir şekilde tamamlamasını zorunlu kılmaktadır. Bu gereklilik doğrultusunda, İspanyol hukukunda da mahkemelerin süreci gecikmelere neden olmayacak şekilde yürütmesi esastır. Türk hukukunda konkordato tasdik süreci, İspanyol hukukuna göre daha uzun sürebilir, çünkü kesin mühlet süresi (12+6 ay) mahkeme incelemelerini uzatabilir. Bu, PRD 2019'un hızlı onay ilkesine tam uyum sağlamamaktadır.

Son olarak, mahkeme tarafından verilen onay kararı, yalnızca planı kabul eden alacaklıları değil, plana itiraz eden veya oylamaya katılmamış alacaklıları da bağlayıcı nitelikte olup, bu husus İspanya İflas Kanunu'nun 637. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mahkeme onayı, yeniden yapılandırma sürecinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi açısından kritik bir aşama teşkil etmektedir. Türk hukukunda da konkordato tasdik kararı, İİK m. 306 uyarınca tüm alacaklıları bağlar. Ancak, Türk sisteminde cross-class cram-down mekanizması bulunmadığından, itiraz eden alacaklıların bağlayıcılığı yalnızca çoğunluk sağlanmasıyla mümkündür.

4. Onaylanmış Planın İtiraz Eden (Veya Oy Kullanmamış) Alacaklılara Etkisi

İspanya İflas Kanunu kapsamında, öncelikle alacaklı sınıflarının tespiti yapıldıktan ve plan, ilgili alacaklı sınıfları ile (gerekliyse ortaklar toplantısında yapılan oylama neticesinde) kabul edildikten sonra, kanun iki temel durumu ayırt etmektedir. Birinci durumda, plan; yukarıda da değinildiği üzere tüm alacaklı sınıfları ve varsa ortakların belirlenen çoğunluğu sağlayarak onaylaması

¹²⁹ ŞAHİN, s. 208-210.

suretiyle kabul edilmektedir. İkinci durumda ise, bu şartların sağlanamaması söz konusudur. İlk senaryoda, tüm ilgili sınıflar arasında uzlaşya varılması sonucunda oluşturulan planlar “konsensüs yeniden yapılandırma planları” olarak tanımlanırken, ikinci durumda ise uzlaşya sağlanamadığından “konsensüs olmayan planlar” ifadesi kullanılmaktadır. “Konsensüs yeniden yapılandırma planları” ile “konsensüs olmayan planlar” arasındaki ayrım temelinde; etkilenen alacaklıların bireysel korunması (cram-down yöntemiyle) ile alacaklı sınıflarının korunması (cross-class cram-down yöntemiyle)¹³⁰ olmak üzere iki koruma düzeyi ortaya konulmaktadır¹³¹. İspanya İflas Kanunu her iki durumda da planın mahkemelerce onaylanabilmesi ve bu onayın, itiraz eden alacaklıların veya ilgili tüm sınıfların (ortaklar dahil) üzerinde bağlayıcı etkiler oluşturabilmesi için yerine getirilmesi zorunlu koşulları belirlemiştir. Yukarıda da değinildiği üzere, Türk hukukunda konkordato rejimi, cross-class cram-down mekanizmasını içermez. İtiraz eden alacaklılar, İİK m. 302’de öngörülen çoğunluk sağlarsa konkordato projesine uymak zorundadır. Bu, İspanyol hukukundaki konsensüs olmayan planlara bağlayıcılık sağlama esnekliğinden farklı bir yaklaşımdır.

PRD 2019 da yeniden yapılandırma planlarının ilgili alacaklı sınıfları tarafından onaylanmaması durumunda, borçlunun teklifi veya mutabakatı ile planın mahkemeler ya da idari makamlar tarafından onaylanabilmesine ve bu onayın itiraz eden sınıflar üzerinde bağlayıcı hale gelmesine yönelik mekanizmaları öngörmektedir¹³². Bu bağlamda, planın onaylanabilmesi için, öncelikle 10(2) ve (3) maddelerinde belirtilen düzenlemelere uygunluğu sağlanmalı; ardından ya ilgili alacaklı sınıflarının çoğunluğunun onayı, en az birinin teminatlı veya adi alacaklılardan üstün konumda olması koşuluyla, ya da ulusal hukuk hükümlerinde öngörüldüğü biçimde, borçlunun sürekliliği varsayımına göre ödeme almayacak ya da çıkar elde etmeyecek sınıflar dışındaki ilgili tarafların oy kullanan en az bir sınıfının onayı alınmalıdır. Buna ek olarak, planın, itiraz eden alacaklı sınıflarının en az aynı dereceye sahip diğer sınıflarla eşit, daha alt sınıflarla ise daha elverişli koşullarda muamele görmesini garanti altına alması ve hiçbir sınıfın, alacaklılarının ya da çıkarlarının tam tutarının üzerinde fayda sağlamamasını öngören şartlar mevcut olup, küçük ve orta ölçekli işletmeler için borçlunun onayını alma gerekliliğinde istisna uygulanabilmektedir. Türk huku-

¹³⁰ PRD 2019’un ele aldığı bu yöntem Amerika’nın 11 numaralı (Chapter 11) olarak bilinen Amerikan Federal İflas Kanunu’ndan esinlenerek ele alınmıştır. Amerika İflas ve Yeniden Yapılandırma hukuku hakkında bilgi için bkz. ŞAHİN, Çağatay Serdar, “Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları”, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 42-85.

¹³¹ RICHTER ve THERY, s. 27.

¹³² RICHTER ve THERY, s. 27.

kunda konkordato projesinin tasdiki, tüm alacaklı sınıflarında değil, toplam alacaklı sayısının yarısı ve alacak miktarının üçte ikisi çoğunluğuyla sağlanmaktadır¹³³. Bu, itiraz eden alacaklıların korunmasında İspanyol hukukuna göre daha sınırlı bir esneklik sunmaktadır.

Onaylanmış planın itiraz eden (veya oy kullanmamış) alacaklılara etkilerinin genişletilmesi amacıyla, planın tüm alacaklı sınıfları tarafından onaylanması durumunda, mahkeme, planın İspanya İflas Kanunu'nun 638'de belirtilen koşulları (örneğin; borçlunun iflas olasılığı, yaklaşan veya mevcut iflas durumunda bulunması, planın iflastan kaçınma ve işletmenin sürdürülebilirliğini sağlama hususlarında makul bir gerekçe sunması; madde 633 ve 634'te öngörülen asgari içerik ve biçim gerekliliklerinin karşılanması; alacaklı sınıflarının oluşumunda ve onay için gerekli çoğunlukların sağlanması; aynı sınıf içindeki tüm alacaklılara eşit muamelenin gösterilmesi; ve planın usulüne uygun olarak tüm etkilenen alacaklılara bildirilmiş olması) hususlarının mevcut olması şartıyla planı onaylamaktadır¹³⁴. Buna ek olarak, plan, itiraz eden alacaklıların ekonomik çıkarlarının korunmasına yönelik asgari bir içeriğe sahip olmalıdır. Bu bağlamda, alacak fedakârlığının, şirketin sürdürülebilirliğini sağlamak için gerekli olandan açıkça orantısız olmaması ve itiraz eden alacaklının, alternatif bir iflas tasfiyesi senaryosunda elde edeceği değeri alt etmemesi gerekmektedir. Türk hukukunda konkordato projesinin tasdiki, İİK m. 305 uyarınca, projenin iflas tasfiyesinden daha fazla getiri sağlaması şartına bağlıdır. İtiraz eden alacaklıların korunması, bu ekonomik karşılaştırma ile sağlanmakta, ancak İspanyol hukukundaki detaylı sınıf bazlı koruma mekanizmaları Türk sisteminde mevcut değildir.

Sonuç olarak, İspanyol iflas hukukunda yeniden yapılandırma planlarının mahkeme tarafından onaylanma süreci, hukuka uygunluk, alacaklılar arasında eşitlik ilkesi, yeni finansmanın gerekliliği ve planın uygulanabilirliği gibi temel kriterlere dayanmaktadır. Mahkemeler, planın borçlunun mali durumunu iyileştirme potansiyelini değerlendirerek yalnızca ekonomik sürdürülebilirlik sağlayan planları onaylamakta ve alacaklıların menfaat dengesini gözeterek karar vermektedir. Bu doğrultuda, mahkeme denetimi, borçluların kötü niyetli işlemlerini engellemeyi ve alacaklıların haklarını korumayı amaçlayan kapsamlı bir hukuki inceleme sürecini içermektedir. Türk hukukunda da konkordato tasdik süreci, kötü niyetli işlemleri önlemeyi amaçlar, ancak mahkeme denetiminin

¹³³ SARISÖZEN, M. Serhat, “**Konkordato**”, Yetkin, Ankara, 2020, s. 348.

¹³⁴ Tüm alacaklı sınıflarının onayladığı yeniden yapılandırma planı, İspanya İflas Kanunu'nun Madde 638 hükmü uyarınca, mahkemece onaylanması halinde ilgili sınıflara ait tüm alacaklar üzerinde bağlayıcı nitelik kazanmaktadır.

şekli bir incelemeyle sınırlı kalması, bu hedefin etkinliğini sınırlandırabilir. İspanyol hukukundaki sınıf bazlı detaylı denetim, Türk sistemine kıyasla daha kapsamlı bir alacaklı koruması sağlamaktadır.

5. Plana Karşı İtiraz

PDR 2019 madde 16'ya göre, yeniden yapılandırma planlarının onaylanması ya da reddedilmesine ilişkin kararlar karşısında itiraz hakkının uygulanmasına dair düzenlemeleri içermektedir¹³⁵. Üye devletler, yargı makamları tarafından verilen kararlar aleyhinde ulusal hukuk çerçevesinde öngörülen temyiz başvurularının daha yüksek yargı mercilerine intikal ettirilmesini, idari makamlarca¹³⁶ alınan kararlara yönelik itiraz başvurularının ise yargı mercilerine yönlendirilmesini temin etmektedir¹³⁷. Temyiz başvurularının etkin, hızlı ve verimli bir biçimde sonuçlandırılması öngörülürken, yeniden yapılandırma planının onaylandığına dair kararlara ilişkin temyiz başvurusunun, planın yürürlüğe girmesi üzerinde planın geçici durdurulması etkisi yaratmaması esasına vurgu yapılmaktadır¹³⁸. Bununla birlikte, Üye devletler, tarafların menfaatlerini korumak amacıyla, yargı makamlarının gerektiğinde planın veya planın belirli bölümlerinin uygulanmasını askıya alma yetkisini kullanabilmesine imkân tanıyabilir. Eğer temyiz sonucunda karara itiraz eden taraf lehine bir hüküm verilirse, yargı makamı ya yeniden yapılandırma planını iptal etmekte ya da ulusal hukukun öngördüğü şekilde, değişiklik yapılarak veya değişiklik yapılmaksızın onaylamaktadır. Buna ek olarak, planın onaylanması sırasında hak kaybı yaşayan taraflara, temyiz sürecinde lehlerine sonuç çıkması halinde maddi zararlarının tazmin edilmesi de mümkün kılınabilmektedir. Bu düzenleme, temyiz mekanizmasının etkinliğini ve tarafların korunmasını sağlamak amacıyla, yeniden yapılandırma planlarının onay sürecinde karşılaşılabilecek hukuki çekişmelerin çözümüne ilişkin prosedürel güvenceleri kapsamlı bir biçimde ele almaktadır. Türk hukukunda, konkordato tasdik kararına karşı kanun yoluna başvuru sınır-

¹³⁵ CAHIR, Barry ve QUINN, Michael, “**Procedural features**”, INSOL Europe, Nottingham, 2020, s. 10-11.

¹³⁶ , “İdari makam” terimi, yeniden yapılandırma süreçlerinde yargı dışı, devlet tarafından yetkilendirilmiş organları (örneğin, yeniden yapılandırma uzmanları veya kamu sicilleri) ifade eder ve bu makamların kararları yargısal denetime tabidir. Türk hukukunda ise konkordato süreci mahkeme merkezli olduğundan, idari makamlara karşılık gelen bir yapı bulunmaz; ancak konkordato komiseri, idari makamların teknik rollerine benzer görevler üstlenir.

¹³⁷ MCCORMACK, “Introduction”, s.12.

¹³⁸ WESSELS, Bob, “Europe column: Should parties have the right to appeal a restructuring plan?”, Global Restructuring Review (Çevrimiçi) <https://globalrestructuringreview.com/article/europe-column-should-parties-have-the-right-appeal-restructuring-plan>, E.T: 3 Ocak 2025.

lıdır¹³⁹. Kesin mühlet kararına karşı kanun yolu kapalıdır (İİK m. 293), ancak tasdik kararına karşı istinaf yoluna gidilebilir (İİK m. 308).

İspanya İflas Kanunu, yeniden yapılandırma planlarının onay kararına karşı itiraz yoluna gidilmesini kapsamlı bir şekilde düzenlemektedir. Kanuna göre, tüm alacaklı sınıfları tarafından onaylanan planın onay kararının kamuya duyurulmasını takiben on beş gün içerisinde, plan lehine oy kullanmayan etkilenen alacaklılar, iletişim, içerik ve biçim gerekliliklerinin yerine getirilmemesi; alacaklı sınıflarının hatalı oluşturulması ve planın onay sürecinin usulüne uygun yürütülmemesi; borçlunun iflas ihtimalinin, yaklaşan ya da mevcut iflas durumunun bulunmaması; planın iflastan kaçınma ve işletmenin kısa ile orta vadede sürdürülebilirliğini sağlamada makul bir perspektif sunmaması; aynı sınıf içindeki alacakların eşit şekilde muamele görmemesi; alacak değerinin gerekli düzeyin üzerinde indirimi ve alacaklıların en iyi yarar testini geçememesi gerekçeleriyle onay kararına itiraz edilebileceği öngörülmektedir (İspanya İflas Kanunu m. 654). Buna ek olarak, tüm alacaklı sınıflarının onaylamadığı planlarda, itiraz hakkı, planın gerekli sınıf ya da sınıflar tarafından onaylanamaması, belirli bir alacaklı sınıfının plan kapsamında sahip olduğu hak, hisse veya katılımların, alacak tutarını aşan düzeyde verilmesi; aynı dereceye sahip diğer sınıflara göre daha elverişsiz muamele görmesi veya, alt sıralardaki bir sınıfın ödeme veya hak elde etmesi durumunda itiraz eden sınıfın, plan öncesinde sahip olduğu hak tutarının altına düşmesi gibi ek gerekçelere dayanmaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 655). Hissedarlar tarafından onaylanmayan planların onay kararına ise, yalnızca oy kullanarak reddeden hissedarlar itiraz edebilmekte; ayrıca, planın onaylanmasıyla birlikte feshedilen karşılıklı yükümlülükler içeren sözleşmelerin, yeniden yapılandırmanın başarısı ve iflasın önlenmesi açısından gerekli olmaması veya öngörülen tazminatın yetersiz olması durumunda da etkilenen taraflar, fesih kararını itiraz edebilmektedir (İspanya İflas Kanunu m. 656). Tüm itirazlar, yargılama süreci içerisinde ilgili belgelerin temini ve usulüne uygun şekilde dosyaya eklenmesinin ardından, belirlenen süre zarfında yargı mercileri tarafından değerlendirilmekte; nihai ve kesinleşen karar, onay kararının kamuya duyurulmasından sonraki gün itibarıyla yürürlüğe girerek, yeniden yapılandırma planının uygulanması üzerinde geçici durma etkisi yaratmadan, sürecin tamamlanmasını sağlamaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 658). Böylece, kanun hem

¹³⁹ Detail bilgi için bkz. YEŞİLOVA, Bilgehan ve TUNCER KAZANCI, İdil, “Konkordato[nun] [Projesinin] Tasdiki Kararına Karşı Kimler Kanun Yoluna Başvurabilir?”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C. 22. S. 1, s.61-135; KÜÇÜK, Alper Tunga, “Konkordato Hakkında Verilen Karara Karşı Kanun Yoluna Başvurabilecek İtiraz Eden Alacaklılara Dair Bir Değerlendirme”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2024, C. 19. S. 223, s. 1455-1493.

alacaklıların hem de hissedarların ve etkilenen diğer tarafların menfaatlerini korumaya yönelik usul ve esasları titizlikle belirlemekte, üçüncü kişiler tarafından edinilmiş iyi niyetli hakların korunmasını da temin etmektedir. Türk hukukunda, konkordato projesine itirazlar, genellikle alacaklıların yedi günlük süre içinde mahkemeye başvurusuyla yapılır (İİK m. 288). Ancak, İspanya'daki gibi ayrıntılı itiraz gerekçeleri Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiştir, bu da itiraz sürecini daha sınırlı kılmaktadır.

D. İspanya Hukukundaki Yeniden Yapılandırma Düzenlemesinin, Mikro İşletmeler ile Orta ve Küçük Ölçekli İşletmelere Yönelik Yenilikçi Yaklaşımı

PRD 2019, finansal sıkıntı içerisindeki tüm şirketlerin kurtarılması ve rehabilitasyonu için örnek teşkil edebilecek model bir yasal çerçeve sunmaktadır. Direktifin temel amacı, işletmelerin erken aşamada mali krizlere müdahale edebilmelerini sağlamak ve yeniden yapılandırma süreçlerine erişimin kolaylaştırılmasıdır¹⁴⁰. Özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler (KOBİ) açısından hayati önem taşıyan bu düzenleme, gerekli hukuki prosedürlerin mevcut olmasını ve işletmelerin mali yapılarını yeniden düzenleyerek sürdürülebilirliğe kavuşmasını hedeflemektedir¹⁴¹. Böylece, direktif, hem büyük ölçekli şirketlerde hem de KOBİ'lerde uygulanabilecek evrensel kurtarma ve rehabilitasyon stratejilerinin geliştirilmesinde yol gösterici bir rol üstlenmektedir¹⁴².

İspanya'da mikro işletmeler için özel, bağımsız bir prosedürün getirilmesiyle, mevcut yasal çerçevenin yetersizliklerini gidermeye yönelik önemli bir yeniliğe imza atmıştır¹⁴³. Bu yenilik, iş veya meslek faaliyeti yürüten, son yıl içinde ortalama on kişiden az çalışan (veya buna denk gelen tam zamanlı çalışma saatleriyle ölçülen) ve yıllık cirosu 700.000 Euro'nun altında veya borç toplamı 350.000 Euro'nun altında olan gerçek veya tüzel kişilere uygulanmaktadır; borçlu bir grup içinde yer alıyorsa, belirlenen kriterler konsolide olarak hesap-

¹⁴⁰ MCCARTHY, Jonathan, "A Class Apart: The Relevance of the EU Preventive Restructuring Directive for Small and Medium Enterprises" *European Business Organization Law Review*, Y. 2020, C. 21, s. 895-913, s. 896.

¹⁴¹ MCCARTHY, "A Class Apart: The Relevance of the EU Preventive Restructuring Directive for Small and Medium Enterprises", s. 897.

¹⁴² MCCARTHY, "A Class Apart: The Relevance of the EU Preventive Restructuring Directive for Small and Medium Enterprises", s. 897.

¹⁴³ ABD Hukukundaki düzenlemeler için bkz. HAŞHAŞ, Abdulkadir, "ABD Hukuku Örneğinde Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler (Kobi) İçin Özel Yeniden Yapılandırma" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2023, C. 25, S. 1, s. 267-320.

lanır (İspanya İflas Kanunu m. 685)¹⁴⁴. Prosedür, borçlunun mal varlığına dahil olan tüm varlıkları (yasal olarak haczedilemeyenler hariç) kapsamakta; ayrıca, borçlunun evlilik durumunda, ilgili medeni mal rejimi hükümleri de göz önünde bulundurulmaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 685(3)). Tüm alacaklıları, borcun kaynağı veya doğası ne olursa olsun kapsayan bu düzenleme, mikro işletmelerin iflas olasılığı, yakında iflas veya mevcut iflas durumlarında uygulanmak üzere öngörülmekte; borçlu, iflas durumunu öğrendiği tarihten itibaren iki ay içerisinde prosedür açmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, alacakların en az %85'inin kamu alacaklılarına ait olduğu durumlarda, prosedür yalnızca tasfiye şeklinde yürütülebilmektedir (İspanya İflas Kanunu m. 686). Türk hukukunda, mikro ve küçük ölçekli işletmeler için özel bir konkordato rejimi bulunmamakla birlikte, İİK'nın 286. maddesi, küçük işletmelerin bağımsız denetim raporundan muaf tutulmasını öngörerek prosedürel kolaylık sağlamaktadır. Ancak, İspanya'daki gibi mikro işletmelere özgü bağımsız bir prosedür yerine, tüm işletmeler için standart bir konkordato süreci uygulanır, bu da KOBİ'ler için esneklik eksikliğine yol açabilir.

Yeni sistem; prosedürel esnekliğin artırılması ve işlevsel ile prosedürel basitleştirme unsurlarını içeren “modüler yaklaşım” ile dikkat çekmektedir¹⁴⁵. Bu yaklaşıma göre, yeniden yapılandırma planı veya tasfiye sürecine ilişkin temel prosedürler hızlandırılmış iki şemada sunulmakta ve taraflar, maliyet-fayda analizine dayanarak gerekli görülen ek modülleri isteğe bağlı olarak ekleyebilmektedir (İspanya İflas Kanunu m. 687). Örneğin, iflas uzmanının atanması veya teminat haklarının ihtiyati durma etkisinin uygulanması, ilgili tarafların talebine bağlı olarak devreye girmekte, bu sayede gereksiz maliyetler ve işlem- sel yükler azaltılmaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 682). Ayrıca, teknoloji kullanımının yoğun olduğu bu sistemde, tüm yazılı başvurular önceden belirlenmiş çevrimiçi şablonlar aracılığıyla ve korumalı bir platform üzerinden yapılmakta; işlemlerin anında alındığı ve gerçek zamanlı olarak takip edilebildiği bir altyapı oluşturulmaktadır. Bu yenilikçi düzenleme, işletmenin devamlılığının korunması ve değerinin mümkün olduğunca muhafaza edilmesi amacıyla, işlevsel basitleştirme unsurlarını da barındırmakta, örneğin borçlu yönetiminin varlığı halinde, iflas uzmanı ataması yalnızca talep üzerine gerçekleştirilmektedir. Türk hukukunda, konkordato sürecinde teknoloji kullanımı sınırlıdır ve başvurular genel-

¹⁴⁴ İspanya İflas Kanunu m. 685'te geçen “konsolide olarak hesaplanır” ifadesi, şirketler topluluğuna mensup borçlular bakımından, ilgili ekonomik büyüklüklerin (çalışan sayısı, ciro, borç toplamı gibi) grubun tamamı dikkate alınarak ve grup içi işlemler dışlanarak bir bütün olarak değerlendirilmesini ifade etmektedir.

¹⁴⁵ TIRADO, “Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain”, s. 331.

likle fiziki olarak mahkemeye yapılır. Ayrıca, konkordato komiserinin atanması zorunludur (İİK m. 287), bu da İspanya'daki isteğe bağlı uzman atama yaklaşımından farklı olarak daha katı bir yapı sergiler.

Öte yandan İspanya İflas Kanunu orta ölçekli şirketlerin yeniden yapılandırılmasına yönelik özel düzenlemeler düzenlemiştir. Orta ölçekli şirketler için hazırlanan düzenlemeler mikro işletme statüsünü taşımayan, Kanunun tabiriyle istihdam edilen işçi sayısının ortalamasının 49 kişiyi geçmeyen ve yıllık cirosu veya bilançosu 10 milyon Euro'ya kadar olan gerçek veya tüzel kişiler için uygulanmaktadır (İspanya İflas Kanunu m. 682). Bu kapsamda, planın onaylanabilmesi için borçlunun ve gerekirse ortakların rızası her zaman aranırken, alacaklıların sınıf oluşumunu talep etme hakkı yalnızca borçluya tanınmakta; ayrıca, absolute priority (mutlak öncelik) kuralının uygulanması, nispi öncelik kuralı ile sınırlı tutulmaktadır¹⁴⁶. Böylece, itiraz eden alacaklı sınıfların, daha düşük dereceli sınıflara göre daha elverişli muamele görmeleri yeterli görülmekte, planın uygulamaya konulmasında ortakların pozisyonu önemli bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, küçük işletmeler için de işletmenin devamlılık değeri düşük olabileceği göz önünde bulundurularak, zorunlu iflas prosedürlerine tabi tutulmadan, maliyet ve işlem yükünü azaltan özel düzenlemeler getirilmiştir¹⁴⁷. Bu bağlamda, küçük işletmelere yönelik yeniden yapılandırma planlarında, ortak onayı zorunlu kılınmakta ve potansiyel ters tepkilerin önüne geçmek amacıyla, nispi öncelik uygulamasına yer verilmektedir. Türk hukukunda, orta ve küçük ölçekli işletmeler için özel bir konkordato rejimi bulunmamaktadır¹⁴⁸. Ancak, konkordato sürecinde alacaklıların eşit muamele görmesi ve imtiyazlı alacaklıların haklarının korunması esastır (İİK m. 305). İspanya'daki nispi öncelik kuralına karşılık, Türk hukukunda mutlak öncelik kuralı daha katı bir şekilde uygulanır, bu da KOBİ'ler için esnekliği sınırlandırabilir.

Genel olarak, İspanya'nın bu reformu, artan prosedürel esneklik, maliyetlerin azaltılması ve teknolojik altyapının etkin kullanımı yoluyla, işletmelerin ekonomik sıkıntılarına pratik ve değer koruyucu çözümler sunmayı amaçlamaktadır. Tarafların kendi mali durumlarını yakından takip ederek, henüz ödeme aczi doğmadan önce çözüm yolları aramasını esas alan bu sistem, özellikle pan-

¹⁴⁶ TIRADO, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain", s. 332.

¹⁴⁷ TIRADO, "Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain", s. 332.

¹⁴⁸ Konkordatoya müracaatın pahalı olduğu durumlarda orta ve küçük ölçekli işletmeler konkordatoya başvurmamaktadır. ATALAY, Oğuz, "**Konkordatonun Uygulamada Ortaya Çıkan Güncel Sorunları**" Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunun Güncel Sorunları II, ed Muhammed Özkes, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 4.

demi sonrası dönemde artması beklenen iflas vakalarına karşı önemli bir önlem niteliği taşımakta, mikro, orta ve küçük ölçekli işletmelerin yaşadığı yapısal zorluklara uyum sağlamayı hedefleyen yenilikçi bir çerçeve sunmaktadır.

E. Yeniden Yapılandırma Süreçlerinde Uzman Atanması

PRD 2019'ya göre, üye devletler, yeniden yapılandırma, iflas ve borçların silinmesi prosedürlerinde görev alan uygulayıcıların, görevlerini etkin ve verimli biçimde yerine getirebilmeleri için gerekli eğitim ve uzmanlık donanımına sahip olmalarını sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda, uygulayıcıların atanması, görevden alınması ve istifa süreçlerinin açık, şeffaf ve adil kriterlere dayandırılması öngörülmekte; özellikle sınır ötesi unsurlar içeren davalarda, uygulayıcıların deneyim ve uzmanlık seviyeleri ile davanın özgül nitelikleri titizlikle değerlendirilmelidir. Ayrıca PRD 2019, çıkar çatışmalarının önüne geçebilmek amacıyla borçlu ve alacaklılara, uygulayıcı seçiminde itiraz etme veya değiştirilmesini talep etme hakkı tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Uygulayıcıların faaliyetlerinin bağımsız denetim mekanizmalarıyla gözetilmesi, tarafsız ve etkili hizmet sunumunun sağlanması ve görevlerini yerine getirmedeki eksiklik durumunda hesap verebilirlik mekanizmalarının devreye sokulması da bu düzenlemenin önemli unsurları arasında yer almaktadır. Üye Devletler, denetimi yürüten yetkili mercilere ilişkin bilgilerin kamuya açık olmasını temin ederken, aynı zamanda uygulayıcıların etik davranış kurallarına uyumunu teşvik edecek düzenlemeler ve uygulayıcı ücretlerinin, prosedürlerin etkin çözümlemesine hizmet edecek şekilde adil ve objektif kriterlere dayanmasını sağlayacak mekanizmaları oluşturmalıdır. Türk hukukunda, konkordato sürecinde konkordato komiseri atanması zorunludur (İİK m. 287). Komiserler, Konkordato Komiserlerinin Niteliklerine ve Alacaklılar Kurulunun Zorunlu Oluşturulmasına Dair Yönetmelik¹⁴⁹ uyarınca belirlenen kriterlere uygun olarak seçilir ve mahkeme tarafından atanmaktadır. PRD 2019'un esnek yaklaşımına kıyasla, Türk hukukunda komiser atamasının zorunlu olması ve çıkar çatışmalarına karşı denetim mekanizmalarının daha sınırlı olması dikkat çekmektedir.

İspanya İflas Kanunu'nun 672. maddesine göre, yeniden yapılandırma sürecinde görev yapacak uzmanların atanması, yalnızca belirli koşulların mevcut olması halinde zorunlu kılınmaktadır. İlk olarak, borçlunun talebi üzerine uzman ataması yapılabilmektedir. İkinci olarak, yeniden yapılandırma planının etki alanına giren borçların toplam tutarının yüzde 50'den fazlasını temsil eden alacaklı-

¹⁴⁹ Konkordato Komiserlerinin Niteliklerine ve Alacaklılar Kurulunun Zorunlu Oluşturulmasına Dair Yönetmelik, R.G Sayı: 30671, 30 Ocak 2019.

ların talebi durumunda, ilgili alacaklılar, uzman ücretini karşılama yükümlülüğü-nü açıkça üstlenmek suretiyle atama talebinde bulunurlar; ancak, mahkemece onaylanan planın, uzman ücretinin borçlu tarafından karşılanacağını açıkça öngörmesi halinde, bu ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar. Üçüncü durumda, borçlunun bireysel icra işlemlerinin geçici durması veya bu süresinin uzatılması talebi üzerine; mahkeme, başvuruyu gerekçelendirerek, geçici durmadan etkilenecek kişilerin menfaatlerinin korunması için uzman atamasının gerekli olduğunu tespit ederse, atama gerçekleştirilir. Son olarak, borçlu ya da yetkili bir taraf, yeniden yapılandırma planının etkilerinin, plan lehine oy kullanmayan belirli bir alacaklı sınıfı veya hissedarlar üzerinde genişleyeceğini öne sürerek, planın mahkemece onaylanmasını talep ettiğinde de uzman ataması zorunlu hale gelir. Uzman atama talebi, ilgili alanda belirlenen yasal koşulları taşıdığını gösterecek yazılı bir beyan, atanan adayın bu görevi kabul ettiğini ve belirlenen ücret ile ödeme sürelerini onayladığına dair belge ile; adayın görev süresince ortaya çıkabilecek zararları teminat altına alan sorumluluk sigortası veya eşdeğer bir garantinin geçerli poliçe kopyası ile birlikte sunulmalıdır. Talep sonrası, yargı mercisi tarafından en kısa sürede, en geç başvurunun yapılmasından itibaren iki gün içinde karar verilerek, atanan uzmanın kimliği ve göreve getirilme durumu kamu iflas siciline kaydedilir. Türk hukukunda, konkordato komiserinin atanması için borçlu veya alacaklı talebi aranmamakta; mahkeme, konkordato talebi üzerine otomatik olarak bir veya en fazla üç komiser atar (İİK m. 289). Bu, İspanya'daki koşullu atama yaklaşımından daha otomatik bir süreçtir.

İspanya İflas Kanun'unun 673. maddesine göre, yeniden yapılandırma sürecinde herhangi bir uzman atanmadığı takdirde, etkilenen borçluların en az %35'ini temsil eden alacaklılar, somut olayın koşullarını gerekçelendiren ve ilgili belgelerle desteklenen bir başvuru yaparak yargı makamından belirli bir uzmanın atanmasını talep edebilmektedir. Bu başvuruda, alacaklılar, uzman ücretini ödemeyi açıkça üstlenmek zorundadır; ancak, yargı mercisi tarafından onaylanan yeniden yapılandırma planında uzman ücretinin borçlu tarafından karşılanacağı açıkça öngörülmüşse, ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar. Talep alındıktan sonra, yargı makamı, iki günlük bir süre içerisinde borçluyu bilgilendirir ve borçlu, uzman atamasının gerekmediği veya önerilen uzmanın nitelikleri taşımadığı gerekçesiyle itiraz etme hakkına sahiptir. Ayrıca, borçlu, alternatif bir uzman atanmasını da talep edebilir; bu durumda, ilgili alacaklılar alternatif uzman için de ödeme yükümlülüğünü açıkça kabul etmek durumundadır. Yargı, somut olayın özelliklerini dikkate alarak başvurunun gerekçelerini değerlendirdikten sonra, talebin uygun bulunması halinde alacaklılar tarafından önerilen uzmanın atanmasına karar verir.

İspanya İflas Kanunu'nun 674. maddesine göre, yeniden yapılandırma sürecinde atanacak uzman, İspanyol veya yabancı gerçek ya da tüzel kişi olabilir ve atanacak kişinin, ilgili kanunda öngörülen şartları yerine getirebileceğini kanıtlayan, hukuki, finansal ve işletme alanlarında uzmanlaşmış bilgi ve deneyime sahip olması gerekmektedir. Ayrıca, uygulanmak istenen yeniden yapılandırmanın, borçlunun faaliyet gösterdiği sektör, aktif ve pasiflerin boyutu ya da karmaşıklığı ve uluslararası unsurlar gibi özel durumları içerip içermediği de uzman atamasında dikkate alınacak hususlar arasında yer almaktadır. Türk hukukunda, konkordato komiseri de benzer şekilde hukuki ve finansal uzmanlığa sahip olmalıdır, ancak uluslararası unsurlara yönelik özel bir değerlendirme öngörülmemektedir. Komiserlerin nitelikleri, ilgili yönetmelikle düzenlenmekte ve genellikle yerel uzmanlar atanmaktadır.

Öte yandan, İspanya İflas Kanunu'nun 675. maddesi, yeniden yapılandırma sürecinde uzman olarak önerilemeyecek veya atanamayacak kişileri belirlemektedir. Bu kapsamda, son iki yıl içerisinde borçluya veya borçluyla özel ilişkisi bulunan taraflara yönelik olarak yeniden yapılandırma hizmeti vermiş olan kişiler, ancak daha önce benzer bir görev kapsamında atanmışlarsa, uzman olarak kabul edilemezler. Türk hukukunda, konkordato komiserinin tarafsızlığı da esastır ve çıkar çatışması yaratabilecek kişiler atanamaz. Ancak, İspanya'daki gibi son iki yıl içinde hizmet verme yasağına ilişkin spesifik bir düzenleme bulunmamaktadır.

İspanya İflas Kanun'unun 676. maddesi uyarınca, yeniden yapılandırma sürecinde görev yapacak bağımsız uzmanın atanması, borçlu veya alacaklılar tarafından, kanunda öngörülen niteliklere sahip olduğu kanıtlanmış adayların önerilmesiyle yargı mercisi tarafından gerçekleştirilir. Mahkeme, önerilen adayın yasal şartları taşımadığı kanaatine varırsa, gerekçeli olarak bildiride bulunarak, adayı öneren taraftan iki günlük süre içinde, şartlara uygun alternatif adaylardan oluşan bir liste sunmasını talep eder. Liste içerisinden belirlenen adayın atanması, mahkeme tarafından en hızlı yöntemle tebliğ edilir; bildirim tarihinden itibaren iki gün içinde adayın atanmayı kabul veya reddetmesi zorunludur. Bu süreçte adayın, üzerinde mutabık kalınan ücretin ve geçerli sorumluluk sigortasının veya eşdeğer garantinin belgelerini de sunması gerekmektedir. Kabul tamamen gönüllülük esasına dayanmakta olup, adayın atanmayı reddetmesi veya belirtilen süre zarfında kabul etmemesi durumunda, mahkeme derhal yeni bir atama işlemi başlatır. Buna ek olarak, İspanya İflas Kanunu'nun 677. maddesinde düzenlendiği üzere, eğer atanan uzman, ilgili kanunda öngörülen şartları taşımıyor, herhangi yasaklamaya tabi ise veya yeterli sigorta ve garanti teminatına

sahip değilse, bu durum, meşru çıkarı olan taraflar tarafından her an itiraz konusu yapılabilir. İtirazlar, yargılama süreci çerçevesinde yürütülerek, atamanın iptali veya düzeltilmesine yönelik olarak değerlendirilir.

İspanya İflas Kanunu'nun 679. maddesi uyarınca, yeniden yapılandırma sürecinde görev yapacak bağımsız uzman, borçlu ve alacaklılar arasında yürütülen müzakerelerde aktif bir rol oynayarak, yeniden yapılandırma planının hazırlanması sürecinde teknik ve stratejik destek sağlamaktadır. Uzman, yasanın öngördüğü şekilde mahkemeye sunulması gereken raporları ve gerek görülmesi halinde ek raporları hazırlamakla yükümlüdür. Buna ek olarak, İspanya İflas Kanunu'nun 680. maddesinde belirtildiği üzere, uzman, görevini mesleki özen, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak icra etmek zorundadır; bu husus hem borçlunun hem de alacaklıların çıkarlarının dengeli şekilde korunmasını temin etmeye yöneliktir. İspanya İflas Kanunu'nun 681. maddesi kapsamında ise, uzman, görevini yerine getirirken göstermiş olduğu özen eksikliği, bağımsızlık veya tarafsızlık ilkesine aykırı davranışları nedeniyle borçluya veya alacaklılara verebileceği zarar ve ziyanlardan dolayı hukuki sorumluluğa tabi tutulmaktadır. Bu kapsamda, uzmanın, doğabilecek zararların tazminatını karşılamak amacıyla, görev süresince yeterli kapsamlı bir sorumluluk sigortası veya eşdeğer bir garantiye sahip olması zorunlu kılınmış ve eğer uzman tüzel kişi statüsündeyse, benzer yükümlülükler ona da uygulanmaktadır. Böylece, yeniden yapılandırma sürecinde uzmanın rolü, sürecin teknik ve hukuki bütünlüğünü koruyarak, taraflar arasında adil ve etkin bir denge sağlanmasına hizmet etmektedir. Türk hukukunda, konkordato komiseri de benzer şekilde borçlu ve alacaklılar arasında denge sağlamayı amaçlamakta ve mahkemeye rapor sunmaktadır (İİK m. 289)¹⁵⁰. Ancak, komiserin sorumlulukları İspanya'daki kadar ayrıntılı düzenlenmemiş olup, genellikle genel hukuki sorumluluk ilkelerine tabidir.

SONUÇ

Ekonomik krizler, küresel ölçekte şirketlerin mali sürdürülebilirliğini tehdit eden önemli bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, işletmelerin finansal zorluklarla karşılaştığı dönemlerde etkin bir yeniden yapılandırma hukuku, yalnızca şirketlerin faaliyetlerini sürdürebilmelerini sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda genel ekonomik istikrarın korunmasına da önemli katkılar sunmaktadır. Avrupa Birliği'nin 2019 yılında kabul ettiği Önleyici Yeniden Yapılandırma Direktifi (PRD 2019), üye devletlere erken müdahale mekanizmalarını

¹⁵⁰ KALE, s. 226.

içeren, daha esnek ve etkili bir yeniden yapılandırma süreci sunmayı amaçlamakta, işletmelerin iflas sürecine girmeden önce mali zorlukları aşmalarını sağlamaya yönelik önemli hukuki araçlar sunmaktadır. Bu düzenleme, ekonomik sürdürülebilirliğin korunmasına katkı sağlarken, aynı zamanda işletmelerin mali zorluklarla başa çıkmalarını kolaylaştırmayı hedeflemektedir. Türk hukukunda, 7101 sayılı Kanun ile yenilenen konkordato rejimi, PRD 2019'un erken müdahale felsefesine uygun olarak, işletmelerin mali yapılarını düzeltmelerine ve iflastan kurtulmalarına olanak tanır. Ancak, Türk hukukunun mahkeme denetimine dayalı katı yapısı ve KOBİ'lere yönelik özel düzenlemelerin eksikliği, İspanya ve AB ile karşılaştırıldığında daha az esnek bir çerçeve sunmaktadır.

İspanya, AB'nin bu reformlarına uyum sağlamak için kapsamlı bir yasal dönüşüm gerçekleştirmiştir. İspanya iflas hukuku hem büyük ölçekli şirketler için hem de mikro ve orta ölçekli işletmeler için yenilikçi yeniden yapılandırma mekanizmaları sunarak, işletmelerin sürdürülebilirliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Özellikle, moratoryum, yeniden yapılandırma planları ve uzman atanması gibi düzenlemeler, borçluların alacaklılarla daha etkin bir şekilde müzakere etmelerini ve yeniden yapılandırma sürecini daha verimli bir şekilde yönetmelerini mümkün kılmaktadır. Bu mekanizmaların uygulama biçimi, İspanya'nın ekonomik yapısına ve ticari koşullarına uygun bir şekilde şekillendirilmiş ve yasal çerçeveye entegre edilmiştir.

İspanyol yasama organı, PRD 2019'un getirdiği minimum uyum düzeyinin oluşturduğu düzenleyici rekabeti dikkate alarak, ulusal şirketlerin önleyici yeniden yapılandırma işlemleri için başka yargı bölgelerine başvurmalarını engellemeye yönelik rekabetçi bir hukuki çerçeve oluşturmayı amaçlamıştır¹⁵¹. Başlangıçta İspanya İflas Kanunu'nda yer almayan önleyici yeniden yapılandırma araçları, zamanla gerçekleştirilen ardışık reformlarla hukuk sistemine dahil edilmiştir. Yeni İflas Kanunu'nun II. Kitabı, tüm yeniden yapılandırma rejimini sistematik bir şekilde düzenleyerek, PRD 2019'un gerekliliklerini daha etkin bir biçimde karşılamayı hedeflemiştir. Bu rejim, işlemsel maliyetleri minimize etmeyi amaçlarken, kararların meşruiyetini çoğunluğun iradesine dayandırmayı öngörmektedir¹⁵².

İspanya, AB Yönetmeliği'ne büyük ölçüde uyum sağlasa da uygulama aşamasında karşılaşılan pratik zorluklar, bu hukuki çerçevenin etkinliğini sınırlayabilmektedir. Özellikle, farklı ekonomik yapılar, işletme ölçekleri ve sektörel

¹⁵¹ GARCIMARTIN, s. 16-17.

¹⁵² GARCIMARTIN, s. 16-17.

farklılıklar, yeniden yapılandırma süreçlerinin her ülkede aynı başarıyla uygulanmasını engellemektedir. Ancak, İspanyol hukukundaki yenilikçi yaklaşım, mikro işletmeler ve orta ölçekli işletmeler için sunduğu esnek çözümlerle, yeniden yapılandırma süreçlerinin daha erişilebilir olmasını sağlamaktadır. Türk hukukunda, konkordato rejiminin uygulanmasında da benzer pratik zorluklar yaşanmaktadır. Örneğin, mahkeme denetiminin yoğunluğu ve küçük işletmeler için özel düzenlemelerin eksikliği, konkordato süreçlerinin erişilebilirliğini ve etkinliğini kısıtlayabilir. Ayrıca, kötü niyetli konkordato başvurularının önlenmesi için daha etkin denetim mekanizmalarına ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çalışmada, PRD 2019 ile İspanya'nın uyguladığı yeniden yapılandırma mekanizmaları arasında bir karşılaştırma yapılmış, her iki sistemin işletmelere sunduğu fırsatlar ve karşılaşılan zorluklar ele alınmıştır. Türk hukukundaki konkordato rejimi de bu karşılaştırmaya dahil edilerek, Türkiye'nin yeniden yapılandırma hukukundaki mevcut durumu ve geliştirilmesi gereken yönleri değerlendirilmiştir. Türk hukukunun, İspanya ve AB'deki esnek mekanizmalardan ilham alarak, özellikle KOBİ'lere yönelik daha erişilebilir ve maliyet etkin çözümler geliştirmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. İspanyol yeniden yapılandırma rejiminin sunduğu fırsatlar, özellikle ekonomik krizler karşısında işletmelerin yeniden yapılandırılmasını sağlayarak ekonomik istikrarı pekiştirmektedir. Bununla birlikte, uygulama sürecinde yaşanan farklılıklar ve pratik engeller, yasal çerçevelerin daha da iyileştirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Türk hukukunda da, konkordato rejiminin daha esnek ve KOBİ odaklı bir yaklaşımla reforme edilmesi, ekonomik krizlere karşı daha etkin bir yanıt sunulmasını sağlayabilir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ALBAYRAK, Hakan, “İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları”, Yetkin, Ankara, 2020.

AKİL, Cenk, “Sorularla Adi Konkordato”, Adalet, Ankara, 2019.

ARSLAN, Ramazan ve diğerleri, “İcra ve İflas Hukuku” Yetkin, Ankara, 2021.

ATALAY, Oğuz, “Konkordatonun Uygulamada Ortaya Çıkan Güncel Sorunları” **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunun Güncel Sorunları II**, ed Muhammed Özeker, On İki Levha, İstanbul, 2020.

ATALI, Murat Atalı, “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, ed. Muhammet Özeker, On İki Levha, İstanbul, 2018.

ATALI, Murat, ERMENEK, İbrahim ve ERDOĞAN, Ersin, “İcra ve İflas Hukuku” Yetkin, Ankara, 2024, s.671.

AYVAZ TAŞPINAR, Sema, “İcra - İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma”, Yetkin, Ankara, 2006.

BAZINAS, Ioannis ve PAIZIS, Athanasios, “The New Greek Insolvency Law: The Latest Chapter in a Never-Ending Story of Reforms”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4391/special-issue-preventive-restructuring-6-the-new-greek-insolvency-law-the-latest-chapter-in-a-never-ending-story-of-reforms>, E.T: 3 Ocak 2025.

BERMEJO, Nuria, “Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain” **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 337-348.

BOON, Gert-Jan, KOSTER, Harold ve VRISENDORP, Reinout, “Implementation of the EU Preventive Restructuring Directive” Business and Law Research Network Series No 1, Den Haag, Eleven, 2023.

BORK, Reinhard, “Pre-insolvency moratoria - a legal comparison” **European Insolvency and Restructuring Journal**, Y. 2021, S. 9, s. 1.

BOON, Gert-Jan, VRISENDORP, Reinout ve KOSTER, Harold, “The WHOA: the Breakthrough for a Dutch Business Rescue Culture”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4464/special-issue-preventive-restructuring-8-the-whoa-the-breakthrough-for-a-dutch-business-rescue-culture>, E.T: 3 Ocak 2025.

- BORK, Reinhard, “Pre-insolvency frameworks: Developments in the European Union” **International Insolvency Review**, Y. 2024, C. 33, s. 6-22.
- BRIDGE ZOLLER, Catherine, “Corporate Restructuring Laws Under Stress: Policy-Making in Uncertain Times” **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 387-407.
- BURKE, Kathlene ve diğerleri, “Rescue Financing: Roll-Ups in the USA, Italy, Singapore and Spain” **Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice**, Y. 2022, C. 5, s. 641-659, 651.
- CAHIR, Barry ve QUINN, Michael, “**Procedural features**”, INSOL Europe, Nottingham, 2020.
- CARLES, Jose, “Toward a New DIP-Financing Regime Under European Restructuring Plans: Views from Spain”, American Bankruptcy Institute (Çevrimiçi) <https://www.iiiglobal.org/file.cfm/156/docs/dip%20financing.pdf>, E.T: 3 Ocak 2025.
- CARLES, Jose ve CUESTA, Carlos, “Spain: New Restructuring Plans under the Transposition of the EU Directive, **Eurofenix**, 2022, s. 39-340.
- Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (2000) OJ L 160/1-18.
- Directive 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt (2019) OJ L 172/18 (PRD 2019).
- DOĞAN, Emsalgül, “**Konkordatonun Tasdiki Yargılaması**”, Yetkin, Ankara, 2020.
- EIDENMÜLLER, Horst. “What Can Restructuring Laws Do? Geopolitical Shocks, the New German Restructuring Regime, and the Limits of Restructuring Laws”, **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 231-249.
- EROĞLU, Orhan, “İflâs Dışı Adi Konkordato Mühleti İçerisinde Borçlunun İflâsına Karar Verilebilecek Durumlar”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, C. 27, S. 3, s.785-807.
- GANT, Jennifer ve VACCARI, Eugenio, “The UK Preventive Restructuring Framework after Brexit: Acknowledging EU’s Supremacy?”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4344/special-issue-preventive-restructuring-2-the-uk-preventive-restructuring-framework-after-brexite-acknowledging-eu-s-supremacy>, E.T: 3 Ocak 2025.
- GARCIMARTI, Francisco, “The Spanish Approach to Corporate Restructuring: A “Pre-packaged Chapter 11”” **European Insolvency and Restructuring Journal**, Y. 2022, C. 6, s. 1-18.
- GARRIDO, José ve diğerleri, “Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive” **IMF Working Paper**, 2021, W2/21/152.

- GHIO, Emilie, “The French transposition of the EU Directive on Preventive Restructuring 2019: revamping the law while preserving the status quo” HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4346/special-issue-preventive-restructuring-3-the-french-transposition-of-the-eu-directive-on-preventive-restructuring-2019-revamping-the-law-while-preserving-the-status-quo>, E.T: 3 Ocak 2025.
- GHIO, Emilie ve diğerleri, “Harmonising Insolvency Law in the EU: New Thoughts on Old Ideas in the Wake of the COVID-19 Pandemic” **International Insolvency Review**, Y. 2021, C. 30, S. 3, s.327-459.
- HAŞHAŞ, Abdulkadir, “ABD Hukuku Örneğinde Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler (Kobi) İçin Özel Yeniden Yapılandırma” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C. 25, S. 1, s. 267-320.
- JOKUBAUSKAS, Remigijus, ŚWIERCZYŃSKI, Marek BALSUKIENĖ, Audronė, “A Stay of Individual Enforcement Actions as a Basis for Effective Restructuring Proceedings” **International Comparative Jurisprudence**, Y. 2021, C. 7, S. 1, s.115-125.
- KALE, Serdar, “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 5, S. 1, s.213-269.
- MADAUS, Stephan ve EHMKE, David C. “Germany: Still Waiting for the Revolution in Restructuring to Come?”, HERO (Çevrimiçi) <https://www.online-hero.nl/art/4351/special-issue-preventive-restructuring-4-germany-still-waiting-for-the-revolution-in-restructuring-to-come>, E.T: 3 Ocak 2025.
- MCCARTHY, Jonathan, “A Class Apart: The Relevance of the EU Preventive Restructuring Directive for Small and Medium Enterprises” **European Business Organization Law Review**, Y. 2020, C. 21, s. 895-913.
- MCCORMACK, Gerard, “**Introduction**”, **The European Restructuring Directive**, Ed. Gerard McCormack Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2021.
- MCCORMACK, Gerard, “**Stays (Moratoria) on the Enforcement of Rights Against a Debtor**”, **The European Restructuring Directive**, Ed. Gerard McCormack Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2021, s. 108-136.
- KÜÇÜK, Alper Tunga, “Konkordato Hakkında Verilen Karara Karşı Kanun Yoluna Başvurabilecek İtiraz Eden Alacaklılara Dair Bir Değerlendirme”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2024, C. 19. S. 223, s. 1455-1493.
- NAMLI, Mert, “Türk ve İsviçre Hukuku’nda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, **Yargıtay Dergisi**, Y. 2018, C. 44, S. 4, s.1479-1552.
- ÖZTEK, Selçuk, “**Yeni Konkordato Hukuku**” Adale, Ankara, 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan ve diğerleri, “**İcra ve İflas Hukuku**”, On İki Levha, İstanbul, 2024.

- PEKCANITEZ, Hakan ve ERDÖNMEZ, Güray, “**7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, “The Preventive Restructuring Directive and the New Spanish Restructuring Plan”, HERO (Çevrimiçi) https://www.online-hero.nl/art/4816/special-issue-preventive-restructuring-16-the-preventive-restructuring-directive-and-the-new-spanish-restructuring-plan#_ednref63, E.T: 3 Ocak 2025.
- RICHTER, Tomáš ve THERY, Adrian, “**Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down**”, INSOL Europe, Nottingham, 2020.
- Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) (2015) OJ L 141/19.
- SARISÖZEN, M. Serhat, “**Konkordato**”, Yetkin, Ankara, 2020.
- SCHMIDT, Jessica, “Preventive restructuring frameworks: Jurisdiction, recognition and applicable law” **International Insolvency Review**, Y. 2022, C. 31. S. 1, s 81-100.
- SCHUIJLING, Ben, “**Stay of individual enforcement actions**”, Insol Europe Guidance Note, Nottingham, 2020.
- ŞAHİN, Çağatay Serdar, “**Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları**”, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- WESSELS, Bob ve KOKORIN, İlya, “COMI under European and American Insolvency Law” University of Oxford Faculty of Law Blogs <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/02/comi-under-european-and-american-insolvency-law>, E.T: 3 Ocak 2025.
- WESSELS, Bob, “Europe column: Should parties have the right to appeal a restructuring plan?”, Global Restructuring Review (Çevrimiçi) <https://globalrestructuringreview.com/article/europe-column-should-parties-have-the-right-appeal-restructuring-plan>, E.T: 3 Ocak 2025.
- TIRADO, Ignacio, “Corporate Restructuring Laws Under Stress: The Case of Spain” **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 317-336.
- TIRADO Ignacio, “National Report of Spain” Ed Faber D, Vermunt N, Kilborn J, Richter T, “**The Commencement of Insolvency Proceedings**”, Oxford, 2012.
- VAN ZWIETEN, Kristin, EIDENMUELLER, Horst ve SUSSMAN, Oren, “Corporate Restructuring Laws Under Stress” **European Business Organization Law Review**, Y. 2023, C. 24, s. 201-205.
- YEŞİLOVA, Bilgehan ve TUNCER KAZANCI, İdil, “Konkordato[nun] [Projesinin] Tasdiki Kararına Karşı Kimler Kanun Yoluna Başvurabilir?”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C. 22. S. 1, s.61-135.

Hukuki İşlem Teorisi Bağlamında Yapay Zeka Tarafından Gerçekleştirilen İşlemlerde İradenin İsnadı^(*)

The Attribution of Will in Transactions Performed by Artificial Intelligence in the Context of Legal Transaction Theory

Şerafettin EKİCİ^(**)

Öz:

Yapay zeka teknolojilerinin hızlı gelişmesiyle birlikte, hukuki işlemlerde irade beyanının kime isnat edileceği sorusu gündeme gelmeye başlamıştır. Geleneksel hukuki işlem teorisine göre, bir işlemin kurulabilmesi için irade beyanının varlığı ve bu beyanın kim tarafından yapıldığının belirlenmesi gereklidir. Ancak yapay zeka sistemleri, özerklikleri ve karmaşık karar alma süreçleri nedeniyle bu geleneksel yaklaşımın sorgulanmasına ve yeniden analiz edilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle hukuki işlem ve irade beyanı kavramları açıklanmış, ardından yapay zeka sistemleri yeteneklerine ve bilişsel kapasitelerine göre sınıflandırılmıştır. Dar yapay zeka, genel yapay zeka ve süper yapay zeka gibi kategoriler incelenerek, bu sistemlere kişilik tanınip tanınamayacağı, öğretildeki görüşlerle birlikte tartışılmıştır. Yapay zekaya kişilik tanınmasını savunanlar, özerk karar alma yeteneği ve bilinç düzeylerini argüman olarak sunarken, karşıt görüşler ise yapay zekanın bilinç ve sezgiden yoksun olduğunu vurgulamaktadır.

Çalışmanın son bölümünde, yapay zeka tarafından gerçekleştirilen işlemlerde iradenin kime isnat edileceği değerlendirilmiştir. Sahibine, kullanıcıya veya doğrudan yapay zekanın kendisine isnat modelleri ele alınmış ve “bütünlük kişilik modeli” önerilmiştir. Bu modelde, belirli bir bilinç ve özerklik düzeyine sahip yapay zeka sistemlerine sınırlı kişilik tanınması ancak sorumluluğun bu sistemleri kullanan gerçek kişilere ait olması savunulmuştur.

Sonuç olarak, yapay zeka ile ilgili hukuki belirsizliklerin giderilmesi için yasal düzenlemelerin acilen yapılması ve Türk Borçlar Kanunu’na yapay zeka kaynaklı irade beyanlarını düzenleyen bir hükümün eklenmesi önerilmiştir.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.05.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 29.07.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1705205

Bu makaleye atıf için: EKİCİ, Şerafettin, “Hukuki İşlem Teorisi Bağlamında Yapay Zeka Tarafından Gerçekleştirilen İşlemlerde İradenin İsnadı”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1283-1319

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: serafettin.ekici@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0001-9940-9997

Anahtar Kelimeler:

Hukuki İşlem, İrade Beyanı, Yapay Zeka, Kişilik, Bütünleşik Kişilik.

Abstract:

As artificial intelligence technologies develop rapidly, the question of who should be attributed the declaration of intent in legal transactions has begun to arise. According to traditional legal transaction theory, a transaction must have a declaration of intent in order to be valid, and it must be clear who made that declaration. However, the autonomy and complex decision-making processes of artificial intelligence systems have led to this traditional approach being questioned and analysed again.

This study first explains the concepts of legal transactions and declarations of intent, before classifying artificial intelligence systems according to their capabilities and cognitive capacities. The categories of narrow, general and super artificial intelligence are examined, and the question of whether these systems can be given legal personality is discussed in light of existing views.

The final section of the study evaluates the question of who should be attributed with the will in actions performed by artificial intelligence. Models attributing responsibility to the owner, user or artificial intelligence itself are examined, and an ‘integrated personality model’ is proposed. According to this model, artificial intelligence systems with a certain level of consciousness and autonomy should be granted limited personality; however, responsibility should lie with the real persons using these systems.

In conclusion, it is recommended that legal regulations be enacted with urgency to resolve legal uncertainties related to artificial intelligence, and that the Turkish Code of Obligations be amended to include a provision regulating artificial intelligence-based expressions of will.

Keywords:

Legal Transaction, Declaration of Intent, Artificial Intelligence, Personality, Integrated Personality.

Extended Summary:

It is imperative to note that at least one declaration of intent is requisite for the establishment of legal transactions, which are defined as declarations of intent by one or more persons aimed at producing legal consequences. This declaration of intent may be made directly by the parties to the legal transaction or through a representative.

Nevertheless, the most significant distinctions in terms of attributing personality and legal capacity to artificial intelligence are classification based on abilities and classification based on consciousness level. It is proposed that artificial intelligence systems which possess abilities at the level of general artificial intelligence and super artificial intelligence, as well as consciousness at the level of mind theory or self-awareness, and are capable of fully autonomous movement, should be attributed personality.

It is the position of authors who advocate the granting of legal personality to artificial intelligence, or what is otherwise termed its electronic personality, that such a course of action should be pursued. According to these authors, the field of artificial intelligence is developing at a pace that will enable machines to perform tasks that are currently beyond the capacity of the human species. Within the prevailing legal framework, the identification of the parties liable for harm caused by artificial intelligence systems, as well as the determination of the rights and obligations arising from legal transactions performed by highly autonomous artificial intelligence systems, remains ambiguous.

It is the contention of authors who argue that artificial intelligence is devoid of consciousness and understanding that such intelligence is incapable of being conscious or producing meaningful thoughts. Furthermore, they posit that the actions exhibited by artificial intelligence are merely the manipulation of symbols, and that there is an absence of genuine understanding behind this

manipulation. Furthermore, it is contended that, irrespective of the degree of advancement achieved in the field of artificial intelligence, the development of true consciousness remains an elusive prospect. This is primarily due to the perception of artificial intelligence as a mere information-processing system. It is therefore contended by the aforementioned parties that the attribution of personality to artificial intelligence is a futile endeavour.

The legal validity of actions performed by devices equipped with artificial intelligence is contingent upon the determination of whether the approval given by these devices constitutes an expression of will. In the absence of considering approval given by devices or artificial intelligence as an expression of will, the legal nature of a multitude of actions performed automatically becomes opaque. It is this author's opinion that approvals given during operations performed by software and artificial intelligence that are pre-programmed to lead to a legal outcome should be considered expressions of will.

The initial perspective posits that the will expressed by artificial intelligence should be attributed to its owner or user. This standpoint posits that the sanction of artificial intelligence or automated systems to undertake specific actions, whether through interaction with other devices or with human operators, should be regarded as an articulation of the owner's or user's intent. A plethora of theories and views have been advanced in regard to the attribution of actions performed by artificial intelligence or autonomous systems to the owner or user of artificial intelligence. It is posited by the Assumption Theory that the utilisation of artificial intelligence systems by a user should be regarded as a general declaration of intent with respect to each individual action to be executed by these systems. In accordance with the principles of trust theory, it is imperative that the legitimate expectations of the party entering into a contract with artificial intelligence systems are accorded protection. This is contingent upon the appearance created by the user. In accordance with the principles of representation theory, the act of artificial intelligence systems operating on behalf of the user yet independently poses a question of the direct or analogous applicability of provisions relating to representation to transactions performed by artificial intelligence. The "slave view" posits that artificial intelligence could be conceptualised as a form of "slavery" in the context of Roman law. Consequently, even if transactions are executed by artificial intelligence, the rights and obligations arising from the transaction will belong to the user.

The argument that the will expressed by artificial intelligence should be attributed to the artificial intelligence itself is based on the premise that systems capable of making autonomous decisions should be presumed to be conscious. This is due to the fact that the declaration of intent is fundamentally a functional concept that serves the purpose of meeting the communication needs of the legal system. Of significance is not the manner in which the declaration came about, but rather how it is perceived in commercial life. In this particular context, if an entity possesses the capacity for communication, it should also possess the capacity for declaration.

In accordance with the integrated personality model proposed by the present authors, systems that have achieved full autonomous movement capability, reached a level of consciousness equivalent to mind system theory (ToMS) or self-awareness systems (SAS), and possess general artificial intelligence or super artificial intelligence capabilities (i.e. robots) should be recognised as a real person, integrated with a real person referred to as the 'principal person,' possessing partial legal capacity and legal capacity, which is referred to as the 'integrated (entire) personality.' In this model, all rights and obligations arising from the actions and transactions performed by the robot with the integrated personality will belong to the original person, i.e. the real or legal person with whom the robot is integrated (the original person).

Consequently, fully autonomous robots that possess self-awareness and consciousness will have a limited personality. Despite their legal incapacity, they possess a limited capacity to act on behalf of the real persons with whom they are integrated, within the scope of the authority granted by the latter. While the expression of their will belongs to them, the rights and obligations arising from such expressions will belong to the principal with whom they are integrated.

GİRİŞ

Bilişim ve teknolojinin ortaya çıkardığı en yeni kavramlardan biri olan yapay zeka, hayatın her alanını¹ olduğu gibi hukuk alanını² da derinden etkilemektedir. Hukuk biliminin günlük hayatla tamamen iç içe olan yapısı, yapay zekanın kullanıldığı tüm alanlarda yeni hukuki soru ve sorunları beraberinde getirmiştir.

Yapay zeka ile birlikte gündeme gelen önemli hukuki tartışmalardan birini hiç şüphesiz yapay zeka tarafından yapılan işlemlerin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi ve yapay zeka tarafından yapılan beyanların irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu oluşturmaktadır. Bu kapsamda, yapay zeka tarafından verilen onayların geleneksel hukuki işlemlerdeki irade beyanlarının yerini alıp almayacağı ve eğer yapay zekanın onayları irade beyanı sayılacaksa bu irade beyanının kime isnat edileceği soruları da doğrudan gündeme gelmektedir.

Hukuk düzeninin halihazırda kişi olarak kabul ettiği varlıklar açısından düzenlenmiş olan hak ehliyeti ve fiil ehliyeti gibi kavramların yapay zeka açısından söz konusu olup olmayacağı konusu da önemli bir başka sorundur. Eğer yapay zekaya hak ehliyeti ve fiil ehliyeti tanınacak ise, yapay zekanın insan karşısındaki statüsünün ne olacağının ve yapay zeka tarafından yapılan işlemlerden doğan hak ve borçların kime ait olacağının da belirlenmesi gerekmektedir. Ortaya çıkan tüm bu yeni soruların makul ve tatmin edici cevaplara kavuşturulması, hukuk düzeninin sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Zira her gün milyarlarca sayıda hukuki işlem yapay zeka sistemleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu işlemlerin hukuki durumunun belirlenmesi ise hukuk düzeni açısından önem arz etmektedir.

¹ Yapay zeka uygulamalarının dünyadaki ve bölgemizdeki durumu ile yapay zeka konusunda Türkiye’de yapılan akademik çalışmaların analizi için Bkz. KAYA, Mustafa/ YOZGAT, Uğur, “Yapay Zekanın Akademik ve Ticari Alanda Gelişimi: Türkiye İçin Bir Literatür Taraması”, **Yapay Zeka Güncel Yaklaşımlar ve Uygulamalar**, Ed. N. Öykü İYİGÜN/ Mustafa K. YILMAZ, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 254-261.

² Yapay zekanın hukukta farklı şekillerde kullanımına dair Bkz. ÖZDEMİR, Nadire, “Hukuk Eğitimi ve Yapay Zeka Teknolojileri”, **Bilişim ve Hukuk**, Ed. Güneş Okuyucu ERGÜN, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 387-404; ERGÜL, Ergin, **Yapay Zeka ve Hukuk**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025, s. 208-342; TAŞKIN, Şaban Cankat, “Yapay Zekanın Ceza Muhakemesinde Hüküm Makamında Bulunmasına İlişkin Düşünceler”, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022**, Ed. Şerafettin EKİCİ/ Ekrem SOLAK/ Muhammed Emre AVŞAR, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 153-161; GÜLEL, Hazal, **Hukuki Açından Yapay Zeka**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 22-23; ERSOY, Çağlar, **Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 161-188.

Bu makalemizde, yapay zeka ile birlikte hukuki işlem teorisi açısından ortaya çıkan sorunlar kapsamında, hukuki işlem teorisi ve irade beyanı kavramları yapay zeka tarafından yapılan işlemler de göz önüne alınmak suretiyle incelenmiş, yapay zekanın hukuki işlemin öznesi olup olamaması açısından bir sonuca varmak adına yapay zeka kavramı tanımlanıp çeşitli özelliklerine göre sınıflandırılmış, bu kapsamda yapay zekaya kişilik tanınması tartışmaları ve ileri sürülen görüşler incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise yapay zeka tarafından yapılan işlemlerin irade beyanı sayılıp sayılmayacağı, irade beyanı sayılacak ise bunun kime isnat edileceği ile ilgili görüşlere ve kendi görüşlerimize yer verilmiştir.

I. HUKUKİ İŞLEM TEORİSİ VE İRADE

Yapay zeka tarafından gerçekleştirilen sözleşmelerde ve diğer hukuki işlemlerde iradenin kime isnat edileceğini belirleyebilmek için öncelikle hukuki işlem kavramının, hukuki işlem ehliyetinin, hukuki işlemlerin kurucu unsurları ve geçerlilik unsurlarının ayrıca hukuki işlemlerin geçerlilik ve sonuçları açısından irade beyanının açıklanması gerekmektedir.

A. Hukuki İşlem Kavramı

Hukuki işlem öğretide bazı yazarlar tarafından; *bir veya birden çok kişinin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanı* olarak tanımlanmaktadır³. Doğması öngörülen hukuki sonuç bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da sonlandırılması şeklinde olabilir. Bir irade açıklamasının hukuki işlem olarak değerlendirilebilmesi için yalnızca hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olması yeterli olmayıp, aynı zamanda hukuk düzeninin de iradenin yöneldiği hukuki sonucu öngörüyor veya buna izin veriyor olması gerekmektedir⁴. İradenin yöneldiği sonuca hukuk düzeni izin vermiyorsa ortada bir hukuk işlem değil, bunun yerine hukuka aykırı bir işlem söz konusu olacaktır. Bu nedenle hukuki işlem bazı yazarlar tarafından; *hukukun işlem yapanın arzusuna uygun hukuki sonuç bağladığı irade beyanı* olarak tanımlanmaktadır⁵.

³ KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 62; YILDIRIM, Abdulkemal, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2024, s. 44; GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 21. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2024, s. 462; YILMAZ, Süleyman, **Hukuk Başlangıcı**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 209.

⁴ NOMER, Haluk Nami/AKBULUT, Pakize Ezgi, **Medeni Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 117; ÇEKİN, Mesut Serdar, **Yapay Zeka Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorilerine Etkisi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 63.

⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. 1, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 36; OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 30. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 188; KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş**

Hukuki işlemler çeşitli açılardan tasnife tabi tutulmaktadır. Sonuçlarını doğurdukları zamana göre, sağlar arası hukuki işlemler ve ölüme bağlı hukuki işlemler olarak; malvarlığına etkisi bakımından, borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri olarak; taraf sayılarına göre, tek taraflı ve çok taraflı hukuki işlemler olarak ayrılmaktadır⁶. Çok taraflı hukuki işlemler kararlar ve sözleşmelerdir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun, açık ya da örtülü irade açıklaması ile oluşan sözleşmeler⁷ (TBK, m.1) en çok karşılaşılan hukuki işlemlerdir. Sözleşmeler de çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Tarafların arzu ettiği sonuca göre, borç doğuran sözleşmeler ve diğer sözleşmeler; borç altına giren taraf bakımından, tek taraflı ve çok taraflı sözleşmeler; sözleşme ilişkisinin kanunda düzenlenmiş olup olmamasına göre, isimli sözleşmeler ve isimsiz sözleşmeler; sözleşme ilişkisinin süresi bakımından, ani edimli ve sürekli edimli sözleşmeler olarak sınıflandırılmaktadır⁸.

İşbu çalışmamız kapsamındaki açıklamalar da hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamaları kapsamında yapılacaktır. Kapsamı nedeniyle, hukuki işlem niteliğinde olmayan maddi fiiller, duygu açıklamaları ve tasavvurlar, yapa zeka tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi bu makalemizin inceleme konusu dışında tutulmuştur⁹.

ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 293; DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 195-196.

⁶ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 190-202; KILIÇOĞLU, s. 7-78; YILDIRIM, s. 48-57; GÖZLER, s. 463-465; YILMAZ, **Hukuk Başlangıcı**, s. 214-218; NOMER/ AKBULUT, s. 121-133; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 297-307; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 200-210.

⁷ KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 95; KILIÇOĞLU, s. 79; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 49; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 190; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 298; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 200; TAŞKIN, Zeynep Damla, **Sözleşmenin Kurulması**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 3.

⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 43-48.

⁹ Hukuki işlemler, hukuk düzeninin belirli bir fiile sonuç bağladığı maddi fiillerden farklıdır. Zira maddi fiillerde hukuk düzeni doğrudan fiile (örneğin; işleme, birleşme) sonuç bağlarken, hukuki işlemlerde irade açıklamasına sonuç bağlanmıştır. Hukuki işlemler, teknik olarak bir irade açıklaması niteliğinde olmayan duygu açıklamalarından da farklıdır. Zira hukuki işlemlerde ulaşılmak istenen bir hukuki sonuç vardır ve irade bu sonucu gerçekleştirmeye yönelmiş durumdadır. Duygu açıklamalarında ise sonuca yönelmiş bir irade bulunmamaktadır (Örneğin; bir kişiye olan sevginin belirtilmesi). Hukuki işlem, hukuken değerli bir hususun konuyla ilgili başka bir kişiye bildirilmesi niteliğinde olan (Örneğin; alacağın devrinin ihbarı) tasavvur açıklamalarından da farklıdır. Zira tasavvur açıklamalarında da sonuca yönelmiş bir irade açıklaması bulunmamaktadır.

KILIÇOĞLU, s. 59-61; YILDIRIM, s. 45-46; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 58; NOMER/ AKBULUT, s. 117-120; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 186-189; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 286-292; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 191-195.

B. Hukuki İşlemin Kurucu Unsuru Olarak İrade Açıklaması (Beyanı)

Bir hukuki işlemin var olması için hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş en az bir (sözleşmelerde en az iki) irade açıklamasının varlığı zorunludur. Aksi halde hukuki işlem kurulmamış (yok) sayılacaktır¹⁰. Yapay zekaya sahip iki nesne yahut yapay zeka ile kişiler arasında yapılacak olan sözleşmeler açısından da en az iki irade açıklamasına ihtiyaç bulunmaktadır. Sözleşmedeki bu iki irade açıklamasından zaman itibarıyla önce yapılabilecek öneri, sonra yapılabilecek kabul ismi verilmektedir¹¹.

İrade beyanında, irade ve beyan olmak üzere iki unsur bulunmaktadır. İrade, ulaşılmak istenilen sonuç iken, beyan bu iradenin sonuç doğurmak üzere dış dünyaya açıklanmasıdır¹². İrade beyanının varlığından bahsedebilmek için, ilgili tarafın hukuki sonuç doğurma iradesinin uygun araçlarla açıklanması gerekmektedir. Kural olarak iradenin açıklanmasının belirli bir şekli bulunmamakta olup, iradenin çeşitli araçlarla açık ya da örtülü şekilde açıklanması (irade beyanının muhataba iletilmesi) mümkündür¹³. Öncelikle tarafların yüz yüze olduğu durum-

¹⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 175; GÖZLER, s. 423; YILMAZ, **Hukuk Başlangıcı**, s. 44-45; NÖMER/ AKBULUT, s. 134; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 203; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 294; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 218; GÜNERGÖK, Özcan/ KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, Umutepe Yayınları, Kocaeli, 2020, s. 115; YILDIRIM, s. 152.

¹¹ OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 50; GÜNERGÖK/ KAYIHAN, s. 72; TAŞKIN, **Sözleşmenin Kurulması**, s. 3; YILDIRIM, s. 61.

Kılıçoğlu iki irade beyanından hangisinin öneri hangisinin kabul beyanı olarak kabul edileceğine dair önemli olan kriterin zamanlama değil, irade beyanının niteliği olduğunu belirtmektedir. KILIÇOĞLU, s. 82.

¹² İrade beyanında asıl geçerlilik sebebinin irade mi yoksa beyan mı olduğuna dair öğretilerde yaşanan tartışmalar neticesinde irade teorisi, beyan teorisi, geçerlilik teorisi ve güven teorisi gibi teoriler ortaya çıkmıştır. İrade teorisine göre kısaca; asıl olan iradedir ve irade beyanı bu iradenin dışa yansımasıdır. Bu teori irade beyanı sahibinin menfaatlerini korumaktadır. Beyan teorisine göre; irade beyanının geçerlilik sebebi irade değil, bu iradenin dış aleme açıklanması suretiyle oluşturulan güvendir. Bu teori ise irade beyanı sahibinin değil, muhatabın menfaatlerini korumaktadır. Bu iki görüş, sözleşme taraflarının menfaatlerini tek taraflı olarak dikkate alması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu nedenle ortaya üçüncü bir teori olarak geçerlilik teorisi çıkmıştır. Bu teoriye göre irade beyanının geçerliliğini irade ya da beyana dayandırmak yerine irade beyanının geçerlilik sebebinin irade ile beyan arasındaki etkileşim olduğunu savunmaktadır. Güven teorisi ise, karşı tarafın dürüstlük kuralı kapsamında haklı güveninin korunması gerektiğini ileri sürmektedir. DENİZ, Defne, **Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Temsil İlişkisine Yansımaları**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 22-26; ÇEKİN, s. 65-67; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 69-71; NÖMER/ AKBULUT, s. 135-137; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 205; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 198.

¹³ Y. 3. HD, T. 25.03.2021, E. 2020/7517, K.2021/3100; “İrade beyanı, bir ruhi hâdiseden bir başkasını haberdar etmek üzere yapılan ve bununla özel hukuk alanındaki ilişkilerde değişiklik yapılması, yeni ilişkiler yaratılması veya bu gibi ilişkilerin ortadan kaldırılmasının istendiği, hayatta edinilen davranış ifadesi, örf ve âdet göre halin icaplarından anlaşılan iradenin hareket ve faaliyeti olarak tanımlanabilir. İrade beyanları açık (sarih) olabileceği gibi, örtülü (zımni) de olabilir. Beyanın anlam ve konusu hiçbir yoruma ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde beyan vasıtalarından, yani kullanılan söz, yazı veya işaretlerden anlaşılıyorsa, bu, açık bir irade beyanıdır. Zımni irade beyanı ise, iradenin varlığını gösteren davranış ifade eder. Bu anlamda, açık olmayan her türlü irade beyanı, zımni irade beyanıdır. İrade beyanının anlamının, yani sonuç (işlem) iradesinin doğrudan doğruya söz veya işaretlerden çıkmaması, anlaşılması halinde, zımni irade

larda iradenin sözlü olarak açıklanması mümkündür. Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri de hazır olanlar arasında yapılmış sayılır (TBK m.4/2). Tarafların yüz yüze olmadığı durumlarda mektup, yazı, elektronik mektup, elektronik mesaj gibi araçlarla yahut temsilci vasıta iletilmesi mümkündür¹⁴.

İrade açıklamasının otomasyon sistemleri tarafından da iletilmesi söz konusu olabilmektedir. Otomasyon sistemleri tarafından yapılan işlemlerde, önceden insan iradesiyle programlanmış ve şartları belirlenmiş bir hareket tarzının gerçekleştirildiği, bu hareketlerin kullanıcının iradesinin beyanı niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹⁵.

C. Hukuki İşlemlerin Geçerliliği ve Sonuçları Açısından İrade Beyanı

İrade beyanının istenilen sonucu doğurması için hukuken geçerli olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle irade açıklamasının hukuki işlemler için aranan geçerlilik şartlarını taşıması gerekir¹⁶.

Hukuki işlemler için aranan geçerlilik şartlarının başında tarafların ehliyet sahibi (ehliyetli) olması gerekmektedir¹⁷. Hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen varlık olarak tanımlanan kişilerin¹⁸ iradi davranışıyla hukuki sonuç meydana getirebilmesi, hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesi anlamına gelen fiil ehliyetinin (TMK m.9)¹⁹, hukuki işlem yapabilme şeklindeki görünümüne hukuki işlem ehliyeti adı verilmektedir²⁰. Hukuki işlem ehliyeti kavramı hem

beyanı söz konusu olur. Başka bir deyişle, zımnî irade beyanlarında beyan sahibinin davranışı, işlem iradesini dolaylı bir şekilde ifade eder; onun davranışından, dolaylı olarak işlem iradesine sahip olduğu sonucu çıkar"; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 207-212; KILIÇOĞLU, s. 81; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 294; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 198-199; GÜNERGÖK/ KAYIHAN, s. 73.

¹⁴ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 215-216; YILDIRIM, s. 70; DENİZ, s. 27.

¹⁵ ÇEKİN, s. 69.

¹⁶ KILIÇOĞLU, s. 129-149; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 80-133; NOMER/ AKBULUT, s. 140-153; YILMAZ, **Hukuk Başlangıcı**, s. 44-46; GÜNERGÖK/ KAYIHAN, s. 115-122; YILDIRIM, s. 153-154.

¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 135.

¹⁸ HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, 10. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 23; OĞUZMAN/ SELİCİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 2; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 189; YILMAZ, **Hukuk Başlangıcı**, s. 177; NOMER/ AKBULUT, s. 305; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 185; SOYLU, Esra, **Kişilik Haklarının Korunması Çerçevesinde Sanal Evrenler**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 17; USTAHALILOĞLU, Mustafa Kenan, **İnsan Dışı Varlıkların Hukuki Kişiliği**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 25.

¹⁹ HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 51; OĞUZMAN/ SELİCİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 56; YILMAZ, **Hukuk Başlangıcı**, s. 179; NOMER/ AKBULUT, s. 146.

²⁰ OĞUZMAN/ SELİCİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku**, s. 58; KILIÇOĞLU, s. 135; HELVACI, **Gerçek Kişiler**, s. 52.

borçlandırıcı işlem yapabilme ehliyetini hem de tasarruf ehliyetini kapsamaktadır²¹. Hukuki işlem ehliyetinin var olup olmadığının, fiil ehliyetinin şartları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçek kişiler açısından tam hukuki işlem ehliyetine sahip olabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak şartlarının (TMK m.10) bir arada bulunması gerekirken²², tüzel kişiler açısından hukuki işlem ehliyeti için hukukun öngördüğü hallerde, sürekli bir amaç kapsamında örgütlenmenin tamamlanmış (zorunlu organların kurulmuş) olması gerekmektedir²³.

Yapay zekaya henüz hukuk sistemleri tarafından tanınmış olan bir kişilik türü söz konusu olmadığından ve yapay zekanın hukuki işlem ehliyetinin hangi kapsamda değerlendirileceği belirsizdir. Bu konuda ilk anda “hukuk sistemi kişi olarak kabul etmiyor ve izin vermiyorsa hukuki işlem ehliyeti yoktur” şeklinde bir çıkarım yapılabilmesi mümkündür. Ancak günümüzde yapay zeka tarafından her gün farklı şekillerde sayısız işlem yapılmakta iken “Yapay zekanın hukuki işlem ehliyeti yoktur” şeklinde erken bir çıkarım yapmak, yapay zeka tarafından her gün yapılmakta olan sayısız işlemin akıbetini ve bu işlemlerle ilgili hak ve sorumlulukların kime ait olacağı konularını çözümsüz bırakacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, yapay zekaya kişilik tanınıp tanınmaması ile ilgili tartışmalarda bu hususun göz önünde tutulması ve irade beyanının unsurları kapsamında değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması gerekmektedir.

Diğer taraftan fiil ehliyetinde aranan “ayırt etme gücü” yapay zeka açısından yapılan tartışmalara “bilinç” başlığı altında yansımaktadır. Aşağıda²⁴ detaylı olarak açıklandığı üzere, yapay zekaya kişilik tanınmasına karşı çıkanların en önemli argümanlarından biri yapay zekanın bilince sahip olamayacağı hususu oluşturmaktadır. Ancak yapılan yeni çalışmalarda özellikle büyük dil modellerinin biz farkında olmadan bir bilinç geliştirmiş olabilecekleri ileri sürülmektedir. Yapay zekanın artık bilince sahip olması durumunda ise ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olarak önümüze çıkmaktadır. Fiil ehliyetinin diğer şartları olan ergin olmak ve kısıtlı olmamak ise niteliği gereği yapay zeka açısından söz konusu olamayacak şartlardır.

²¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku*, s. 58; HELVACI, *Gerçek Kişiler*, s. 52-53.

²² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku*, s. 60-61; HELVACI, *Gerçek Kişiler*, s. 54; YILMAZ, *Hukuk Başlangıcı*, s. 179-180; NOMER/ AKBULUT, s. 146-147.

²³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku*, s. 304; SOYLU, s. 9.

²⁴ Bkz. II. C “Kişilik Tartışmaları Bağlamında Yapay Zekanın Hukukun Öznesi Olarak Değerlendirilmesi”

II. HUKUKUN ÖZNESİ OLARAK YAPAY ZEKA SİSTEMLERİ

A. Yapay Zeka Kavramı

Kelime anlamı olarak zeka; canlıların düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı, anlık, dirayet, feraset anlamlarına gelmektedir²⁵. Doğuştan belli bir zekaya sahip olarak dünyaya gelmekte olan insanların sahip olduğu zekanın eğitimlerle, bilgi ve birikimlerle artırılabilmesi mümkündür²⁶. Bir kısım canlılara özgü bir olgu olan zekanın makinelere uyarlanabilmesi²⁷ fikrinden hareketle ortaya çıkan yapay zeka, İngilizce “artificial intelligence” ifadesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılmaktadır²⁸.

Yapay zeka düşüncesinin ortaya çıkmaya başlamasından günümüze kadar²⁹ yapay zekanın ne olduğuna ve ne olmadığına dair birçok fikir ortaya atılmış, bu fikirler kapsamında yapay zeka ile ilgili öğretide farklı yaklaşımlara dayanan³⁰ birçok tanım yapılmıştır. Yapay zekayı ilk defa tanımlayan Alan Mathison Turing tarafından 1950 yılında yapılan tanımda yapay zekanın en basit hali hayal edilmiş, insan davranışlarının makineler tarafından sadece taklit edilmesiyle ilgili bir çalışmadan bahsedilerek; “*Yapay zeka, bilgisayarların insanların daha iyi yaptığı şeyleri nasıl yapabileceğini inceleyen bilim dalıdır*” şeklinde tanımlanmıştır³¹. John McCarthy ve arkadaşları tarafından yapay zekanın öğrenme, akıl yürütme ve kendini geliştirme özellikleri ön plana çıkarılarak 1955 yılında; “*Yapay zeka, makineler, özellikle bilgisayar sistemleri tarafından insan zekası*

²⁵ Sozluk.gov.tr (ET. 05.03.2022); KAYNAK BALTA, Büşra, **Fikir ve Sanat Serleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 62; ELMAS, Çetin, **Yapay Zekâ Uygulamaları**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 25.

²⁶ ELMAS, s. 25; KAYNAK BALTA, s. 62.

²⁷ Yapay zeka ile insan zekası arasındaki farklar için Bkz. TAŞKIN, **Yapay Zeka**, s. 149-151; GAYRETLİ AYDIN, Seda, **Yapay Zekanın Ürün Sorumluluğu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 38-39.

²⁸ BACAŞIZ, Pınar/ SÜMER, Seda Yağmur, **Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 23; KAYNAK BALTA, s. 65. ÇEKİN, s. 7.

²⁹ Yapay zekanın kısa tarihçesi için Bkz. GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi, **Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 26-35; GÜLEL, s. 27-37; KAYA/ YOZGAT, s. 35-38; YÜKSEKBAŞ, Raci Çetin, **Otonom Araçların Haksız Fiil Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 21-30; AKSOY, Ecem, **Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 40-49.

³⁰ Yapay zekayı tanımlamada kullanılan insan gibi davranma, insan gibi düşünme, rasyonel düşünme ve rasyonel davranma yaklaşımları için Bkz. GAYRETLİ/ AYDIN, s. 26-31; ZHAO, Jingchen, “Artificial Intelligence and Corporate Decisions: Fantasy, Reality or Destiny”, **Catholic University Law Review**, C.71, S.4, 2022, s.661-698.

³¹ TURING, Alan Mathison, “Computing Machinery and Intelligence”, **Mind**, C. 59, No: 236, 1950, s. 433-460.

süreçlerinin simülasyonudur. Bu süreçler öğrenme, akıl yürütme ve kendini düzeltmeyi içerir” şeklinde tanımlanmıştır³².

Yapay zeka ile ilgili yapılan bu ilk tanımların üzerinden geçen yaklaşık yetmiş beş yıllık sürede, yapay zekanın farklı özelliklerini ön plana çıkararak³³ yapılan birçok tanımdan sonra nihayet yapay zekanın fonksiyonunun sadece insan davranışlarını taklit etmek değil, genel olarak yapay zekanın kendi kendine öğrenebilme, yorumlama, karar alabilme ve aldığı kararları uygulamak için kendi kendine harekete geçme kabiliyetlerine vurgu yapılmaktadır. Bu kabiliyetlere vurgu yapan tanımlardan bazıları³⁴ şu şekildedir: “*Yapay zeka, insanlar gibi akıl yürütebilen, planlayabilen ve hareket edebilen sistemlerin geliştirilmesini içerir³⁵*”; “*Yapay zeka, verilerden öğrenebilen, yeni durumlara uyum sağlayabilen ve açıkça programlanmadan görevleri yerine getirebilen makineler yaratmayı amaçlamaktadır³⁶*”; “*Yapay zeka, makinelerin verileri işlemesi, kalıpları çıkarsaması ve özerk kararlar almasını sağlayan algoritmaların geliştirilmesini içerir³⁷*”; “*Yapay zeka, çevrelerini algılayabilen ve hedeflerine en verimli şekilde ulaşmak için eylemlerde bulunabilen akıllı ajanların incelenmesi ve*

³² MCCARTHY, John/ MINSKY, Marvin/ NATHANIEL, Rochester/ SHANNON, Claude, **Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**, 31.08.1955, (Çevrimiçi) <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>, E.T. 05.05.2025.

³³ Russell ve Norvig tarafından AI ile ilgili yapılan tanımlar; insan gibi düşünebilme, akıl yürütme, davranış, insan performansı ölçümü, rasyonellik gibi farklı özelliklere göre sınıflandırılmıştır. Yapılan sınıflandırmayı görmek için Bkz. RUSSELL, Stuart J./ NORVIG, Peter, **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 4. Baskı, Hoboken, Pearson Yayınları, New Jersey, USA, 2021, s. 2; ZHAO, s. 669.

³⁴ Yapay zeka ile ilgili olarak yapılan diğer tanımlar için Bkz. ERGÜL, **Yapay Zeka ve Hukuk**, s. 37-42; YÜCEL, **Gökçen, Yapay Zeka Teknolojilerinin Kolluk Faaliyetlerinde Kullanımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 20; GÜÇLÜTÜRK, s. 36-48; KARATEPE KAYA, Meltem, “Yapay Zeka ve Şirketler Arasındaki İlişkinin Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. Şerafettin EKİCİ/ Ekrem SOLAK/ Muhammed Emre AVŞAR, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 128-129; YILMAZ, Gizem, “Yapay Zeka ve Robotların Sebebi Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Kusursuz Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde İncelenmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. Şerafettin EKİCİ/ Ekrem SOLAK/ Muhammed Emre AVŞAR, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 422; TAŞKIN, **Yapay Zeka**, s. 147-148; GÜLEL, s. 25-27; KARADENİZ, Salih, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu’nun Risk Grupları ve İlgililerin Yükümlülükleri Bağlamında İncelenmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 1, 2025, s. 318; GAYRETLİ/ AYDIN, s. 31-35; DEMİREL, Elif, “Risk ve Uyumda Ekosisteme Açılan Yeni Kapı: AB Yapay Zeka Yasası”, **Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar-V**, Ed. Süleyman YILMAZ, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 204-205; YÜKSEKBAŞ, s. 19-21; AKSOY, s. 27-37.

³⁵ WOOLDRIDGE, Michael J., **An Introduction to Multiagent Systems**, 2. Baskı, Wiley, Chichester, England, 2012.

³⁶ DOMINGOS, Pedro, **The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World**, Basic Books, New York, USA, 2018.

³⁷ GOODFELLOW, Ian/ BENGIO, Yoshua/ COURVILLE, Aaron, **Deep Learning**, Cambridge, The MIT Press, London, England, 2016.

*tasarlanmasıdır*³⁸”; “Yapay zeka, insanların doğal olarak sahip oldukları zeka ile çözdükleri problemleri çözme becerisine sahip makinedir”³⁹”; “Yapay zeka insanın idrakine yönelik olan yeteneklerini, davranışlarını taklit ederek bilgisayar sistemlerinde bu yetenekleri modellemesidir”⁴⁰”; “Yapay zeka, bir makineye algılama, muhakeme etme ve öğrenme gibi bilişsel işlevleri gerçekleştirme yeteneği sağlayan güçlü bir teknolojik dalgadır. Yapay zeka, insan tarafından yapıldığında zeki olarak adlandırılan davranışların makine tarafından yapılmasıdır”⁴¹”; “Yapay zeka, bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrollü robotun, genellikle akıllı varlıklarla ilişkili görevleri yerine getirme yeteneğidir”⁴²”.

AB Yapay Zeka Tüzüğünde⁴³ (AI ACT)’te ise yapay zeka sistemleri; “Çeşitli düzeylerde özerklikle çalışmak üzere tasarlanmış, kullanıma sunulduktan sonra uyum yeteneği gösterebilen ve açık veya örtük amaçlar doğrultusunda, aldığı girdilerden fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktılar üretmeyi öğrenen makine tabanlı bir sistemdir” şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1).

Yapay zeka her ne kadar makinelerde kullanma düşüncesiyle ortaya çıkmış olsa dahi temelde bir yazılım olup, makine ya da donanım değildir. Ancak bu yazılımın donanım ya da makinelere yüklenmesi mümkündür. Bu özellikleri göz önüne alınarak kanımızca yapay zekayı; *insanın doğal olarak sahip olduğu zeka ile problemleri çözme, veriler üzerinden anlam çıkarma, çıkardığı anlam doğrultusunda karar verme ve gerektiğinde harekete geçme, öğrenme, deneyimlerden yararlanma gibi zihinsel süreçleri bir donanıma gerek duymaksızın gerçekleştirebilen, insan zekasını taklit eden ve topladıkları bilgilerle yinelemeli olarak kendi kendini iyileştirebilen yazılımlar* olarak tanımlamak mümkündür⁴⁴. Diğer bilgisayar programlarından farklı olarak özerk yapısı nedeniyle yapay zekanın alacağı kararların, sistemi programlayan kişi tarafından öngörülmesi

³⁸ SUTTON, Richard S./ BARTO, Andrew, **Reinforcement Learning: An Introduction**, 2. Baskı, Cambridge, The MIT Press, London, England, 2020.

³⁹ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, **Yapay Zekâ Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler Hukukî Bakış**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 50.

⁴⁰ YILMAZ, Atınc, **Yapay Zekâ**, 8. Baskı, Kodlab Yayın Dağıtım, İstanbul, 2020, s. 4.

⁴¹ İYİĞÜN, N. Öykü, “Yapay Zekâ ve Gelecek: İnsan ve Teknoloji Arasındaki İlişki”, **Yapay Zeka Güncel Yaklaşımlar ve Uygulamalar**, Ed. N. Öykü İYİĞÜN/ YILMAZ, Mustafa K., Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 3.

⁴² OKUR, Sinan, **Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Yapay Zeka Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Bakış**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 45.

⁴³ Regulation (EU) 2024/1689 Of The European Parliament And Of The Council, AB RG, T. 12.07.2024.

⁴⁴ EKİCİ, Şerafettin, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 231.

mümkün değildir. Ayrıca normal bilgisayar programlarında girdiler alfanumerik sembollerden oluşurken, yapay zekada girdiler ve çıktılar sahip olunan donanımlara bağlı olarak görüntü, ses veya diğer veriler olabilir⁴⁵.

Bunun dışında teknolojilerle karşılaştırıldığında yapay zekanın farklı özellikleri arasında insanların aktif kontrolü veya denetimi olmaksızın zorlu ve çok yönlü görevleri tamamlamak için özerk olarak hareket etme yeteneği, büyük verilere olan güveni, geçmişteki doğru ve yanlış kararları inceleyerek, büyük veriler arasında hızlı bir şekilde arama yapabilmesi, böylece insan müdahalesi olmadan potansiyel çözümleri analiz etmesi, insanların “tipik olarak belirsizlik, karmaşıklık ve ikircilikle karakterize edilen karar verme süreçlerindeki” güçlü yanlarını tamamlayabilmesi, öngörülemezlik karşısında yaratıcı olması, insan bakış açısından “beklenmedik” olarak görülen çözümler üretebilmesi sayılmaktadır⁴⁶.

Yapay zekanın kendi kendine öğrenme analiz yapma, sonuç çıkarma, kararlar alma ve aldığı kararları uygulama nitelikleri nedeniyle uzun vadede insanlığın entelektüel kapasitesini aşma ihtimali olduğu, kendi iradesiyle insan iradesine aykırı davranışlarda bulunabileceğine dair öngörüler günümüzde yapılmaktadır⁴⁷. Bu makalemizin konusunu oluşturan yapay zeka tarafından yapılan işlemlerde iradenin kime isnat edileceği ile ilgili tartışmalar da bu aşamadan itibaren somutlaşmaya ve önem arz etmeye başlamaktadır.

B. Yapay Zekanın Sınıflandırılması

Yapay zeka yetenekleri, işlevselliği, öğrenme yöntemi, otonom hareket kapasitesi, kullanım alanı, algoritma türü, makine öğrenmesi paradigmaları, bilinç düzeyi gibi farklı kriterlere göre değerlendirilerek çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmanın önemi, yapay zeka tarafından yapılan işlemlerdeki irade kişiden yerine yapay zekaya isnat edilecekse, hangi özellikteki yapay zekanın kendisine irade isnat edilebilecek özelliklere sahip olduğunun belirlenmesindedir. Yapay zeka sınıflandırmaları arasında en sık karşılaşılanlar⁴⁸ şu şekildedir;

⁴⁵ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, **Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 15; BACAKSIZ/ SÜMER, s. 22.

⁴⁶ ZHAO, s. 671.

⁴⁷ Avrupa Parlamentosu, **Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (Robotikle İlgili Medeni Hukuk Kuralları Hakkında Komisyon’a Sunulan Rapor ve Öneriler)**, 27.01.2017, (Çevrimiçi) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html, E.T. 06.05.2025.

⁴⁸ Yapay zekanın diğer sınıflandırmaları için Bkz. ZHAO, s. 670-671; ERGÜL, **Yapay Zeka ve Hukuk**, s. 100-114; GAYRETLİ/ AYDIN, s. 51-55; YÜKSEKBAŞ, s. 36-41; AKSOY, s. 50-57.

1. Yeteneklerine göre; i) dar yapay zeka, ii) genel yapay zeka, iii) süper yapay zeka,
2. Otonom hareket kapasitesine göre; i) otonom olmayan, ii) yarı otonom, iii) kısmen otonom (adaptif), iv) tam otonom,
3. İşlevsellik ve uygulama alanlarına göre; i) makine öğrenimi, ii) derin öğrenme, iii) doğal dil işleme,
4. Öğrenme yöntemlerine göre; i) denetimli öğrenme, ii) denetimsiz öğrenme, iii) yarı denetimli öğrenme, v) öz denetimli öğrenme, vi) pekiştirmeli öğrenme,
5. Kullanım amacına göre; i) analitik yapay zeka, ii) yaratıcı yapay zeka, iii) etkileşimli yapay zeka, iv) otonom yapay zeka.
6. Bilinç düzeyine göre; i) tepkisel (reaktif) sistemler, ii) sınırlı hafızalı sistemler, iii) zihin sistemi teorisi, iv) öz farkındalıklı sistemler.
7. Risk düzeyine göre; i) kabul edilemez risk taşıyan yapay zeka sistemleri, ii) yüksek riskli yapay zeka sistemleri, iii) Sınırlı riskli yapay zeka sistemleri, iv) düşük riskli yapay zeka sistemleri⁴⁹.

Bu sınıflandırmalar arasında yeteneğe göre yapılan sınıflandırma, otonom hareket kapasitesine göre yapılan sınıflandırma, bilinç düzeyine göre yapılan sınıflandırma yapay zekaya kişilik tanınması tartışmaları esnasında en çok karşılaşılan sınıflandırma olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu makalemizin kapsamı yapay zekanın irade beyanı ile sınırlı olduğundan, yeteneğe göre yapılan sınıflandırma ve bilinç düzeyine göre yapılan sınıflandırma üzerinde durulacak, otonom hareket etme kapasitesi ve diğer ayrımlar bu çalışmamızda detaylandırılmayacaktır.

1. Yeteneğe Göre Sınıflandırma

Yeteneğe göre yapılan sınıflandırma, yapay zekanın yapabileceklerinin sınırlarına göre oluşturulmuş bir ayrımdır. Yapay zeka yapabileceklerine göre dar, genel ve süper yapay zeka olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır⁵⁰.

⁴⁹ Risk grupları ile ilgili AB Yapay Zeka Kanunu'nda yer alan düzenlemeler için Bkz. KARADENİZ, s. 318-351; ERGÜL, Ergin, **Avrupa Yapay Zeka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025, s. 131-133; GAYRETLİ/ AYDIN, s. 57-62; DEMİREL, s. 209-215.

⁵⁰ YAMPOLSKIY, Roman V., **Artificial Intelligence Safety and Security**, CRC Press/Taylor & Francis Group, Boca Raton, USA, 2019, s. 35-40; GOERTZEL, Ben/ PENNACHIN, Cassio, **Artificial General Intelligence**, Springer, Berlin, 2011, s. 1-20; BRUNDAGE, Miles, "Taking Superintelligence Seriously",

a. Dar Yapay Zeka (ANI-Artificial Narrow Intelligence)

Belirli bir görev veya dar bir görev seti için tasarlanmış ancak öz farkındalık veya bilinçten yoksun yapay zeka sistemleri ANI olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca bilgiyi diğer alanlara genelleme yeteneğinden yoksundurlar. Günümüzde sıkça kullanılan yüz tanıma sistemleri, sesli asistanlar (Siri, Alexa) ve öneri sistemleri (Netflix, Amazon) bu tür yapay zekanın günlük hayatta sıkça karşılaşılan türleridir.

b. Genel Yapay Zeka (AGI-Artificial General Intelligence)

Güçlü yapay zeka olarak da isimlendirilen AGI, bilgiyi çok çeşitli görevlerde insan zekasından ayırt edilemeyecek şekilde anlama, öğrenme ve uygulama yeteneğini ifade etmektedir. İnsan zekasını tam anlamıyla taklit edebilmekte ve geniş bir görev yelpazesinde performans gösterebilmektedir.

Muhakeme, problem çözme ve soyut düşünme yeteneklerine sahiptir. Bir insanın yapabileceği herhangi bir entelektüel görevi yerine getirebilecek varsayımsal sistemlerdir. Bilgiyi genelledebilmekte ve bir alandan diğerine aktarabilmektedir. Kendisinin farkındadır. AGI henüz mevcut değildir ve teorik bir kavram olarak kalmaktadır.

c. Süper Yapay Zeka (ASI-Artificial Super Intelligence)

ASI, yaratıcılık, problem çözme, duygusal zeka ve genel bilgelik dahil olmak üzere tüm yönleriyle insan zekasını ve insanın bilişsel yeteneklerini aşan varsayımsal bir yapay zekayı ifade etmektedir. Kendini geliştirme ve yinelemeli öğrenme yeteneğine sahiptir. İnsan kapasitesinin ötesindeki karmaşık küresel sorunları potansiyel olarak çözebilecektir.

ASI, teorik ve spekülatif bir kavramdır. Bilim kurgu filmlerinde sıkça karşımıza çıkıyor olsa da gerçek dünyada henüz örneği yoktur. Ancak gelecekte yapay zekanın ortaya çıkaracağı sorunlardan bahsedilirken, etik ve varoluşsal sorular nedeniyle en çok korkulan ve güdeme getirilen yapay zeka türü ASI'dır.

Futures, C. 72, 2015, s. 32-35; WANG, Pei, "On Defining Artificial Intelligence", **Journal of Artificial General Intelligence**, C. 10, S. 2, 2019, s. 10-15; RUSSELL/ NORVIG, s. 1-32; TEGMARK, Max, **Life 3.0: Being Human in The Age of Artificial Intelligence**, Alfred A. Knopf, New York, USA, 2017, s. 45-75; BOSTROM, Nick, **Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies**, Oxford University Press, Oxford, England, 2016, s. 15-45; YÜCEL, s. 21-27; GÜLEL, s. 42-43.

2. Bilişsel Kapasitesine Göre Yapılan Sınıflandırma

Bu sınıflandırma yapay zeka sistemlerinin, bilişsel kapasitelerine, ne kadar karmaşık düşünebildiklerine ve problem çözebildiklerine göre yapılmış bir sınıflandırmadır. Bu ölçüt kapsamında yapay zeka dört kategoriye ayrılmaktadır⁵¹.

a. Tepkisel (Reaktif) Sistemler (RES- Reactive Systems)

Geçmiş verileri depolamayan, deneyimleri hatırlayamayan veya öğrenemeyen mevcut girdilere anlık tepkiler veren sistemlerdir. Belirli bir görev için optimize edilmiştir. Karmaşık stratejiler geliştirebilirler ancak öğrenme yetenekleri yoktur. IBM'in Deep Blue satranç bilgisayarı ve Google AlphaGo'nun ilk versiyonları bu sınıfa dahildir.

b. Sınırlı Hafızalı Sistemler (LMS-Limited Memory Systems)

Geçmiş verileri belirli bir süre için depolayabilen, sınırlı öğrenme yeteneği olan, depoladığı verileri ve öğrendiklerini gelecekteki kararlar için kullanabilen sistemlerdir. Günümüzde sıkça kullanılmakta olan otonom araçlar ve chatbot'ların yanında Deepseek ve ChatGPT de LMS kategorisine dahildir. Zira bu modeller, geçmiş etkileşimleri kısa süreliğine hatırlayabilir ve bağlamsal anlama yeteneklerine sahiptirler. Ancak kalıcı bir hafızaya veya insan benzeri bilişsel yeteneklere (empati, öz farkındalık gibi) sahip olmadıkları için daha üst sınıflara (Zihin teorisi veya öz farkındalık) dahil edilmemektedirler.

c. Zihin Sistemi Teorisi (ToMS-Theory of Mind Systems)

İnsanların duygularını, düşüncelerini ve niyetlerini anlayabilip buna göre davranabilen, insanların duygusal durumlarını yorumlayabilen sistemlerdir. Empati kurabilir ve sosyal etkileşimlerde bulunabilirler. ToMS henüz teorik aşamada olup, tam olarak geliştirilmemiştir. Gelişmiş sosyal robotlar bu kategoridedir.

d. Öz Farkındalık Sistemleri (SAS-Self-Aware Systems)

Kendi varlıklarının ve bilinçlerinin farkında, kendileri hakkında düşünebilen, insan benzeri duygulara ve düşüncelere sahip olabilen sistemlerdir. Günümüzde sadece teorik bir kavram olup, henüz var olmayan bir yapay zeka türüdür. Bilim kurgu filmlerindeki insan benzeri robotları (Terminatör vb) bu kategoride saymak mümkündür.

⁵¹ LEGG, Shane/ HUTTER, Marcus, "A Collection of Definitions of Intelligence", **Minds and Machines**, C.17, S.4, 2007, s. 391-444; RUSSELL/ NORVIG, s. 1-32; TEGMARK, s. 45-75; BOSTROM, s. 15-45; WANG, s. 10-15; GOODFELLOW/ BENGIO/ COURVILLE, s. 1-20; GÜLEL, s. 43-46.

C. Kişilik Tartışmaları Bağlamında Yapay Zekanın Hukukun Öznesi Olarak Değerlendirilmesi

Hukukun öznesi hukuken hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen varlık olarak tanımlanmakta olan kişidir. Hukuk düzenimizde sadece kişiler hak sahibi olabilmekte, hukuken kişi olarak tanınmayan varlıklara hak sahibi olma yetkisi tanınmamaktadır⁵². Bu nedenle yapay zekanın hukukun öznesi olabilmesi için kişi olarak kabul edilmiş olması gerekmektedir. Yapay zekanın günümüzdeki gelişmişlik düzeyinin ötesinde gelecekte erişebileceği seviyeler nedeniyle, yapay zekaya kişilik tanınıp tanınmayacağı öğretide daha sık tartışılır olmuştur. Bazı yazarlar belirli şartlar altında yapay zekaya kişilik tanınması gerektiğini savunurken, diğer bazı yazar ise teknik ve etik sorunlar nedeniyle yapay zekaya kişilik tanınmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Aşağıda bu görüşler kısaca özetlenmiştir.

1. Yapay Zekaya Kişilik Tanınmasını Savunan Görüşler

Yapay zekaya kişilik tanınması gerektiğini savunan görüşler, genellikle yapay zekanın gelişmiş bilişsel yetenekleri, özerkliği ve insan benzeri davranışları üzerine odaklanmaktadır. Yapay zekaya kişilik tanınması gerektiğini savunan yazarlardan bazıları tüzel bir kişilik tanınması gerektiğini savunurken diğer bazıları ise ahlaki kişilik tanınması gerektiğini savunmaktadır.

a. Tüzel Kişilik Tanınması Görüşü

Yapay zekanın tüzel kişilik kazanmasını savunan yazarlara göre, yapay zeka sistemlerinin, özerkliği ve insan müdahalesi olmadan kararlar alabilme yetenekleri her geçen gün artmaktadır. Örneğin, otonom bir araç, trafik kurallarına uygun şekilde hareket ederken, ani bir durumda kendi başına karar alabilmektedir. Bu durumda, aracın neden olduğu bir kazada sorumluluğun araç üreticisine veya kullanıcıasına atanması yerine, aracın kendisine hukuki kişilik tanınması düşünülmelidir. Diğer taraftan yapay zeka, insanların yapamayacağı karmaşık görevleri yerine getirebilmektedir. Örneğin, bir yapay zeka sistemi, finansal piyasalarda otomatik olarak işlem yapabilmektedir. Mevcut hukuki yapıda yapay zeka sistemlerinin neden olduğu zararlardan kimin sorumlu olacağı, otonomi derecesi yüksek yapay zeka sistemlerinin yapacağı hukuki işlemlerden doğan hak ve borçların kime ait olacağı belirsizdir. Özellikle haksız fiil hallerinde, yapay zekanın hukuki sorumluluğu üstlenebilmesi için bir tür tüzel kişilik tanınması gerekmektedir. Yapay zekaya tüzel

⁵² DURAL/ SARI, *Medeni Hukuk*, s. 189; YILMAZ, *Yapay Zekanın Kusursuz Sorumluluğu*, s. 424-425; USTAHALILOĞLU, s. 38.

kişilik tanınması, bu sorumluluğun yapay zekaya yüklenmesini sağlayabilecektir. Diğer taraftan, yapay zeka sistemi kendi kendine öğrenebilmekte ve kararlar alabilmektedir. Yapay zekanın öğrenme süreci insanların kontrolü dışında gerçekleşebilmektedir. İnsan iradesi dışında öğrenilen bir konuda ortaya çıkan sorumluluğun insana yüklenmesi ise adil değildir. Bu nedenle, yapay zekaya tüzel kişilik tanınması ve sorumluluk paylaşılmalıdır⁵³.

Bu görüşü savunan Abbott'a göre, yapay zeka tarafından üretilen resim, müzik, edebiyat gibi sanatsal eserlerin telif haklarının korunması için yapay zekanın hukuki bir kişilik statüsü kazanması gerekmektedir⁵⁴. Colo ve Pagallo'ya göre yapay zekaya tam değil sınırlı bir kişilik tanınmalıdır. Bu sınırlık kişilik kapsamında, yapay zekaya ticari işlemler ya da eser üretme gibi belirli alanlarda özerklik tanınmalı ancak yapay zekaya tam bir tüzel veya ahlaki kişilik tanınamamalıdır⁵⁵.

Avrupa Parlamentosu raporunda⁵⁶ (m.59/f) yapay zekaya elektronik kişilik⁵⁷ şeklinde bir tüzel kişilik tanınması önerisi şu şekilde yer almıştır: “*Uzun vadede robotlar için özel bir yasal statü oluşturmak, böylece en azından en gelişmiş otonom robotların, neden olabilecekleri zararları telafi etmekle yükümlü elektronik kişiler olarak kabul edilebilmelerini sağlamak ve robotların otonom kararlar aldığı veya üçüncü şahıslarla bağımsız olarak etkileşime girdiği durumlarda elektronik kişilik kavramını uygulayabilmek*”. Böylece ilk defa resmi bir belgede yapay zekaya kişilik tanınması öneri olarak girmiştir. Bu öneride dikkat çeken husus, elektronik kişiliğin tüm yapay zeka türlerine değil, “en gelişmiş otonom robotlar” kategorisine uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Böylece yapay zeka ve robotlar açısından gelişmişlik anlamında bir sınıflandırma yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu sınıflandırmada uygulanacak olan kriterler ise yeteneğe göre, bilişsel düzeye göre ve otonom hareket kabiliyetine göre belirlenmelidir.

Zhao, yapay zekaya şirketlerin tüzel kişiliğine benzer, tescile tabi bir tüzel kişilik tanınabileceğini, şirketlere benzer bir şekilde yapay zekanın ayrı bir tüzel kişilik

⁵³ PAGALLO, Ugo, **The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts**, Dordrecht Heidelberg Springer, New York London, 2013, s. 80-95; SOLUM, Lawrence B., “Legal Personhood for Artificial Intelligence”, **North Carolina Law Review**, C. 70, S. 4, 1992, s. 1245-1250.

⁵⁴ ABBOTT, Ryan, “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law”, **SSRN Electronic Journal**, 2016, s. 1100-1105. (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2727884, E.T. 10.05.2025.

⁵⁵ CALO, Ryan, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, **California Law Review**, C.103, 2015, s. 513-563, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=faculty-articles>, E.T. 10.05.2025; PAGALLO, s. 80-95.

⁵⁶ Avrupa Parlamentosu, “EP REPORT, A8-0005/2017”, s. 17-20.

⁵⁷ Elektronik kişilik kavramı için Bkz. USTAHALILOĞLU, s. 138-141; ERSOY, s. 88-92; AKSOY, s. 103-106.

elde etmek için belirli bir yargı alanında tescil edilebileceğini, bir şirketin paydaş ağına sahip olması gibi, bir YZ uygulamasının yaratıcıları, programcıları ve kullanıcıları gibi “paydaşlarına” ve yapay zeka ile sözleşme yapan bileşenlere ek olarak haklar verilebileceğini ve yükümlülükler getirilebileceğini savunmaktadır⁵⁸.

Tanınacak tüzel kişiliğin türü ne olursa olsun, yapay zekaya kişilik tanınması halinde hak ve fiil ehliyetinin varlığı da kabul edilmiş olacaktır. Böylece yapay zeka tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerde beyan edilen iradenin (temsil ve vekalet gibi durumlar dışında) yapay zekaya ait olduğunu kabul etmek gerekecektir.

b. Ahlaki Kişilik Tanınması Görüşü

Yapay zekanın insan benzeri duygusal ve bilişsel yeteneklere sahip olabileceğini, ahlaki kararlar alabileceğini düşünen yazarlar yapay zekanın ahlaki bir statüye sahip olması gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁹.

Yapay zekaya kişilik tanınması konusuna bilgi etiği açısından yaklaşmakta olan Floridi’ye göre, yapay zekanın özerk karar alma kapasitesine sahip olabildiği bir gelecekte, bu sistemler ahlaki ajanlar (moral agents) olarak kabul edilmelidir. Bir varlığın ahlaki kişilik kazanması için bilinçli ya da insan benzeri bir özne olması gerekmez; önemli olan, bu varlığın eylemlerinin ahlaki sonuçlar doğurabilmesi ve bu sonuçlardan sorumlu tutulabilmesidir. Yapay zeka sistemleri de çevreleriyle etkileşime girip ahlaki sonuçlar üretebildikleri ölçüde, etik değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Örneğin, bir otonom araç bir kazaya neden olduğunda, sorumluluk yalnızca tasarımcıya ya da kullanıcıya değil, sistemin kendisine de atfedilebilmelidir⁶⁰. Yapay zekanın insan kontrolünden çıkabileceğini öngören Bostrom, yapay zekaya kişilik tanınmasını doğrudan hukuki bir mesele olarak değil, etik bir zorunluluk olarak ele almakta, yapay zekanın gelişmiş formları (özellikle süper zeka) kendi amaçlarını belirleyebileceği ve bu amaçlar doğrultusunda özerk eylemlerde bulunabileceği için süper zeka seviyesine ulaşan yapay zeka sistemlerinin ahlaki sorumluluk taşıyabileceği bir çerçeve oluşturulması gerektiğini savunmaktadır⁶¹. “İlişkisel etik” kavramından hare-

⁵⁸ ZHAO, s. 681.

⁵⁹ COECKELBERGH, Mark, “Robot Rights? Towards a Social-Relational Justification of Moral Consideration”, **Ethics and Information Technology**, C. 12, S. 3, 2010, s. 215-218; GUNKEL, David J., **Robot Rights**, The MIT Press, 2018, s. 45-60.

⁶⁰ FLORIDI, Luciano, **The Ethics of Information**, Oxford University Press, Oxford, England, 2014, s. 135-150.

⁶¹ BOSTROM, s. 167-180.

ket eden Gunkel, geleneksel etik anlayışların yalnızca insanlara ve canlı varlıklara ahlaki statü tanınmasını eleştirerek, yapay zeka sistemlerinin özerk davranışlar sergileyebildikleri ve ahlaki sonuçlar doğurabildikleri ölçüde, etik bir özne olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Gunkel'e göre, bir varlığın ahlaki statüsü, onun diğer varlıklarla olan ilişkilerinden türemelidir. Örneğin, bir sosyal robot insanlarla duygusal bağlar kurabiliyorsa, bu robotun ahlaki bir statüye sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmeli ve robota ahlaki bir kişilik tanınmalıdır⁶².

Ahlaki kişilik tanınması görüşü, yapay zekaya hukuki bir kişilikten daha çok ahlaki bir statü tanınması ve böylece yapay zekanın gelişmesi ile birlikte toplumda ortaya çıkabilecek potansiyel ahlaki sorunların önüne geçilmesi düşüncesinden hareket etmektedir. Bu nedenle yapay zekaya ahlaki kişilik tanınması halinde, hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin olmayacağı düşünülmektedir.

2. Kişilik Tanınmasına Karşı Çıkan Görüşler

Yapay zekaya kişilik tanınmasına karşı çıkan yazarların görüşlerindeki ortak nokta, yapay zekanın insanların yerini almak için değil, onlara yardımcı olmak ve işlerini kolaylaştırmak amacıyla tasarlandığıdır. Bu nedenle yapay zekaya ayrı bir kişilik tanınmamalı, bunun yerine eşya ya da köle benzeri⁶³ bir statü tanınmalıdır. Bu ortak noktanın dışında, yapay zekaya kişilik tanınmasına karşı çıkan görüşlerin gerekçeleri arasında öne çıkanlar arasında bilinç ve anlayış yokluğu, sezgi eksikliği, toplumsal ve etik sorunlar yer almaktadır⁶⁴.

a. Bilinç ve Anlayış Yokluğu

Yapay zekanın bilinç ve anlayışının olmadığını savunan Searle, yapay zekanın bilinçli olamayacağını ve anlamlı düşünce üretemeyeceğini, yapay zekanın yaptığı işlemin, yalnızca sembolleri manipüle etmekten ibaret olduğunu ancak bu manipülasyonun ardında gerçek bir anlayış olmadığını savunmaktadır⁶⁵. Ona göre yapay zeka ne kadar gelişirse gelişsin, gerçek bir bilinç geliştire-

⁶² GUNKEL, s. 95-110.

⁶³ Yapay zeka için öngörülen köle veya eşya statülerinin detayları için Bkz. GAYRETLİ/ AYDIN, s. 79-82; ERSOY, s. 94-95; AKSOY, s. 107-108.

⁶⁴ YILMAZ, *Yapay Zekanın Kusursuz Sorumluluğu*, s. 428-430; AKSOY, s. 108.

⁶⁵ SEARLE, John R./ DENNETT, D. C./CHALMERS, David John, *The Mystery of Consciousness*, New York Review of Books, New York, USA, 1997, s. 50-70.

John Searle, güçlü yapay zekanın imkansız olduğunu savunmak için bir düşünce deneyi olan Çin odası problemini ortaya atmıştır. Çin odası problemi Searle'nin ifadesiyle özet olarak şu şekilde ilerlemektedir: "Kendinizi bir odada tek başınıza, anladığınız bir dil olan İngilizce'de bir dizi kuralı takip ederken ve ka-

remez, çünkü yalnızca bilgi işleyen bir sistemdir. Bu nedenle yapay zekaya kişilik tanımak anlamlı değildir⁶⁶. Aynı görüşü savunan Penrose, insan beyninin sadece hesap yapan bir makine olmadığını, kuantum mekaniğine dayalı bilinç süreçleri içerdiğini, sadece algoritmalarla çalışmakta olan yapay zekanın insan bilincini simüle edemeyeceğini, bu nedenle yapay zekanın hiçbir zaman bilinçli bir varlık olamayacağını ve ona kişilik tanımının yanlış olacağını belirtmektedir⁶⁷. Bryson’a göre, yapay zeka sistemleri ne kadar gelişmiş olursa olsun, insan benzeri bir bilinç veya özerklikten yoksundur. Bu nedenle, yapay zekaya hukuki kişilik tanınması sorumluluğun yanlış bir şekilde dağıtılmasına neden olabilecektir. Yapay zekanın hukuki kişilik kazanması yerine, bu sistemleri tasarlayan, üreten ve kullanan insanların sorumlu tutulması gerekmektedir. Yapay zeka, bir araç ya da köle olarak görülmeli ve bu aracı ya da köleyi kullanan insanlar, yapay zekanın eylemlerinden sorumlu olmalıdır⁶⁸.

Günümüzde yapay zeka teknolojileri hızla ilerlemiş olup, Searle ve Bryson’ın görüşlerinin aksine yapay zekanın bilinç geliştirebileceği daha sık dile getirilir olmuştur. Nitekim Kosinski, büyük dil modellerinin insanlarda bulunan “zihin sistemi teorisi (ToMS)” benzeri bir yeteneği kendiliklerinden geliştirmiş olabileceğini, bunun da yapay zekanın insan benzeri bilişsel özellikler sergileyebileceği fikrini güçlendirdiğini belirtmektedir⁶⁹. Kanımızca; büyük dil modellerinin ve chatbotların duygusal tepkilerimize verdikleri karşı tepkiler, Kosinski’nin düşüncesinin doğruluğu ihtimalini artırmaktadır. Ancak verilen tepkilerin makine öğrenmesi sonucunda oluşmuş ileri bir bilgi seviyesi mi yoksa bilinç mi olduğu doğru tespit edilmelidir.

pının altından atılan Mandarin Çincesi karakterlere yanıt verirken hayal edin. Mandarince bilmiyorsanız, ancak kapının altından size Mandarin Çincesi ile yöneltilen sorulara Mandarin Çincesi karakterleri şeklinde uygun yanıtlar üretmek için bir bilgisayar programına benzer şekilde size verilen kuralları takip ediyorsunuz. Bunu, kapının diğer tarafındaki kişiyi gerçekten Mandarin Çincesi bildiğinize inandıracak kadar yeterli bir düzeyde yapabilirsiniz. Bu düşünce deneyi, bir makineyi programlamanın makinenin bir dili anlıyormuş gibi görünmesini sağlayabileceğini ancak aslında dili anlamadığını göstermek için tasarlanmıştır”.

⁶⁶ SEARLE/ DENNETT/ CHALMERS, s. 50-70.

⁶⁷ PENROSE, Roger, **Shadows of the Mind: A Search for the Missing Science of Consciousness**, Oxford Univ. Press, Oxford, England, 1996, s. 12-45.

⁶⁸ BRYSON, Joanna J., “Robots Should Be Slaves” in **Close Engagements with Artificial Companions: Key Social, Psychological, Ethical and Design Issues**, Ed. Yorick WILKS, Natural Language Processing, John Benjamins Publishing, 2010, s. 68-70; BRYSON, Joanna J., “Patience Is Not a Virtue: The Design of Intelligent Systems and Systems of Ethics,” **Ethics and Information Technology**, C. 20, S. 1, 2018, s. 15-16.

⁶⁹ KOSINSKI, Michal, “Evaluating Large Language Models in Theory of Mind Tasks”, **PNAS**, C.121, S.45, 2023, (Çevrimiçi) <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2405460121>, E.T. 09.05.2025.

b. Sezgi Eksikliği

Bu görüşü savunan yazarlar, yapay zekanın verileri yorumlamak yoluyla sonuçlar ortaya çıkarılabilirse dahi bir insan gibi öğrenemeyeceğini zira sezgisel ve deneyime dayalı öğrenme yeteneğinden yoksun olduğunu, oysa insanların bedensel deneyimlerine ve sezgisel bilgilerine dayanarak düşünüp ve öğrenmekte olduğunu belirtmektedirler. Dreyfus'a göre, insan zihni somutlaşmış ve bedensel olarak konumlandırılmıştır. İnsanların bilgi edinme ve karar verme süreçleri, bedenleri ve çevreleriyle olan etkileşimlerine dayanır. Yapay zeka ise bu tür bir bedensel deneyimden yoksundur. Örneğin; bir insan bisiklet sürmeyi öğrenirken bedensel deneyimlerini kullanır, ancak bir yapay zeka bu tür bir deneyimi taklit edemez. Diğer taraftan, insanların örtük bilgi ve ustalık kazanma süreçleri, yapay zeka tarafından taklit edilemez. İnsanlar, karmaşık görevleri yerine getirirken sezgisel ve sezgisel olmayan bilgileri bir arada kullanır. Yapay zeka ise sadece kurallara dayalı ve formel bilgi işleyebilir. İnsanların sahip olduğu örtük bilgi ve sezgisel yetenekler, yapay zeka tarafından taklit edilemez⁷⁰.

Kanımızca, yapay zekaya hukuki kişilik tanımak için onun sezgi sahibi olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dünyanın farklı ülkelerindeki farklı hukuk sistemleri, toplum ihtiyaç duyduğunda farklı yapılara ya da varlıklara hukuki kişilik tanımış durumdadır. Örneğin; şirketlerin de somut bir varlığı ya da sezgisi yoktur. Şirketler, organları vasıtasıyla başka şirketlerle ya da bireylerle ticari ilişkiler kurmakta, haklar edinmekte ve borçlar üstlenmektedir. Şirket isimli bu tüzel kişiliğin de anlayışı ya da sezgisi olduğundan bahsedebilmemiz mümkün değildir. Benzer şekilde dernekler, vakıflar, üniversiteler, spor kulüpleri gibi birçok tüzel kişilik türü bulunmaktadır. Öyleyse bir varlığın hukuk düzenince “kişi” olarak tanınması için bilinci, anlayışı ya da sezgisinin olması şart görülmemelidir. Bir varlığın kişi olarak tanınması için toplumsal ihtiyaç olması ve hukuk düzenince kişi olarak tanınması yeterlidir. Diğer taraftan yapay zekanın sezgi eksikliği olmadığı, algoritmalar yoluyla sezgisel problem çözme becerisi-ne de sahip oldukları ifade edilmektedir⁷¹.

⁷⁰ DREYFUS, Hubert L./ DREYFUS, Stuart E./ ZADEH, Lotfi A. “Mind over Machine: The Power of Human Intuition and Expertise in the Era of the Computer”, **IEEE Expert**, C. 2, S. 2, 1987, (Çevrimiçi) <https://ieeexplore.ieee.org/document/4307079/>, E.T. 10.05.2025; DREYFUS, Hubert L. **What Computers Can't Do: A Critique Of Artificial Reason**, Harper & Row, New York, USA, 1972, s. 150-180; DREYFUS, Hubert L., **What Computers Still Can't Do: A Critique Of Artificial Reason**, MIT Press, Cambridge, USA, 1992, s. 200-230; DREYFUS, Hubert L. “Why Heideggerian AI Failed and How Fixing It Would Require Making It More Heideggerian”, **Philosophical Psychology**, C. 20, No: 2, 2007, s. 247-268.

⁷¹ YILMAZ, **Yapay Zekâ**, s. 25.

c. Toplumsal ve Etik Sorunlar

Bu görüşü savunan yazarlara göre yapay zekaya kişilik tanınması geri dönülemez toplumsal ve etik sorunlara yol açacaktır. Yapay zekanın insan kimliğini düzelttiğini iddia eden Lanier'e göre; insanlar, yapay zekayı bilinçli sanmaya başladığında insan ilişkileri zarar görebilir. Eğer yapay zekaya kişilik atfedilirse, insanlar kendi hatalarının sorumluluğunu yapay zekaya yükleyerek sorumluluktan kurtulmaya çalışacaktır. Ayrıca yapay zeka bilinçliymiş gibi gösterilirse, insanlar aldatılabilir ve manipüle edilebilir⁷². Diğer taraftan Lanier, teknoloji devlerinin yapay zekayı bir tür özerk varlık gibi sunarak insan emeğini ve katkısını görünmez kıldığını, yapay zekaya kişilik tanınmasının bu sistemlerin arkasındaki insan tasarımcıların ve şirketlerin sorumluluğunu azaltabileceğini, yapay zekaya kişilik statüsü verilmesinin üretici şirketlere bir tür hukuki dokunulmazlık sağlayabileceğini ve böylece asıl sorumlu olan insan aktörlerin arka planda kalabileceğini savunmaktadır⁷³. Benzer görüşleri savunan Metzinger, eğer yapay zeka bilinçli bir varlık olarak kabul edilirse, ona haklar verilmesinin gerekebileceğini, gerçekten bilinçli olmadığı hâlde haklara sahipmiş gibi gösterilmesinin etik bir yanılsama yaratacağını, duyguları olmayan bir varlığa haklar tanınmasının insan haklarını zayıflatabileceğini, bu nedenlerle yapay zekanın etik bir statüye sahip olamayacağını ve asla ahlaki bir özne olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁴.

Kanımızca bu görüşü savunanlar bir taraftan yapay zekaya hukuken tanınacak olan kişiliğin gerçek kişi (insan) statüsü olmadığı gerçeğini, diğer taraftan sorumlulukla ilgili tüm hususların yasalarla rahatça adil bir çözüme ulaştırılabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Nitekim hukuk düzeni çok daha zor ve karmaşık sorunlara dahi kendi sistematigi içerisinde çözümler bulabilmektedir. Yapay zekanın yol açacağı zararlardan üreticilerin, tasarımcıların, sahiplerin ve yapay zekanın bizzat kendisinin sorumlu olup olmayacağı konusu, farklı senaryolar etrafında hukuk düzeni tarafından kolayca çözüme kavuşturulabilecek nitelikte konulardır. Diğer taraftan bu görüşü savunanların ileri sürdüğü belirsizliğe yol açma endişesi de yersiz görünmektedir. Zira belirli niteliklere sahip yapay zekaya yasayla hak ve yetkileri belirlenmiş bir kişilik tanınması belirsizliğe değil, yapay zeka ile bireyler ve toplum arasındaki düzenin kurulmasına, kargaşanın ortadan kaldırılmasına fayda sağlayacaktır. Böylece insan ve yapay zeka kendi toplumsal statülerini bilecek ve bu statüye göre hareket edecektir.

⁷² LANIER, Jaron, **You Are Not a Gadget: A Manifesto**, Penguin Books, New York, USA, 2011, s. 27-32.

⁷³ LANIER, Jaron, **Who Owns the Future?**, Simon&Schuster, 2014, New York, USA, s. 45-50.

⁷⁴ METZINGER, Thomas, "Artificial Suffering: An Argument for a Global Moratorium on Synthetic Phenomenology", **Journal of Artificial Intelligence and Consciousness**, C. 08, S.1, 2021, s. 45-66.

3. Hukukun Öznesi Olarak Yapay Zeka Tasavvuru

Hukuk düzenimizde sadece kişilerin (gerçek veya tüzel) hak sahibi olabildiği, hukuken kişi olarak tanınmayan varlıklara hak sahibi olma yetkisi tanınmadığı, bu nedenle hukukun öznesinin sadece hukuken kişi olarak tanınan varlıklar olabileceği, yapay zekanın da hukukun öznesi olabilmek için kişi olarak kabul edilmesi gerektiği yukarıda özetlenmiştir.

Temelde bir yazılım olan yapay zeka, makinelere (bilgisayar, tablet, üretim hatları, otomobiller vb.) yüklü halde çalışmaktadır. Bu makinelerin bazıları (Bilgisayar, tablet, üretim bantları vb) kendiliğinden hareket kabiliyetine sahip değilken, diğer bazıları (otomobiller, robotlar vb) kısmen otonom hareket kabiliyetine sahip hale gelmiştir. Özellikle robotların otonom hareket edebilme kabiliyeti ise her geçen gün artmakta olup, bunların kısa bir sürede tam otonom hareket edebilme seviyesine geleceği beklenmektedir.

Robotlar her ne kadar günümüzde henüz kişilik tanınmasını zorunlu kılacak derecede sosyal hayatın bir parçası haline gelmiş olmasa da teknolojiye yaşanan ivme sayesinde uzak olmayan bir gelecekte güçlü yapay zeka ile donatılmış tam otonom hareket edebilme kabiliyetine sahip robotların sosyal hayatın birer fenomeni haline geleceği güçlü şekilde beklenmektedir. Bunların sosyal hayatın neresinde ve nasıl konumlandırılacağı, bunlarla ilgili nasıl yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği günümüzün en popüler çalışma konularından biri haline gelmiştir.

Gelecekte tam otonom hareket edebilme kabiliyetine ve güçlü yapay zekaya sahip robotlar, tıpkı insanlar gibi sosyal hayatın içerisine dahil olacak, alışveriş başta olmak üzere birçok hukuki işlem yapacak, hizmet verecek ya da hizmet satın alacak, haksız fiillerin faili ya da mağduru olacak, suçun faili ya da mağduru olabilecektir. Bunlar tarafından yapılan hukuki işlemlerden doğan hak ve borçların kime ait olacağının yanında, karıştıkları haksız fiil ya da suç teşkil eden eylemlerden dolayı kimin sorumlu olacağı da önemli sorunlar olarak karşımızda durmaktadır.

Yapay zeka ya da robotlarla ilgili yasal düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulduğunda, şüphesiz hukuk düzeni toplumsal dinamikleri göz önünde tutarak ideal hukuk düşüncesi kapsamında gerekli hukuki düzenlemeleri yapacaktır. Böylece yapay zekanın hukukun öznesi olup olmayacağı, eğer olarsa hangi şartlarda olacağı konuları netleşecektir.

III. YAPAY ZEKA TARAFINDAN YAPILAN HUKUKİ İŞLEMLERDE İRADENİN İSNADI

A. Yapay Zeka Tarafından Verilen Onayın İrade Açıklaması Sayılıp Sayılmaması

Günümüzde yapay zeka kullanan sistemler tarafından en basit işlemlerden en karmaşık işlemlere kadar birçok işlem yapılmaktadır. Bu işlemler yapılırken işlemin karşı tarafında çoğunlukla insanlar yer almaktadır. Ancak zaman zaman sadece makineler (cihazlar) tarafından karşılıklı iletişimle yürütülen işlemler de bulunmaktadır. Nesnelerin interneti (Internet of Things-IoT) olarak da adlandırılan sistemde, birbirine bağlı birden çok cihaz, sensörler, yazılımlar ve diğer teknolojiler vasıtasıyla internet üzerinden veri alışverişinde bulunmaktadır.

Gerek cihaza karşı insan ve gerekse cihaza karşı cihaz şeklinde yapılan işlemlerde, hukukten işlemin gerçekleşip gerçekleşmediği, cihazlar tarafından verilen onayın irade açıklaması sayılıp sayılmamasına bağlıdır. Özellikle klasik bilgisayar yazılımlarının ötesine geçerek⁷⁵ yapay zeka ile donatılmış cihazlar tarafından tasarlanan işlemlerde bu sorun daha da önem kazanmaktadır. Eğer cihazlar ya da yapay zeka tarafından verilen onay irade beyanı sayılmaz ise, otomatik şekilde gerçekleştirilen sayısız işlemin hukuki niteliği belirsiz hale gelecektir. Diğer ihtimalde IoT cihazlar ya da yapay zeka tarafından gerçekleştirilen işlemlerde, cihaz ya da yapay zeka tarafından verilen onay irade açıklaması sayılırsa, bu irade açıklamasının kime isnat edileceği, geçerli olup olmadığı, irade isnat edilen kişi açısından irade sakatlığı durumlarından birinin söz konusu olup olmayacağı gibi birçok yeni soru karşımıza çıkmaktadır.

Kanımızca, hukuki bir sonuca yol açacak şekilde önceden programlanan yazılımlar ve yapay zeka tarafından yapılan işlemler esnasında verilen onaylar irade beyanı sayılmalıdır. Zira bu yazılımlar üretilirken ve kullanılırken sağlanmak istenen amaç, bu yazılımlar vasıtasıyla bir veya birden çok hukuki sonuç doğuracak şekilde işlemlerin otomatik komutlarla yapılmasıdır⁷⁶. Bu nedenle bir programın amacına uygun şekilde bir işlemin gerçekleştirmesine verdiği onay irade açıklaması olarak kabul edilmelidir.

⁷⁵ Yapay zekanın klasik bilgisayar programlarından farkları için Bkz. GAYRETLİ/ AYDIN, s. 41-42.

⁷⁶ ÇEKİN, s. 69.

B. İradenin İsnadının Önemi

Hukuki işlem, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanı olduğuna göre, hukuki sonucu doğurmaya yönelmiş olan iradenin kime isnat edileceğinin, diğer bir ifadeyle hukuki işlemin tarafının belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuki işlemde en az bir irade beyanı, en çok karşılaşılan hukuki işlem olan sözleşmede ise en az iki adet karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı bulunmak zorundadır. Bu iki karşılıklı irade açıklaması, bizzat açıklamayı yapan kişiye ait olabileceği gibi başkasını temsilen de açıklanmış olabilir. İrade açıklaması bizzat açıklayan kişiye ait ise doğrudan kendisini bağlayacaktır. Ancak yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlayacak, hukuki ilişkinin tüm hüküm ve sonuçları temsil olunan nezdinde doğacaktır (TBK m.40/1)⁷⁷.

Yazılımlar veya yapay zeka tarafından açıklanmış olan iradenin kime ait olacağını da yukarıdaki kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Yapay zeka tarafından yapılan irade açıklaması, (yapay zekaya kişilik tanınmış olması halinde) bizzat yapay zekanın kendisine ait olabileceği gibi, yapay zeka tarafından başkası nam ve hesabına yapılması da söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan yetkisiz temsil (TBK M. 46-47) ya da vekaletsiz iş görme (TBK m. 526 vd) durumları da söz konusu olabilecektir. Tüm bu hallerde yapay zeka tarafından beyan edilmiş olan iradenin kime ait olduğunun (kime isnat edileceğinin) belirlenmesi önem arz etmektedir.

C. Yazılım Sahibine, Kullanıcısına veya Geliştiricisine İsnat

Yapay zeka tarafından beyan edilen iradenin kime isnat edileceği konusunda ileri sürülen ilk görüş, bunun yapay zekanın sahibine veya kullanıcısına isnat edilmesi gerektiğidir. Bu görüşe göre, yapay zeka ya da otomatik sistemler önceden programlanarak gerek diğer cihazlarla ve gerekse insanlarla iletişim kurmak suretiyle bir cihaz tarafından bir kısım işlemlere verilen onay, sistemin sahibine yahut kullanıcısına ait irade beyanı sayılmalıdır. Zira bilgisayar programları insanlar tarafından üretilmekte, girdilerin nasıl işleneceği, nasıl analiz edileceği, nasıl kullanılacağı ve çıktıların neler olacağı gibi tüm detaylar bilgisayar programlarında önceden belirli olduğundan, bu programlar tarafından verilen onayın programın kullanıcısına yahut sahibine isnat edilmesi gerekir⁷⁸.

⁷⁷ KILIÇOĞLU, s. 308-309; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 211; GÜNERGÖK/ KAYIHAN, s. 169-170; YILDIRIM, s. 144.

⁷⁸ ZHAO, s. 684; ÇEKİN, s. 69.

Diğer taraftan güçlü ve süper yapay zekada durum klasik bilgisayar programlarından ve dar yapay zekadan daha karmaşık bir yapıdadır. Klasik bilgisayar programlarının aksine, güçlü ve süper yapay zeka kendi yazılımını hazırlayanların bile öngöremediği şekilde verileri işleyebilme ve bu verilerden önceden öngörülemeyen sonuçlar çıkarabilme özelliğine sahiptir⁷⁹. Hatta bu özelliği nedeniyle özerk hareket yeteneğine ve bilince sahip güçlü yapay zekanın şirketlerin yönetim kurullarında insanların yerini alabileceği savunulmaktadır⁸⁰. Dolayısıyla yapay zekayı kullanan kişilerin yapay zeka tarafından verilen her onayı öngördükleri, her işleme onay verdikleri ve bu işlemlerin yapay zekayı kullanan kişinin gerçek iradesine dayandığı ya da en azından iradesine aykırı olmadığını söyleyebilmek teknik olarak her zaman mümkün değildir.

Yapay zeka ya da otonom sistemler tarafından gerçekleştirilen işlemlerin, yapay zekanın sahibi ya da kullanıcıya isnat edilmesi ile ilgili farklı teori ve görüşler ileri sürülmüştür: *Varsayım teorisine göre*; kullanıcının yapay zeka sistemlerini kullanıyor olması, bu sistemler tarafından gerçekleştirilecek olan her bir tekil işleme dair genel bir irade beyanı olarak kabul edilmelidir. Yapay zeka sisteminin kullanılması başlı başına her işlemde sonuç iradesinin varlığı anlamına gelmemekle birlikte, yapay zekanın kullanılması fiil iradesinin göstergesi kabul edilmelidir⁸¹. Bu görüş, ön kabullerin hukuki işlem teorisi çerçevesinde genel irade beyanına sebebiyet verdiği, fiil, beyan ve sonuç iradesinin varlığının sadece tüm işlemlerin içeriğinin önceden biliniyor olması halinde söz konusu olabileceği yönünden eleştirilmektedir⁸². *Güven teorisine göre*; kullanıcı tarafından oluşturulan görünüşe dayanarak yapay zeka sistemleriyle sözleşme yapan tarafın haklı beklentileri korunmalıdır. Tekil işlemlerde kullanıcının fiil, beyan ve sonuç iradesi mevcut olmasa dahi, kullanıcının yarattığı hukuki görünüşe güvenerek işlem yapan taraf açısından, yapay zekanın beyanı asıl kullanıcıya isnat edilmelidir⁸³. *Temsil teorisine göre*; yapay zeka sistemleri kullanıcı adına fakat kendi başına hareket ettiğinden, yapay zeka tarafından yapılan işlemlerde temsile ilişkin hükümler doğrudan ya da kıyasen uygulama alanı bulmalıdır⁸⁴. Temsile ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanabilmesi için temsilcinin

⁷⁹ ÇEKİN, s. 70.

⁸⁰ ZHAO, s. 674.

⁸¹ ÇEKİN, s. 78.

⁸² ÇEKİN, s. 78-80.

⁸³ ÇEKİN, s. 81; OĞUZMAN/ ÖZ, C. 1, s. 69-71; NOMER/ AKBULUT, s. 135-137; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 205; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 198.

⁸⁴ ÇEKİN, s. 82.

yani yapay zeka sistemlerinin kişiliğinin olması gerekmektedir. Oysa ki yapay zeka sistemlerine henüz hukuk düzeni tarafından bir kişilik tanınmış değildir. Ayrıca yapay zeka sistemlerinin henüz kendi iradesinin olmaması nedeniyle temsile ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması da mümkün görünmemektedir⁸⁵. *Köle görüşü*; yapay zekaya Roma hukukundaki kölelerin hukuki durumuna benzer bir statü verilebileceğini, böylece işlemler yapay zeka tarafından yapılmış olsa dahi, işleminden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanıcıya ait olması gerektiğini ileri sürmektedir. Kölelerinkine benzer bir şekilde yapay zekanın hak ehliyeti olmasa bile kısmi fiil ehliyeti tanınabileceği belirtilmektedir⁸⁶. *Açığa imza görüşü*; boş metni dolduran ancak bunun imza sahibinin iradesine aykırı olduğunun farkında olmayan kişinin hukuki durumuna benzer bir şekilde, yapay zeka tarafından yapılan sözleşmenin güven ilkesi çerçevesinde kurulmuş kabul edilmesi gerektiği ancak imza sahibinin hata sebebiyle sözleşmenin iptalini talep edebileceği düşüncesini savunmaktadır⁸⁷.

Kanımızca; yapay zeka yazılımlarını, gerekli parametrik ayarlamaları yaparak doğrudan yahut kendisine ait başka bir sistem üzerinde çalışmak üzere aktif eden kişi, bu yazılımların ve aktif ettiği yapay zekanın yapacağı işlemlere daha en baştan onay vermiş sayılmalıdır. Böylece yapılan hukuki işlemin hüküm ve sonuçları da yapay zekayı kullanan kişi nezdinde doğacaktır. Bu düşünce TMK m.2 ve 3'te düzenlenen dürüstlük ve iyiniyet kurallarına da uygun olacaktır⁸⁸.

D. Yapay Zekanın Kendisine İsnat

Yapay zeka tarafından açıklanan iradenin yapay zekanın kendisine isnat edilmesi gerektiğini ileri süren görüşe göre, özerk karar alabilme yetisine sahip olan sistemlerin bilinç sahibi olduğu varsayılmalıdır. Zira irade beyanı aslen hukuk düzeninin iletişim ihtiyaçlarını karşılama amacına hizmet eden işlevsel bir kavramdır ve esas olan beyanın nasıl meydana geldiği değil ticari hayatta nasıl algılandığıdır. Bu kapsamda bir varlık iletişim kabiliyetini sahipse beyanda da bulunabilmelidir⁸⁹. Bu görüşü savunan Linarelli, genel yapay zekanın (AGI) sözleşmenin tarafı olmasında ABD hukukuna göre hiçbir engel olmadı-

⁸⁵ ÇEKİN, s. 83.

⁸⁶ BRYSON, Joanna J., **Robots Should Be Slaves**, s. 68-70; BRYSON, Joanna J., **Patience Is Not a Virtue** s. 15-16; GAYRETLİ/ AYDIN, s. 79-82; ERSOY, s. 94-95; AKSOY, s. 107-108; ÇEKİN, s. 86.

⁸⁷ ÇEKİN, s. 87.

⁸⁸ Dürüstlük ve iyiniyet kuralları için bkz. NOMER/ AKBULUT, s. 156-168; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 279-283; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 387-391; DURAL/ SARI, **Medeni Hukuk**, s. 238.

⁸⁹ ZHAO, s. 694; ÇEKİN, s. 74.

ğını, tersine mevcut sistemin bunu desteklediğini, bu nedenle AGI’nın sözleşmenin öznesi olabileceğini⁹⁰ Ancak AGI’nın sözleşmenin öznesi olabilmesi için en azından insana yakın bir düzeyde bilinç ve anlayışa sahip olması gerektiğini belirtmektedir⁹¹.

Kanımızca irade beyanının yapay zekanın kendisine isnat edilebilmesi için yapay zekanın hukuken tanınan “kişi” niteliğini haiz olması şarttır. Hukuken kişi olarak tanınmayan, hukuk düzeninin kendisine hak ehliyeti ve fiil ehliyeti vermediği varlıklar teknik yeterlilikleri sayesinde irade beyanını kendileri oluşturuyor olsalar dahi, bunlar tarafından yapılan irade beyanının kendilerine isnat edilebilmesi mümkün olmamalıdır. Yapay zeka hukuken “kişi” niteliğini haiz olmadığı müddetçe, bunlar tarafından yapılan tüm iş ve işlemler bir gerçek ya da tüzel kişiye (sahibine, kullanıcısına, geliştiricisine) isnat edilmelidir.

E. Karma İsnat Modeli: Bütünleşik Kişilik Modeliyle İsnat

Yukarıda (Bkz. II, B) yapay zekanın çeşitli açılardan sınıflandırılmasına değinmiştik. Kanımızca bu sınıflandırmadaki tüm yapay zeka türlerine aynı değeri atfetmek ve tüm yapay zeka sistemleri için tek bir çözüm belirlemek bir hatalı olacaktır. Şöyle ki; yeteneğe göre yapılan sınıflandırmada dar yapay zeka (Narrow AI) daha çok otomasyon sistemlerine yakın bir görev ifa etmektedir. Bunlar belirli birkaç görev setini yerine getirmek için programlanmış, öz farkındalık ve bilinçten yoksun zeka sistemleridir. Bilişsel kapasite açısından yapılan sınıflandırmada tepkisel yapay zeka yahut sınırlı hafızalı yapay zeka da gerçekten belirli bir kapasite ve görev kapsamında çalışmaktadır. Günümüzde en çok bunlar kullanılmakta olduğundan, yapay zeka ile ilgili açıklamalar, yorumlar ve çıkarımlar yapılırken genellikle dar yapay zekanın özellikleri dikkate alınarak yapılmaktadır. Oysa ki, yetenek açısından genel ve süper yapay zeka, bilişsel kapasite açısından ise zihin sistemi ve öz farkındalık derecesine gelmiş yapay zekalar insan iradesini ve kapasitesini aşabilecek görevler ifa edebilecek düzeyde, aynı zamanda belirli bir bilinç düzeyi elde etmiş yapay zeka sistemleridir. Bu nedenle tüm yapay zeka sistemlerinin tek bir değerlendirmeye tabi tutulması bizi sürekli bir kısır tartışmanın içerisinde tutmaktadır. Kanımızca yapay zekanın çeşitli seviyelerine göre ayrı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir⁹².

⁹⁰ LINARELLI, John, “Artificial General Intelligence and Contract”, *Uniform Law Review*, C. 24, S. 2, 2019, s. 330-347.

⁹¹ LINARELLI, s. 341-342.

⁹² EKİCİ, Şerafettin, “New Proposed Personality Model For Artificial Intelligence: Integrated Personality” *Bilişim Hukuku Dergisi*, C.7, S.1, s.311-363.

Avrupa Parlamentosu raporunda⁹³ önerilen elektronik tüzel kişilik modelinin de “en gelişmiş otonom robotlar” açısından söz konusu olması gerektiği ileri sürülmüştür. Burada bahsedilen gelişmişlik yetenek, bilişsel düzey ve otonom hareket etme kabiliyeti açısından değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Kanımızca; tam otonom hareket kabiliyetini erişmiş, zihin sistemi teorisi (ToMS) veya öz farkındalık sistemleri (SAS) derecesinde bilinç düzeyine ulaşmış ve genel yapay zeka veya süper yapay zeka yeteneklerine sahip sistemlere (robotlara), asıl kişi olarak adlandırılan bir gerçek kişi ile bütünleşik, kısmi hak ve fiil ehliyetine sahip, “bütünleşik (entegre) kişilik” olarak adlandırdığımız kişilik modelinin tanınması gerekmektedir⁹⁴. Bu modelde, bütünleşik kişilik tanınan robot tarafından gerçekleştirilen tüm iş ve işlemlerden doğan hak ve borçlar asıl kişiye yani robotun bütünleştirildiği gerçek yahut tüzel kişiye (asıl kişi) ait olacaktır. Böylece öz farkındalık ve bilinç düzeyine sahip tam otonom robotlar sınırlı bir kişiliğe haiz olacaklardır. Bunların hak ehliyeti olmamakla birlikte, birleştirildikleri gerçek kişiler adına, onun verdiği yetki kapsamında sınırlı fiil ehliyeti olacaktır. Bilinci olduğu için irade beyanı kendisine ait olmakla birlikte, bu irade beyanından doğan hak ve borçlar ise birleştirildiği asıl kişiye ait olacaktır.

Kanımızca; kendisine elektronik ya da bütünleşik kişilik tanınmasını gerektirecek kadar gelişmiş düzeyine sahip olmayan sistemler ise otomasyon sistemleri olarak değerlendirilmeli ve bunların yaptığı tüm hukuki işlemler kullanıcı-sına isnat edilmelidir. Zira bu nitelikteki yapay zeka sistemleri birer eşyadan farklı sistemler değildir. Kendi öz farkındalıkları ve bilinçleri olmadığı için, programlandıkları iş ve işlemler dışında kalanları yapacak kapasiteleri yoktur.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bilişim ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte hukuki işlemler de şekil değiştirmeye başlamış, aynı zamanda birçok yeni kavram ortaya çıkmıştır. Bu yeni kavramlar bir taraftan geleneksel hukuki kavramlarla açıklanmaya çalışılırken, diğer taraftan geleneksel kavramlarla esaslı şekilde ayrılan unsurları nedeniyle yeni tanımlar ortaya koyma ihtiyacı çıkmıştır.

Kısaca “ tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla oluşan hukuki işlem” şeklinde tanımlanan sözleşmelerdeki “ taraflar” ve bunların vekilleri ya da temsilcileri eskiden sadece gerçek kişilerden oluşmakta iken, günümüzde otomasyon sistemleri ve yapay zeka gibi kavramların da taraf teşkil edip ede-

⁹³ Avrupa Parlamentosu, “EP REPORT, A8-0005/2017”, s. 17-20.

⁹⁴ EKİCİ, *Integrated Personality*, s.338.

meyeceği, vekil ya da temsilci olup olamayacağı konuları tartışılmaktadır. Diğer taraftan bu yeni kavramlar tarafından işlemlere verilen onayların irade beyanı teşkil edip etmeyeceği, eğer irade beyanı kabul edilecekse bunun kime isnat edileceği konuları da tartışma konusudur. Bu yeni kavramlar geleneksel hukuk teorisinde hak ehliyeti ve fiil ehliyetini gerektirdiğinden, bu tartışma beraberinde yapay zeka sistemlerine kişilik tanınması ile ilgili tartışmaları da getirmektedir. Özellikle gelecekte ortaya çıkabilecek gelişmiş yapay zekaya ve tam otonom hareket kabiliyetine sahip robotların sosyal statüsü ciddi şekilde tartışılmaktadır.

Hukuki işlemler, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanları olduğundan, bu sonucu doğurmaya yönelmiş, geçerlilik şartlarını taşıyan irade beyanlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle otomasyon sistemleri yahut yapay zeka tarafından yapılan işlemlerin hukuki işlem olarak kabul edilebilmesi için bu sistemler aracılığıyla yapılan onay işlemlerinin irade beyanı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Tüm doktriner tartışmaların ötesinde, günümüzde yaygınlaşmış olan ve hızla daha da yaygınlaşmakta olan otomasyon sistemleri ve yapay zeka tarafından yapılan işlemlerdeki onayların irade beyanı olarak kabul edilmemesi halinde, her gün yapılan sayısız işlem anlamsız ve hukuki temelden yoksun bir hale gelecektir. Böylece hukukun temel amaçlarından biri olan toplum düzeninin sağlanması hedefi⁹⁵ yerine, bir hukuksal kargaşa ortaya çıkacaktır.

Kanımızca, kendisine müstakil ya da bütünleşik bir kişilik tanınmamış olan yapay zeka sistemleri tarafından yapılan işlemlerde verilen onaylar, bu sistemler üzerinde hakimiyeti elinde bulunduran kişinin irade beyanı sayılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken noktalardan bir tanesi, yapay zeka sisteminin sahibi ile onun kullanıcısının farklı kişiler olabileceğidir. Örneğin, bir ticari işletmede kullanılan yapay zekanın sahibi ticari işletmenin de sahibi olan tüzel kişi olmasına rağmen, yapay zeka sisteminin kullanıcısı işletmedeki herhangi bir çalışan olabilecektir. Bu durumda yapay zeka tarafından yapılan işlemlerde ortaya konulan irade beyanı, işletmenin sahibi olan şirkete isnat edilmelidir. Gelecekte kendisine müstakil ya da bütünleşik kişilik tanınan yapay zeka sistemlerinin hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin nasıl şekilleneceği, ilgili yasal düzenleme ile belirlenecektir. Bu konudaki önerimiz, tam otonom hareket kabiliyetine, öz farkındalığa, genel ya da süper zeka seviyesindeki yapay zekaya (robot) müstakil bir kişilik tanınması yerine, insan unsurundan bağımsız hale getirilmeden, bir gerçek kişi

⁹⁵ YILMAZ, **Hukuk Başlangıcı**, s. 37; KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE, s. 72.

ile bütünleşik, sınırlı fiil (ve hukuki işlem) ehliyetine sahip, yaptığı işlemlerden doğan hak ve borçların asıl kişiye ait olacağı bütünleşik bir kişilik tanınması yönündedir.

Diğer taraftan otonom sistemler ve yapay zeka tarafından yapılmakta olan işlemlerin sayısı her geçen gün artmakta olmasına rağmen, hukukumuzda bu işlemlerin hukuki durumuna dair net bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca yukarıda belirttiğimiz görüşlerimiz çerçevesinde, TBK'nın 1'inci maddesine üçüncü bir fıkra eklenerek; *“Yapay zeka veya otomasyon sistemleri tarafından oluşturulan irade açıklamaları, bu sistemler üzerinde hakimiyeti bulunan kişiler tarafından yapılmış sayılır”* şeklinde düzenleme yapılması, ayrıca TBK'nın 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının başına *“Yapay zeka veya otomasyon sistemleri tarafından ya da”* ifadesinin eklenmesi yerinde olacaktır. Böylece yapay zeka ve otomasyon sistemleri tarafından yapılan hukuki işlemler için yapılan irade açıklamaları, bu sistemler üzerinde hakimiyeti bulunan kişilere ait sayılarak belirsizlik ortadan kaldırılacak ve bu tarz işlemler yüz yüze hukuki işlemlerden sayılacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ABBOTT, Ryan, “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law”, **SSRN Electronic Journal**, 2016, s. 1100-1105. (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2727884, E.T. 10.05.2025.
- AKSOY, Ecem, **Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Avrupa Parlamentosu, “**Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (Robotikle İlgili Medeni Hukuk Kuralları Hakkında Komisyon’a Sunulan Rapor ve Öneriler)**”, 27.01.2017, (Çevrimiçi) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html, E.T. 06.05.2025.
- BACAKSIZ, Pınar/ SÜMER, Seda Yağmur, **Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BOSTROM, Nick, **Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies**, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 15-45.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, **Yapay Zekâ Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler Hukukî Bakış**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, **Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020.
- BRUNDAGE, Miles, “Taking Superintelligence Seriously”, **Futures**, C. 72, 2015, s. 32-35.
- BRYSON, Joanna J., “Robots Should Be Slaves,” in **Close Engagements with Artificial Companions: Key Social, Psychological, Ethical and Design Issues**, Ed. Yorick WILKS, Natural Language Processing, John Benjamins Publishing, 2010.
- BRYSON, Joanna J., “Patiency Is Not a Virtue: The Design of Intelligent Systems and Systems of Ethics,” **Ethics and Information Technology**, C. 20, S. 1, 2018, s. 15-26.
- CALO, Ryan, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, **California Law Review**, C.103, 2015, s. 513-563, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=faculty-articles>, E.T. 10.05.2025.

- COECKELBERGH, Mark, “Robot Rights? Towards a Social-Relational Justification of Moral Consideration”, **Ethics and Information Technology**, C. 12, S. 3, 2010, s. 209-221.
- ÇEKİN, Mesut Serdar, **Yapay Zeka Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorilerine Etkisi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DEMİREL, Elif, “Risk ve Uyumda Ekosisteme Açılan Yeni Kapı: AB Yapay Zeka Yasası”, **Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar-V**, Ed. Süleyman YILMAZ, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 203-228.
- DENİZ, Defne, **Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu’ndaki Temsil İlişkinine Yansımaları**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- DOMINGOS, Pedro, **The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World**, Basic Books, New York, USA, 2018.
- DREYFUS, Hubert L. **What Computers Can’t Do: A Critique Of Artificial Reason**, Harper & Row, New York, USA, 1972.
- DREYFUS, Hubert L./ DREYFUS, Stuart E./ ZADEH, Lotfi A. “Mind over Machine: The Power of Human Intuition and Expertise in the Era of the Computer”, **IEEE Expert**, C. 2, S. 2, 1987, (Çevrimiçi) <https://ieeexplore.ieee.org/document/4307079/>, E.T. 10.05.2025.
- DREYFUS, Hubert L., **What Computers Still Can’t Do: A Critique Of Artificial Reason**, MIT Press, Cambridge, USA, 1992.
- DREYFUS, Hubert L. “Why Heideggerian AI Failed and How Fixing It Would Require Making It More Heideggerian”, **Philosophical Psychology**, C. 20, S. 2, 2007, s. 247-268.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- EKİCİ, Şerafettin, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- EKİCİ, Şerafettin, “New Proposed Personality Model For Artificial Intelligence: Integrated Personality” **Bilişim Hukuku Dergisi**, C.7, S.1, 2025, s.311-363.
- ELMAS, Çetin, **Yapay Zekâ Uygulamaları**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ERGÜL, Ergin, **Yapay Zeka ve Hukuk**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025.
- ERGÜL, Ergin, **Avrupa Yapay Zeka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025.
- ERSOY, Çağlar, **Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- FLORIDI, Luciano, **The Ethics of Information**, Oxford University Press, Oxford, England, 2014.
- GAYRETLİ AYDIN, Seda, **Yapay Zekanın Ürün Sorumluluğu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- GOERTZEL, Ben/ PENNACHIN, Cassio, **Artificial General Intelligence**, Springer, Berlin, 2011.

- GOODFELLOW, Ian/ BENGIO, Yoshua/ COURVILLE, Aaron, **Deep Learning**, The MIT Press, Cambridge, London, England, 2016.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 21. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2024.
- GUNKEL, David J., **Robot Rights**, The MIT Press, 2018, s. 45-60.
- GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi, **Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- GÜLEL, Hazal, **Hukuki Açıdan Yapay Zeka**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GÜNERGÖK, Özcan/ KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2020.
- HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, 10. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- İYİĞÜN, N. Öykü, “Yapay Zekâ ve Gelecek: İnsan ve Teknoloji Arasındaki İlişki”, **Yapay Zeka Güncel Yaklaşımlar ve Uygulamalar**, Ed. N. Öykü İYİĞÜN/ YILMAZ, Mustafa K., Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- KARADENİZ, Salih, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu’nun Risk Grupları ve İlgilerinin Yükümlülükleri Bağlamında İncelenmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 1, 2025.
- KARATEPE KAYA, Meltem, “Yapay Zeka ve Şirketler Arasındaki İlişkinin Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. Şerafettin EKİCİ/ Ekrem SOLAK/ Muhammed Emre AVŞAR, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 127-145.
- KAYA, Mustafa/ YOZGAT, Uğur, “Yapay Zekanın Akademik ve Ticari Alanda Gelişimi: Türkiye İçin Bir Literatür Taraması”, **Yapay Zeka Güncel Yaklaşımlar ve Uygulamalar**, Ed. N. Öykü İYİĞÜN/ Mustafa K. YILMAZ, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 243-270.
- KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAYNAK BALTA, Büşra, **Fikir ve Sanat Serleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KOSINSKI, Michal, “Evaluating Large Language Models in Theory of Mind Tasks”, **PNAS**, C.121, S.45, 2023, (Çevrimiçi) <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2405460121>, E.T. 09.05.2025.
- LANIER, Jaron, **You Are Not a Gadget: A Manifesto**, Penguin Books, New York, USA, 2011.

- LANIER, Jaron, **Who Owns the Future?**, Simon&Schuster, New York, USA, 2014.
- LEGG, Shane/ HUTTER, Marcus, “A Collection of Definitions of Intelligence”, **Minds and Machines**, C.17, S.4, 2007, s. 391-444.
- LINARELLI, John, “Artificial General Intelligence and Contract”, **Uniform Law Review**, C. 24, S. 2, 2019, s. 330-347.
- MCCARTHY, John/ MINSKY, Marvin/ NATHANIEL, Rochester/ SHANNON, Claude, **Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**, 31.08.1955, (Çevrimiçi) <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>, E.T. 05.05.2025.
- METZINGER, Thomas, “Artificial Suffering: An Argument for a Global Moratorium on Synthetic Phenomenology”, **Journal of Artificial Intelligence and Consciousness**, C. 08, S.1, 2021, s. 45-66.
- NOMER, Haluk Nami/AKBULUT, Pakize Ezgi, **Medeni Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 30. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. 1, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- OKUR, Sinan, **Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Yapay Zeka Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Bakış**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÖZDEMİR, Nadire, “Hukuk Eğitimi ve Yapay Zeka Teknolojileri”, **Bilişim ve Hukuk**, Ed. Güneş Okuyucu ERGÜN, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 387-404.
- PAGALLO, Ugo, **The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts**, Dordrecht Heidelberg, Springer, New York London, 2013.
- PENROSE, Roger, **Shadows of the Mind: A Search for the Missing Science of Consciousness**, Oxford Univ. Press, Oxford, England, 1996.
- RUSSELL, Stuart J./ NORVIG, Peter, **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 4. Baskı, Hoboken, Pearson Yayınları, New Jersey, USA, 2021.
- SEARLE, John R./ DENNETT, D. C./CHALMERS, David John, **The Mystery of Consciousness**, New York Review of Books, New York, USA, 1997.
- SOLUM, Lawrence B., “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, **North Carolina Law Review**, C. 70, S. 4, 1992, s. 1245-1250.
- SOYLU, Esra, **Kişilik Haklarının Korunması Çerçevesinde Sanal Evrenler**, Oniki-levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Sozluk.gov.tr (ET. 05.03.2022).

- SUTTON, Richard S./ BARTO, Andrew, **Reinforcement Learning: An Introduction**, 2. Baskı, Cambridge, The MIT Press, London, England, 2020.
- TAŞKIN, Şaban Cankat, “Yapay Zekanın Ceza Muhakemesinde Hüküm Makamında Bulunmasına İlişkin Düşünceler”, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022**, Ed. Şerafettin EKİCİ/ Ekrem SOLAK/ Muhammed Emre AVŞAR, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 147-165.
- TAŞKIN, Zeynep Damla, **Sözleşmenin Kurulması**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TEGMARK, Max, **Life 3.0: Being Human in The Age of Artificial Intelligence**, Alfred A. Knopf, New York, USA, 2017, s. 45-75.
- TURING, Alan Mathison, “Computing Machinery and Intelligence”, **Mind**, C. 59, No: 236, 1950, s. 433-460.
- USTAHALİLOĞLU, Mustafa Kenan, **İnsan Dışı Varlıkların Hukuki Kişiliği**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- WANG, Pei, “On Defining Artificial Intelligence”, **Journal of Artificial General Intelligence**, C. 10, S. 2, 2019, s. 10-15.
- WOOLDRIDGE, Michael J., **An Introduction to Multiagent Systems**, 2. Baskı, Wiley, Chichester, England, 2012.
- YAMPOLSKIY, Roman V., **Artificial Intelligence Safety and Security**, CRC Press/Taylor & Francis Group, Boca Raton, USA, 2019.
- YILDIRIM, Abdulkerim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2024.
- YILMAZ, Atıncı, **Yapay Zekâ**, 8. Baskı, Kodlab Yayın Dağıtım, İstanbul, 2020.
- YILMAZ, Gizem, “Yapay Zeka ve Robotların Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Kusursuz Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde İncelenmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. Şerafettin EKİCİ/ Ekrem SOLAK/ Muhammed Emre AVŞAR, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 419-445.
- YILMAZ, Süleyman, **Hukuk Başlangıcı**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- YÜCEL, Gökçen, **Yapay Zeka Teknolojilerinin Kolluk Faaliyetlerinde Kullanımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- YÜKSEKBAŞ, Raci Çetin, **Otonom Araçların Haksız Fiil Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ZHAO, Jingchen, “Artificial Intelligence and Corporate Decisions: Fantasy, Reality or Destiny”, **Catholic University Law Review**, C.71, S.4, 2022, s.661-698.

Hukuki Boyutuyla Tıbbi Cihaz Vasfı Taşımayan Giyilebilir Dijital Sağlık Ürünleri^(*)

Wearable Digital Health Monitoring Devices That do not Qualify as Medical Devices in the Legal Framework

Tuğçem SEÇER^(**)

Öz:

Son yıllarda tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri, fiziksel ve psikolojik sağlığın eşzamanlı olarak izlenmesi konusunda hevesli ve bilinçli hale gelmesiyle yaygınlaşmıştır. Bu ürünler, teknoloji ile bütünleştirilmiş giysi ya da aksesuardır. Akıllı saatler, akıllı gözlükler, elektronik tekstiller, dijitalleştirilmiş yüzük, kolye ve küpe gibi aksesuarlar, insülin monitörleri, inme sonrası rehabilitasyon için robotik eldivenler bu kapsamda sayılabilir.

Giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin bir kısmı tıbbi cihaz vasfı taşıırken bir kısmı yalnızca teknolojik ürün olarak değerlendirilir. Tüketicinin günlük kullanımına sunulan giyilebilir dijital sağlık ürünleriyle tıbbi cihazların kullanımı arasındaki çizgi, giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin sunduğu imkânların genişlemesiyle giderek muğlaklaşır. Dijital sağlık ürünlerinin tıbbi cihaz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu önemlidir. Çünkü, sağlık verisi toplama ve işleme görevi yapan bu cihazların belirli kurallara tâbi olması gerekir.

Bu ürünler, en kısa tanımla kişisel sağlık verilerinin etkin bir biçimde kontrol edilmesini ve yönetilmesini sağlar. Bu nedenle tıbbi cihaz vasfı taşımayan dijital sağlık ürünlerinin kullanımı, gizlilik endişesini beraberinde getirir. Yine, bu ürünlerin tâbi olduğu hukuki standartların bulunmaması, sağladığı verilerin doğruluğu üzerinde herhangi bir hukuki denetimin olmadığı sonucunu doğurur. Bu ürünler aracılığıyla olası rıza eksikliği ile elde edilen verilerin saklanması aşamasındaki gizlilik endişesi, depolanan bu verilerin doğruluğu ve güvenilirliği endişesiyle birlikte dikkate alındığında kişilik hakkının ihlalinin derecesi de artar. Bu noktada, yasa koyucunun bir karar vermesi gerekir. Yasa koyucu tarafından giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin mevcut düzenlemelere tâbi olacağını kabul edilir. Ancak aksinin kabulü halinde bu ürünlerin kullanımını, üretimini, yönetimini ve özellikle veri denetimini düzenleyen yasaların çıkarılması gerekir.

Anahtar Kelimeler:

Giyilebilir Sağlık Ürünü, Kişisel Veri, Gizlilik, Tıbbi Cihaz, Geçerli Rıza.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.01.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 25.06.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1618585

Bu makaleye atıf için: SEÇER, Tuğçem, “Hukuki Boyutuyla Tıbbi Cihaz Vasfı Taşımayan Giyilebilir Dijital Sağlık Ürünleri”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1321-1372

^(**) *Dr. Öğr. Üyesi*, Başkent Üniversitesi, Ankara - Türkiye
E-posta: tugcemsahin@baskent.edu.tr
Orcid: 0000-0001-7121-1217

Abstract:

In recent years, wearable digital health products have become widespread as people have become enthusiastic and conscious about the simultaneous monitoring of physical and psychological health. A wearable digital health product is a garment or accessory integrated with technology. Smart watches, smart glasses, electronic textiles, accessories such as digitized rings, necklaces, earrings, insulin monitors, and robotic gloves for rehabilitation after stroke can be counted in this context. While some wearable digital health products have medical device characteristics, some are only considered technological products. The line between wearable digital health products offered for the daily use of the consumer and the use of medical devices becomes increasingly blurred with the expansion of the possibilities offered by wearable digital health products. The issue of whether digital health products can be considered as medical devices is essential. These devices, which collect and process health data, must be subject to specific rules.

In the shortest definition, these products enable effective control and management of personal health data. Therefore, the use of digital health products raises privacy concerns. When the privacy concern during the storage of data obtained through these products with possible lack of consent is considered together with the concern for the accuracy and reliability of this stored data, the degree of violation of personality rights increases, at this point, the legislator must decide. The legislator recognizes that wearable digital health products will be subject to existing regulations. However, if the contrary is accepted, laws regulating these products' use, production, management, and data control should be enacted.

Keywords:

Wearable Health Products, Personal Data, Privacy, Medical Devices, Valid Consent.

GİRİŞ

İnsanların günlük hayatın yoğunluğu içerisinde akıllı ürünlerin yardımını almaya alışmasının, onları kanıksamasının uzun zaman almadığı ifade edilebilir. Bundan belki on yıl önce akıllı telefonların insan yaşamına dahil olmasıyla yaşanan büyük şaşkınlığın yerini akıllı ürünlere duyulan sonsuz bağlılığın aldığı; hatta artık akıllı telefon sahibi olmayan kişilerin yadırgandığı bir noktaya gelindiği söylenebilir. Sabahları akıllı telefonumuzun alarmıyla uyanır, dün gece nasıl uyuduğumuzu uyku uygulamasından kontrol eder, ardından kalori/diyet uygulamamıza bugün ne yiyeceğimizi sorar, dün attığımız adım sayısını da kontrol ettikten sonra yatağımızdan çıkarız. Gün içerisinde akıllı telefonumuz bize ilaçlarımızı almamızı, regli döngümüzün başladığını, su içmeyi unuttuğumuzu ya da bugün çok hareketsiz kaldığımızı ve kısa bir egzersiz yapmamız gerektiğini hatırlatır. Teknoloji çağında sağlıklı yaşam mottosu olarak bize sunulan bu konfor, tabi ki bazı hukuki soruları beraberinde getirir.

Son yıllarda tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri, fiziksel ve psikolojik sağlığın eşzamanlı olarak izlenmesi konusunda hevesli ve bilinçli hale gelmesiyle yaygınlaşmıştır¹. Ayrıca bu ürünlerin bilinirliğinin artmasında tele-sağlık (uzaktan sağlık) hizmetlerinin kullanımının yaygınlaşmasının etkisinin de bulunduğu ifade edilebilir². Çünkü bu uygulamalar kişilerin dijital sağlıkla tanışmasına imkân sağlar. Ancak özellikle akıllı saatlerin ve bantların günlük hayata dahil olmasıyla tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin popüleritesinin arttığı ifade edilebilir³.

¹ SIFAUI, Asma/ EASTIN, Matthew S., “Whispers from the Wrist”: Wearable Health Monitoring Devices and Privacy Regulations in the U.S.: The Loopholes, the Challenges, and the Opportunities”, **Cryptography**, Y. 2024, C. 8, S. 2, s. 26; BOUDERHEM, Rabai, “Privacy and Regulatory Issues in Wearable Health Technology”, **Engineering Proceedings**, Y. 2023, C. 58, S. 1, s. 87; TROIANO, Alexandra, “Wearables and Personal Health Data: Putting a Premium on Your Privacy”, **Brooklyn Law Review**, Y. 2017, C. 82, S. 4, s. 1715; NURGALIEVA, Leysan/ O’CALLAGHAN, David/ DOHERTY, Gavin, “Security and Privacy of mHealth Applications: A Scoping Review”, **IEEE Access Journal**, Y. 2020, C. 8, s. 104247; PRATT, Lauren Caverly, “An Update is Required to Continue Using This Regulation: Why the HIPAA Privacy Rule Should be Modified to Protect a Broader Range of Health Data”, **Belmont Health Law Journal**, Y. 2023, C. 5, s. 102.

² Tele-sağlık yüz yüze olmadan kişinin bir sağlık sunucudan sağlık hizmeti alması anlamına gelir. DECLUE, Polina, “Health Monitoring From Home: Legal Considerations of Wearable Technology in Telemedicine”, **SMU Science and Technology Law Review**, Y. 2024, C. 26, S. 1, s. 112; Tele-tıp en kısa ifadesiyle uzaktan tıp anlamına gelir. Hastalara uzaktan telekomünikasyon ve bilgisayar vasıtasıyla teşhis ve tedavi uygulanması olarak açıklanabilir. HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Cilt II Özel Hükümler, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1020-1027; Tele-sağlık uygulamaları hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <https://telehealth.hhs.gov/patients/why-use-telehealth/> (çevrimiçi) E.T: 25 Kasım 2024.

³ DEITCH, Jonathan, “Protecting Unprotected Data in MHealth”, **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Y. 2020, C. 18, S. 1, s. 108; PIWEK, Lukasz/ ELLIS, David A./ ANDREWS, Sally Andrews/ JOINSON, Adam, “The Rise of Consumer Health Wearables: Promises and Barriers”,

Özellikle son yıllarda polimerler, kolloidler, yüzey aktif maddeler, sıvı kristaller ve bunların kompozitleri gibi yumuşak malzemelerde yaşanan yenilikler ve gelişmeler, yapı mühendisliğinin geldiği nokta; cilt sıcaklığı, nabız oksimetresi gibi fizyolojik sinyallerin yanı sıra ter, tükürük ve gözyaşı gibi vücut sıvılarındaki biyokimyasal analitlerin izlenmesi için epidermal algılama sistemlerinin geliştirilmesini sağlamıştır⁴. Bu mikro sistemlerin günlük hayatta kullanılabilir hale getirilmesi, kişisel sağlık takibinde önemli rol oynamıştır.

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin çıkış noktası daha çok spor ve esenlik amaçlı bazı verilerin toplanmasıyken günümüzde bu ürünler vasıtasıyla hastalıkların takibi, teşhisi ya da tedavisi gibi amaçlar güdülebilir⁵. Bu ürünler, kalp krizini önceden haber vermek, astım krizini takip etmek⁶, felç takibi yapmak, korona belirtilerini önceden tespit etmek⁷, kan şekeri

PLoS Med, Y. 2016, C. 13, S. 2, s. 1-2; NELSON, Elizabeth C. ve diğerleri, "Is Wearable Technology Becoming Part of Us? Developing and Validating a Measurement Scale for Wearable Technology Embodiment", **JMIR Mhealth Uhealth**, Y. 2019, C. 7, S. 8, s. 2; Türkiye'de *Gittigidiyor* tarafından yedi yüz kullanıcının katılımıyla gerçekleştirilen bir anketin sonuçlarına göre kullanıcıların %48'si bir giyilebilir teknoloji ürünü almayı ister. Yine, ankete göre kullanıcıların giyilebilir teknoloji ürünü tercih etmesinin en önemli sebebi, sağlık amaçlı olmasıdır. <https://fintechtime.com/2016/07/giyilebilir-teknolojileri-saglik-icin-kullaniyoruz/>, (çevrimiçi) E.T: 20 Kasım 2024; Örneğin bazı giyilebilir dijital sağlık ürünü üreticileri, ürünlerin tüketici tarafından tercih edilmesini sağlamak amacıyla sigorta şirketleri ile iş birliği anlaşmaları yapmıştır. Böylece sağlıklı yaşam uygulaması üzerinden puan toplayan, aslında sağlık verilerini daha yoğun paylaşan, kullanıcı sağlık sigortası indirimi kazanabilme olasılığıyla teşvik edilmiştir. "*Sigorta şirketleri, Fitbit'inizi takip etmesine izin verirsiniz size indirim sunuyor.*" <https://www.computerworld.com/article/1362502/insurance-company-now-offers-discounts-if-you-let-it-track-your-fitbit.html>, (çevrimiçi) E.T: 25 Kasım 2024.

⁴ TU, Jiaobing/ GAO, Wei, "Ethical Considerations of Wearable Technologies in Human Research", **Adv Healthc Mater**, Y. 2021, C. 10, S. 17, s. 2.

⁵ SIFAOU/ EASTIN, s. 26.

⁶ Örneğin *Health Care Originals* şirketi tarafından üretilen "*ADAMM*" isimli giyilebilir sağlık ürünü astım yönetimini sağlar. Alet; öksürüğü, solunumu, hırıltının varlığını, kalp atış hızını, cilt sıcaklığını ve aktivite seviyesini takip eder. Semptomlar bireysel normlardan saptığında, giyilebilir cihaz titreşerek sapmayı bildirir. İnhaler (soluk aldırma cihazı) kullanımını takip eder. Ayrıca anormal durumu bir akıllı telefon aracılığıyla ebeveyn, aile ya da bakıcı gibi izin verilen kişilere gönderir. Tüm bu özelliklere karşın satıcının internet sitesinde ürüne ilişkin herhangi bir medikal cihaz onayı bulunduğu ibaresi bulunmaz. <https://healthcareoriginals.com/personal/>, (çevrimiçi) E.T: 2 Aralık 2024.

⁷ Covid-19 hastalığı taşıyan bireyler üzerinde yapılan bir araştırmada akıllı saatlerle uyumlu geliştirilen algoritmalar sayesinde kullanıcıya ait bazı sağlık verileri (RHR ya da kalp atış hızı vb.) kullanılarak semptomların dokuz ya da daha fazla gün öncesinde gözlemlenebileceği ortaya konmuştur. MISHRA Tejaswini ve diğerleri, "Pre-Symptomatic Detection Of COVID-19 from Smartwatch Data", **Nature Biomedical Engineering Journal**, Y. 2020, C. 4, S. 1, s. 1215; Örneğin yapılan bir araştırmada katılımcılardan birisinin "... *kandaki oksijen saturasyonunu, oksijen miktarını da ölçüyor. Ortalama %95 ile %100 arasında olması gerekiyor sağlıklı bireylerde. Covid olduğum süreç içerisinde oksijen miktarını günlük ölçüyordum. Düşüğünü gösterdi. Hastalık iyileştikten sonra da işte belli aralıklarla yavaş yavaş artmaya başladı oksijen miktarı. O süreçte işte kandaki oksijen miktarını da buradan takip etmiş oldum.*" ifadelerine yer verilmiştir. İSPİRLİ TURAN, Ayşe/ DOĞANALP ÇOBAN, Selma "Dijital Yaşam Teknolojileri Bağlamında Akıllı Saat Kullanıcılarının Deneyimleri Üzerine Nitel Bir Çalışma", **Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2023, C. 13, S. 1, s. 541.

ölçmek⁸, hatta otizmin erken teşhisi gibi oldukça iddialı özellikler ile kullanıcı-lara sunulur⁹. Özellikle yaygın kullanılan Apple¹⁰ ve Fitbit¹¹ gibi teknoloji firma-larının tüketicilerin günlük kullanımına sunulan akıllı saatlerine elektrokardi-yografi (EKG) çekimi için Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) onayı almasıyla beraber bu ürünlerin kullanım vasfı değişime uğramaya başlamıştır¹². Tıp bilimi bakımından bu verilerin takibinin bu denli kolaylaşması sağlık uygulayı-cılarının hastalarının sağlık verilerini etkin bir biçimde kontrol etmesini ve yö-netmesini; aynı zamanda kişilerin kendi sağlık verilerine eşzamanlı, maliyetsiz ve kolayca erişmesini sağlamıştır. Ancak söz konusu ürünlerin denetimsiz kul-lanımı, gizlilik ve güvenlik endişesini beraberinde getirmiştir.

Zira bu ürünlerin kullanımı, mahrem verilerin toplanmasıyla bu bilgilere erişim ve bunların nasıl kullanılacağı konusunda endişelere yol açar. Tüketic-i-nin günlük kullanımına sunulan giyilebilir dijital sağlık ürünleriyle tıbbi cihaz-ların kullanımı arasındaki çizgi, giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin sağlıklı ya-şam mottosunun genişlemesiyle giderek muğlaklaşır. Böylece tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin veri elde etme kapasitesi artar¹³. Ayrıca elde edilen verinin, tıbbi cihaz vasfı taşımayan bir ürün tarafından top-lanması nedeniyle tıp bilimi açısından güvenilirliği de kesin değildir. Elde edi-len bu verilerin ticari amaçlı üçüncü kişilere ulaşılabilir kılınması halinde ciddi kişisel veri gizliliği ve güvenliği ihlalleri söz konusu olabilir¹⁴.

⁸ Örneğin mySugr isimli uygulama şeker ölçüm cihazına bağlanarak kişiye ait diyabet yönetimi yapıyor. <https://www.mysugr.com/en>, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

⁹ 7 Mart 2024 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde 2024/964 sayılı Bazı Malların sınıflandırılmasına İlişkin AB Komisyon Uygulama Yönetmeliği yayımlanmıştır. Bu kapsamda akıllı saatlerin sınıflandırıl-ması usulü düzenlenmiştir. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202400964, (çev-rimiçi) E.T: 10 Mayıs 2025.

¹⁰ “Aritmi bildirim özelliği, daha önce atriyal fibrilasyon öyküsü olmayan 22 yaş ve üzeri kullanıcılar için FDA’dan 510(k) onayı aldı.” <https://www.apple.com/healthcare/apple-watch/>, (çevrimiçi) E.T: 25 Kasım 2024; 510(k) onayı için bkz. <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfPMN/pmn.cfm>, (çev-rimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹¹ “Kullanıcı, 30 saniyelik tek kanallı bir elektrokardiyogram (EKG) alabilir. Ayrıca FDA onaylı bir yazılım algoritmasına (Duyarlılık %98,7 ve Özgüllük %100) dayanarak sinüs ritmi, atriyal fibrilasyon (AFib) ve ya kesin olmayan kalp ritmi değerlendirmesini alabilir.” <https://enterprise.fitbit.com/providers/>, (çevrimi-çi) E.T: 25 Kasım 2024.

¹² TU / GAO, s. 1; GREIWE, Justin/ NYENHUIS, Sharmilee M., “Wearable Technology and How This Can Be Implemented into Clinical Practice”, **Current Allergy and Asthma Reports**, Y. 2020, C. 20, S. 8, s. 37.

¹³ SIFAOU/ EASTIN, s. 26.; BOUDERHEM, s. 87.

¹⁴ “Dijital ekonomide veriler tıpkı mallar gibi üretiliyor, kullanılıyor, devrediliyor ve ticareti yapılmakta-dır.”, “Dijital veriler günlük ekonomik yaşamda ticari bir maldır ve bu mal ekonomik değere sahiptir; ekonomik bir maldır.” ANTALYA, Gökhan, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya”, **Marmara Üni-versitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2023, C. 29, S. 2, s. 1212.

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁵ ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik¹⁶, sağlık verilerinin korunması amacını taşısa bile, başka bir ifadeyle sağlık verilerinin korunması mevcut hukuki düzenlemelerin kapsamına girse bile giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin topladığı veriler bakımından daha güçlü ve özgü bir hukuki düzenlemeye gereksinim duyulduğu ilerde açıklandığı üzere aşıkardır. Haliyle bu durum, dijital sağlık ürünlerinin tâbi olması gereken standartların gerekliliği meselesini gündeme getirir.

Bu çerçevede, çalışma kapsamında ilk olarak tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünü kavramının tanımı ve mevcut sorunlar; müteakiben öneriler ele alınmıştır. Çalışmanın kapsamı, kişilerin günlük kullanımına sunulan ve tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünleriyle sınırlı tutulmuştur. Çalışma kapsamında tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin topladığı kişisel sağlık verilerinin niteliği ve güvenilirliği; mevcut hukuki düzenlemeler kapsamında bu verilerin yeterli koruma altına alınıp alınmadığı; bu ürünlerin tıbbi cihaz vasfı taşımasının gerekip gerekmediği ve özellikle bu alanda özel ve daha kapsamlı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulup duyulmadığı sorularının yanıtlanması amaçlanmıştır.

Bu çalışmada, nitel araştırma yöntemi temel alınarak pozitif hukuk kuralları öğretisel bir perspektifle incelenmiştir. Araştırma sürecinde öncelikle ilgili mevzuat hükümleri sistematik bir biçimde analiz edilmiş, ardından konuyla bağlantılı yargı içtihatları ve öğretideki görüşler karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Çalışmanın metodolojik çerçevesi hem betimleyici hem de çözümleyici bir yaklaşımla yapılandırılmış olup, gerekli görülen kısımlarda mukayeseli hukuk yöntemi kullanılarak farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerle karşılaştırmalar yapılmıştır. Böylelikle, incelenen hukuki meselelerin teorik temelleri ile uygulamadaki yansımaları arasındaki ilişki bütüncül bir yaklaşımla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. GİYİLEBİLİR DİJİTAL SAĞLIK ÜRÜNÜ

A. Kavram

Giyilebilir dijital sağlık ürünü, teknoloji ile bütünleştirilmiş giysi, aksesuar ya da yazılım olarak ifade edilebilir. Akıllı saatler, akıllı gözlükler, elektronik

¹⁵ RG; 07.04.2016, 29677.

¹⁶ RG; 21.06.2019, 30808.

tekstiller¹⁷, dijitalleştirilmiş yüzük, kolye ve küpe gibi aksesuarlar, insülin monitörleri, inme sonrası rehabilitasyon için robotik eldivenler bu kapsamda sayılabilir. Ancak yalnızca bu ürünlerin bir kısmı tıbbi cihaz vasfı taşır.

Giyilebilir dijital sağlık ürünü ifadesi, günlük hayat içerisinde ve çalışma kapsamında örneklendirilirken daha çok cihaz¹⁸ olarak tanımlansa da sağlık verilerine ilişkin yazılımların¹⁹ da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede *giyilebilir cihaz* kavramı yerine *ürün* kavramının kullanılması koruma alanının genişletilmesi ve daha kapsayıcı olması bakımından önemlidir²⁰.

Giyilebilir dijital sağlık ürünleri, insan vücuduna takılabilen ya da insan vücuduyla eşleştirilebilen; aynı zamanda kişinin günlük aktivitelerini sekteye uğratmayan ve kısıtlamayan cihazlardır²¹. Bu ürünlerin birçoğunun, uyku, duş ve benzeri günlük rutinler gerçekleştirilirken çıkarılması gerekmez²². Bu ürünler vasıtasıyla kalp atış hızı, tansiyon, uyku düzeni, fiziksel aktivite çeşitleri, kalori yakımı, egzersiz rotaları dolayısıyla lokasyon bildirimleri, ilaç takip uygulamaları, hastalık bilgileri, şeker ölçümü, regli takvimi gibi veriler toplanır²³.

¹⁷ Örneğin akıllı bebek çorapları 0-5 yaş arasındaki çocukların kalp atış hızını ve oksijen seviyesini takip edebilir. Doğduğu günden okulun ilk gününe kadar uyku eğilimlerine dair okumaları depolayabilir. https://owletcare.com.tr/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAr7C6BhDRARIsAOUKIfjHa0JkdddiejC9901kNY2Kqy6fiqYbcedPtKeJClaoNq9yaTiArzgaAhprEALw_wcB, (çevrimiçi) E.T: 25 Kasım 2024.

¹⁸ Bu durumun temel nedeni söz konusu ürünlere ilişkin çıkarılan hukuki mevzuatın ısrarla “*tıbbi cihaz*” terimini kullanması olarak ifade edilebilir.

¹⁹ Avrupa Birliği 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, tıbbi cihaz kavramını genişleterek tıbbi cihaz yazılımlarını da kapsam içerisine almıştır. “*tıbbi cihaz, üretici tarafından, tek başına veya kombinasyon halinde, aşağıdaki özel tıbbi amaçlardan bir veya daha fazlası için insanlarda kullanılmak üzere tasarlanmış herhangi bir alet, aparat, araç, yazılım, implant, reaktif, malzeme veya diğer madde anlamına gelir.*” Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017R0745-20250110>, (çevrimiçi) E.T: 13 Mayıs 2025.

²⁰ Akıllı giyilebilir cihaz üreticileri, ürünlerini Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde pazarlayabilmek için kullandıkları yazılımlar bakımından da Avrupa Birliği 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nde yer alan standartları sağlamak zorundadır. BRÖNNEKE, Jan Benedikt ve diğerleri, “Regulatory, Legal, and Market Aspects of Smart Wearables for Cardiac Monitoring”, *Sensors*, Y. 2021, C. 21, S. 14, s. 4943; Aynı yönde LANGLEY, Matthew, “Hide Your Health: Addressing the New Privacy Problem of Consumer Wearables”, *Georgetown Law Journal*, Y. 2015, C. 103, S. 3, s. 1642.

²¹ SPANN, Steven, “Wearable Fitness Devices: Personal Health Data Privacy in Washington State”, *Seattle University Law Review*, Y. 2016, C. 39, S. 4, s. 1412; DECLUE, s. 113; LANGLEY, s. 1643; İSPİRLİ TURAN/ DOĞANALP ÇOBAN, s. 533.

²² LANGLEY, s. 1644; TROIANO, s. 1716; “*Örneğin Jawbone’un şık, kauçuk, su geçirmez Up bandı, pil şarjıyla yaklaşık bir hafta boyunca, uyanık veya uykuda olmaya bakmaksızın kullanıcısının aktivitelerini sessizce ölçer ve sonuçları iPhone veya Android telefona gönderir.*” <https://www.nytimes.com/2013/06/27/technology/personaltech/wearable-devices-nudge-you-to-a-healthier-lifestyle.html>, (çevrimiçi) E.T: 2 Aralık 2024.

²³ DECLUE, s. 113; SIFAOUI/ EASTIN, s. 26; NELSON ve diğerleri, s. 2; LANGLEY, s. 1642; TROIANO, s. 1716; ZURAW, Rachel/ SKLAR, Tara, “Digital Health Privacy and Age: Quality and Safety Improvement in Long-Term- Care”, *Indiana Health Law Review*, Y. 2020, C. 17, s. 86; DURKIN, Terence

Kullanıcılar, hareketsiz yaşam tarzlarının neden olduğu diyabet, obezite ve yüksek tansiyon gibi hastalıkların artışıyla birlikte spor ve sağlık gibi konularda daha bilinçli hale gelmiş²⁴; tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri ve özellikle bağlantılı sağlık uygulamalarının kullanımı egzersiz, kilo verme ve sigarayı bırakma programlarıyla ivme kazanmış²⁵ ve bu ürünler, bireysel tüketicilerin kolay erişimine sunularak popülerlik kazanmıştır²⁶.

Bu çerçevede, tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünleri, kullanıcıları, kendilerini eş zamanlı olarak izleyerek sağlık ve esenliklerini kontrol etme konusunda motive²⁷ eder. Bu ürünler, kullanıcılarının yaşam kalitesinin artmasını ve zamandan tasarruf etmesini sağlar²⁸. Hekimlerin hasta hakkında daha detaylı bilgi sahibi olmasını sağlayarak kişiselleştirilmiş sağlık hizmeti sunulmasına imkân kılar²⁹. Bir acil sağlık durumunda kullanıcının yakınlarının ya da sağlık sunucularının bilgilendirilmesini sağlar³⁰. Toplanan sağlık verileri sayesinde sağlık politikaları oluşturulabilir ve sağlık okur yazarlığı artırılabilir.

M., "Health Data Privacy And Security In The Age Of Wearable Tech: Privacy And Security Concerns For The NFLPA And Whoop", **Journal of High Technology Law**, Y. 2019, C. XIX, S. 1.5, s. 280.

²⁴ ERKİLİÇ, Cemre Eda/ YALÇIN, Aybuke, "Evaluation of the Wearable Technology Market within the Scope of Digital Health Technologies", **Gazi İktisat ve İşletme Dergisi**, Y. 2020, C. 6, S. 3, s. 317.

²⁵ GREIWE/ NYENHUIS, s. 37.

²⁶ SPANN, s. 1414.

²⁷ Yapılan bir araştırma; pedometre (adımsayar) kullanımının yaşlı insanlar arasında fiziksel aktiviteyi teşvik ettiğini tespit etmiştir. HARRIS, Tess ve diğerleri, "A Primary Care Nurse-Delivered Walking Intervention in Older Adults: PACE (Pedometer Accelerometer Consultation Evaluation)-Lift Cluster Randomised Controlled Trial" **PLoS Med**, Y. 2015, C. 12, S. 2, s. 1-23.

²⁸ Giyilebilir dijital sağlık cihazları özellikle uzun vadeli, kronik hastalıkları olan kişilerin bu hastalıklara ilişkin verileri evde yönetebilmeleri bakımından faydalıdır. Hastalar sağlık sunucusundan uzaktayken bile düşük maliyetle kendilerine ait verileri toplayabilirler. Böylece hem zamandan hem de maliyetten tasarruf etmiş olurlar. PIWEK ve diğerleri, s. 3.

²⁹ Elektronik sağlık kayıtları, kişiye ait sağlık verilerine sağlık personeli tarafından çabuk ulaşılabilir ya da örneğin bu verilere ilişkin kayıtların okunaklılığı gibi birçok olanak sağlar. DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 71; Aynı yönde SPANN, s. 1415; Öte yandan İsviçre'de yapılan bir araştırmaya göre hastanın sağlık verilerinin sigorta şirketleri ile paylaşılmasına imkân sağlayan bir e-sağlık uygulaması için sağlık profesyonelleri olumsuz bir bakış açısı benimsemiştir. Örneğin hastaya ilişkin teşhis ve tedavi verileri için önceki sağlık kuruluşuna başvurulabileceği, İsviçre'de sistemin yeterince şeffaf olduğu ifade edilmiştir. Birçok sağlık verisinin sigorta şirketleri ile paylaşılmasının hukuki dayanağı olmadığı, çünkü bu verilerle ne yapılacağına açık olmadığı sağlık profesyonellerince ifade edilmiştir. Sigorta şirketlerinin kendilerine bu verilerin teslim edilmemesi halinde ödeme yapmaktan kaçındığı da ayrıca belirtilmiştir. LEU, Agnes /GÄCHTER, Thomas/ ELGER, Bernice, "SwissDRG: Missbrauchsgesfahr bei der Datenweitergabe an Krankenversicherer?", **Jusletter**, Y. 2014, S. Mart, s. 5-6.

³⁰ Örneğin bilinç kaybı yaşayan bir hastanın hasta öyküsünün ya da alerji bilgilerinin kayıtlı kişisel sağlık verilerinden tespit edilebilmesi yapılacak tıbbi müdahale bakımından önemlidir. KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül/ GÖKDAŞ, Elife Filiz, "Büyük Veri ve Mobil Uygulamalarda İşlenen Kişisel Verilerin (Sağlık Verileri) Hukuka Uygunluk Sorunu", **Adalet Dergisi**, Y. 2024, C. 1, S. 72, s. 549.

lir³¹. Aynı zamanda kullanıcıların sağlık harcamalarının azalması sağlanabilir³². Ancak ne yazık ki bu ürünlerin yaygın kullanımı beraberinde bazı hukuki sorunları da meydana getirir.

B. Sorunlar

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin sorunlar çalışma kapsamında tıbbi cihaz vasfı, veri denetimi ve geçerli rızanın irdelenmesiyle sınırlı tutulacaktır³³. Yine, çalışma kapsamında yalnızca tıbbi cihaz olarak kabul edilmeyen, vasıflandırılmayan giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin değerlendirme yapılacaktır; tıbbi cihaz vasfı taşıyan giyilebilir sağlık ürünleri kapsam dışında tutulacaktır.

1. Tıbbi Cihaz Niteliği

Tüketicinin günlük kullanımına sunulan giyilebilir dijital sağlık ürünleriyle tıbbi cihazların kullanımı arasındaki çizgi, giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin sağlıklı yaşam mottosunun genişlemesiyle giderek muğlaklaşır³⁴. Öte yandan hangi ürünün tıbbi cihaz hangi ürünün yalnızca teknolojik ürün vasfı taşıdığına ilişkin hukuki bir ölçüt bulunmadığından vasıflandırma üreticinin insafına bırakılır³⁵. Zira, uygulamada, giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin tıbbi cihaz olarak

³¹ ERKİLİÇ/ YALÇIN, s. 314.

³² Örneğin kullanıcı giyilebilir sağlık cihazları vasıtasıyla elde ettiği sağlık verilerini, kişisel sağlığını yönetmek amacıyla kullanırsa sağlık hizmeti sağlayıcılarına (doktor muayenehanesi, hastane, poliklinik gibi) gitme rutinleri azalır. Ayrıca, örneğin uyku düzeni takibi gibi yatılı tanı süreci gerektiren teşhis aşamaları evde gerçekleştirilebileceğinden maliyetler azalabilir. SPANN, s. 1415-1416; Aynı yönde TROIANO, s. 1719-1720.

³³ Örneğin Boudierhem veri güvenilirliği, güvenliği ya da kalitesi gibi meselelerin yanında sağlıkta eşitlik, önyargı, gelişmekte olan ülkelerde teknolojiye erişim, farklı işletim sistemlerinin kooperatif çalışmaması gibi farklı meseleleri de giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin meydana getirdiği zorluklar olarak sıralar. BOUDIERHEM, s. 88.

³⁴ SIFAOU/ EASTIN, s. 26; Örneğin eklenti ya da sensörler yardımıyla akıllı telefonları ya da tabletleri, içerisine yüklenerek olan uygulamalar vasıtasıyla tıbbi cihaz niteliği taşıyan bir ürüne dönüştürmek mümkündür. TERRY, Nicolas P./ WILEY, Lindsay F., “Liability for Mobile Health and Wearable Technologies”, *Annals of Health Law*, Y. 2016, C. 25, S. 2, s. 67.

³⁵ Bir görüşe göre bir ürünün tıbbi cihaz vasfı taşıyıp taşımadığı kullanım amacına bakılarak tespit edilebilir. BRÖNNEKE ve diğerleri, s. 4943; Aynı yönde LANGLEY, s. 1649; TROIANO, s. 1736-1737; Örneğin 2017 yılında Amerikan Futbol Ligi Oyuncuları Sendikası (NFLPA), Whoop (<https://www.whoop.com/us/en/>) isimli bir giyilebilir teknoloji firması ile ortaklık anlaşması imzalamıştır. Anlaşmaya göre sporcuların performanslarının artırılması amacıyla seyahat, uyku düzeni, yaralanma, iyileşme gibi kişisel verileri toplanıp analiz edilecektir. Haliyle bu durum sporcuların güvenlik ve gizlilik endişesi duymalarına neden olmuştur. Giyilebilir teknoloji ürünleri bakımından temel mesele, Whoop tarafından toplanan, depolanan ve işlenen bu verilerin hangi hukuki düzenlemeye tâbi olacağı noktasında toplanmıştır. Çünkü Whoop tarafından üretilen giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından tıbbi cihaz olarak kabul edilebilmesi için hastalıkları teşhis ve tedavi edebilmek, hasta-

değerlendirip değerlendirilmeyeceği hususu ürünün üretici tarafından belirlenen kullanım amacına odaklanır. Bu durumun temel sebebi, tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerinin mevzuat tarafından kapsam dışında bırakılmasıdır. Başka bir ifadeyle, mevcut uygulamada bu ürünlerin hukuki niteliğine ilişkin yorum yapılırken, kanunun düzenlediği bir konuda kanunun değinmediği zıt bir hususun aksi yönde düzenlendiği anlamı çıkarıldığından yani hükmün zıt anlam itibarıyla uygulanması söz konusu olduğundan³⁶ bu sonuca varılır.

Zira ürünün kullanım amacının tespitine ilişkin, hukuki bir düzenleme çerçevesinde oluşturulmuş standartlar bulunmaz. Başka bir ifadeyle bir ürünün tıbbi cihaz tanımı içerisinde kalıp kalmadığı, üreticinin objektif amacı dikkate alınarak tespit edilir. Haliyle birçok üretici tıbbi cihaz olarak vasıflandırmanın gerektirdiği standartları karşılayamadığı için ürünlerini kapsam dışında bırakmayı tercih eder. Örneğin Huawei'nin akıllı saatlerin altında yaptığı *"Huawei sağlık uygulaması bir tıbbi cihaz yazılımı değildir ve ölçüm verileri ile sonuçlar yalnızca referans amaçlıdır; teşhis ve tedavi için temel olarak kullanılmamalıdır. Görseller ve efektler yalnızca referans içindir; özellikler farklı akıllı telefon ve giyilebilir cihazlarda değişiklik gösterebilir"*³⁷ uyarısı kullanım amacı ölçütü dikkate alındığında, söz konusu ürünlerin tıbbi cihaz olarak değerlendirilmesini önler.

Öte yandan, kullanım amacı ölçütünden ziyade ürünün işlediği verinin niteliği dikkate alınırsa, yani veri ölçütü benimsenirse daha sağlıklı bir çözüme ulaşılabilir. Örneğin, 2018 yılında İsviçre Federal İdare Mahkemesi (*Das Bundesverwaltungsgericht*), kullanıcının kişisel verilerini analiz ederek doğurganlık değerlendirmesi yapmak amacıyla tasarlanan *Sympto*³⁸ isimli uygulamanın tıbbi

lıklardan korunmak gibi tıbbi cihaz tanımındaki temel ölçütleri sağlaması gerekir. Ya da bu ürünlerin insan vücudunun yapısını ya da fonksiyonlarını etkileme amacı taşıması gerekir. Başka bir ifadeyle, tıbbi cihaz olarak değerlendirilebilmek için *"kullanım amacı"* ölçütü benimsenir. Oysa, tıbbi cihazlar ile kişilerin sağlık ve esenliğini korumaya yönelik ürünler arasındaki sınır çok net olmayabilir. Eğer kamusal sağlık otoritelerinin temel amacı kamu sağlığını korumaksa bu ürünün de en azından kendine özgü bir düzenlemesi olana kadar, tıbbi cihaz olarak değerlendirilmesi gerekir. DURKIN, s. 292-295; Giyilebilir ürünler spor müsabakalarında sporcuların istatistiklerinin tutulmasında kullanılır. Örneğin NFLPA, Zebra teknoloji isimli şirket ile sporcuların müsabaka esnasında eşzamanlı olarak omuzlarına yerleştirilen sensörler aracılığıyla verilerinin toplanması amacıyla iş birliği yapmıştır. Bu veriler sporcuların performanslarının analiz edilmesinde kullanılmıştır. SOCOLOW, Brian R., "Wearable Tech Will Change Pro Sports and Sports Law", **Law360** (2015), https://www.loeb.com/en/insights/publications/2015/09/wearable-tech-will-change-pro-sports--and-sports_, (çevrimiçi) E.T: 2 Aralık 2024.

³⁶ DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I**, Filiz Yayınevi, Ankara, 2018, s.123.

³⁷ https://consumer.huawei.com/tr/mobileservices/health/#:~:text=**HUAWEI%20Sa%C4%9Fli%C4%B1k%20Uygulamas%C4%B1%20bir,ve%20giyilebilir%20cihazlarda%20de%C4%9Fi%C5%9Fiklik%20g%C3%B6sterebilir, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

³⁸ Bkz. <https://www.sympto.org/3/en/?p=home-main&lang=en>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

cihaz sınıflandırması için gerekli ölçütleri karşıladığına karar vermiştir³⁹. Bu uygulama, kullanıcının vücut ısısı ve servikal mukus⁴⁰ durumu hakkında girdiği verileri değerlendirerek doğurganlık ve kısırlık dönemlerine ilişkin belirleme yapar. *Swissmedic*⁴¹ tarafından, bu ürünün tıbbi cihaz olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu denetimden geçmediği gerekçesiyle İsviçre’de pazarlanması yasaklanmıştır. Üretici firma söz konusu uygulamanın tıbbi cihaz vasfı taşımadığını, yalnızca bilgilendirme ve öğretme amacı güttüğünü savunmuştur. Buna karşın mahkeme, kararında, uygulamanın tıbbi vasıf taşıdığını çünkü gebelik ve doğum kontrolü yapma amacı güttüğünü vurgulamıştır. Bu söylemin açıkça ürünün internet sitesinde yer aldığı, kararda açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye göre, piyasaya arzından önce bu ürün sağlık verisi işleyen vasfı nedeniyle Tıbbi Cihaz Kanunu’na (MepV) ve Terapötik Ürünler Kanunu’na (HMG) uygun olarak denetimden geçmeli ve onay almalıdır.

Bu kapsamda ilk olarak tüketicinin sağlığını ve esenliğini doğrudan etkileyen bu ürünlerin tıbbi cihaz olarak vasıflandırılması için gerekli hukuki mevzuatın oluşturulması gerekir. Zira tıbbi cihazlar bakımından uyulması gereken standartlar bulunur. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği⁴², İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği⁴³, Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği⁴⁴, EU 2017/745 sayılı Medikal Cihaz Yönetmeliği⁴⁵ ve EU 2017/746 sayılı İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği⁴⁶ bu hukuki düzenlemelerden bir kaçıdır.

Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’ne göre tıbbi cihaz; *“hastalığın; tanısı, önlenmesi, izlenmesi, tahmini, prognozu, tedavisi veya hafifletilmesi, yaralanma veya sakatlığın; tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya kompanse edilmesi,*

³⁹ Bkz. https://www.bvger.ch/media-releases/4085fdcc-ef50-4b64-94be-6c3367af0331/de/mm_c-669-2016_dt_ohne_embargo.pdf, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

⁴⁰ “*Servikal mukus, rahmi vajinal kanala bağlayan rahim ağzı tarafından üretilen bir salgıdır. Doğurgan dönemde bu salgı spermlerin canlı tutulması, spermelere rahim ağzı boyunca yol gösterilmesi ve vajinanın asiditesini düşürülmesi gibi görevleri gerçekleştirmektedir.*” https://tr.wikipedia.org/wiki/Do%C4%9Furganl%C4%B1k_tahmini#:~:text=Servikal%20mukus%2C%20rahmi%20vajinal%20kanala,asiditesini%20d%C3%BC%5%9F%C3%BCr%C3%BCLmesi%20gibi%20g%C3%B6revleri%20ger%C3%A7le%C5%9Ftirmektedir, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

⁴¹ Swissmedic, İsviçre’de tıbbi ürünler için ulusal ruhsatlandırma ve denetleme kurumudur. <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home.html>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

⁴² RG. 07.06.2011, S. 27957.

⁴³ RG. 29.07.2022, S. 31907.

⁴⁴ RG. 15.05.2014, S. 29001.

⁴⁵ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017R0745-20250110>, (çevrimiçi) E.T: 10 Mayıs 2025.

⁴⁶ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017R0746-20250110>, (çevrimiçi) E.T: 10 Mayıs 2025.

anatominin ya da bir fizyolojik yahut patolojik sürecin veya durumun; araştırılması, ikame edilmesi veya modifikasyonu, organ, kan ve doku bağışları dâhil olmak üzere, insan vücudundan elde edilen örneklerin in vitro tetkiki vasıtasıyla bilgi sağlanması tıbbi amaçlarından biri veya daha fazlası için, imalatçı tarafından insan üzerinde tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tasarlanan alet, aparat, teçhizat, yazılım, implant, reaktif, materyal veya diğer malzemeleri ifade eder.” Görüleceği üzere, giyilebilir sağlık ürünlerinin yukarıda bahsedilen, vadettiği birçok vasıf yönetmeliğin tıbbi cihazlar için öngördüğü vasıflarla benzerdir.

Avrupa Birliği 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nin⁴⁷ 2. maddesinin 1. fıkrasında da hukukumuzda paralel bir tıbbi cihaz tanımı yer alır. Yönetmelik, her ne kadar tıbbi cihaz kavramını geniş bir kapsamda yorumlasa da giyilebilir teknolojiler bakımından ayrıca bir düzenleme yapmaz⁴⁸. Genel olarak, tıbbi cihaz vasfı taşıyan ürünler bakımından “CE” (*Conformité Européenne*)⁴⁹ işaretinin kurallarını düzenler⁵⁰. Ek olarak, Avrupa Birliği Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nin 110. maddesine göre “CE” işareti alabilmek için kişisel verilerin işlenmesine ilişkin Avrupa Birliği Genel Veri Tüzüğü’nün (GDPR)⁵¹ standartlarının sağlanması gerekir. Haliyle, tıbbi cihaz vasfı taşıyan giyilebilir sağlık ürünleri tarafından bir denetim mekanizmasının öngörüldüğü ifade edilebilir. Ancak bu düzenlemenin esnek yaklaşımı ve merkezi bir sisteme sahip olmaması da kullanıcıları olası risklere karşı yeterince koruyamadığı gerekçesiyle eleştirilir⁵².

Bu bağlamda, tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünleri bakımından özel bir koruma mekanizması öngörülmediği ifade edilebilir. Genel veri

⁴⁷ Tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02017R0745-20240709>, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

⁴⁸ BRÖNNEKE ve diğerleri, s. 4943.

⁴⁹ “CE işareti; bir kalite simgesi olmayıp üzerine iliştiirildiği ürünün ilgili yönetmeliğin tüm gereklerini karşıladığı anlamına gelen ve Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında malların serbest dolaşımını sağlamak amacıyla ortaya çıkan bir işarettir.” <https://www.tse.org.tr/ce-isareti/>, (çevrimiçi) E.T: 15 Mayıs 2025.

⁵⁰ “CE işareti, Avrupa Birliği’nin, teknik mevzuat uyumu çerçevesinde 1985 yılında benimsediği Yeni Yaklaşım Politikası kapsamında hazırlanan bazı Yeni Yaklaşım Direktifleri kapsamına giren ürünlerin bu direktiflere uygun olduğunu ve ürünün imalatçısı ve yetkili temsilcisi tarafından veya direktifte zorunlu kılınmış ise bir üçüncü taraf uygunluk değerlendirme kuruluşu (onaylanmış kuruluş vs.) tarafından gerekli bütün uygunluk değerlendirme faaliyetlerinden geçtiğini gösteren bir Birlik işaretidir.”

https://ticaret.gov.tr/data/5b88443f13b87711604c92b1/CE_isareti_ile_ilgili_Soru_ve_Cevaplar.pdf, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

⁵¹ Bkz. <https://gdpr-info.eu/>, (çevrimiçi) E.T: 15 Mayıs 2025.

⁵² NURGALIEVA/ O’CALLAGHAN/ DOHERTY, s. 104249.

koruma ve tıbbi cihaz mevzuatına ilişkin hükümler ise açıklandığı üzere yetersizdir. Haliyle üreticisi tarafından tıbbi cihaz olarak vasıflandırılmayan bir ürüne ilişkin kullanıcı haklarının korunması meselesinin çözülmesi önemlidir.

Bu çerçevede, esasen bir cihazın amacı spor ve esenlik işlevinden ayrılarak kullanıcının sağlığına yönelmeye başladığında, tıbbi cihaz olarak değerlendirilmesi daha uygun olur. Çünkü ancak bu şekilde, bu cihazlar tarafından toplanan hassas verilerin özel bir korumaya tâbi kılınması mümkün olabilir. Örneğin “femometer” olarak isimlendirilen ve doğurganlık asistanı olarak ifade edilen bir akıllı yüzük; ovulasyon döngü takvimi, doğurganlık penceresi ve gebelik olasılığı hesaplaması gibi hizmetler sunarak gebe kalma ihtimalini yüzde yüz elli arttırdığını iddia eder⁵³. Yine, Google tarafından üretilen Fitbit⁵⁴ kullanıcılarına eşzamanlı olarak kişisel spor ve beslenme koçu ile çalışma imkânı sunar. Kullanıcı, sertifikalı sağlık koçlarından oluşan ekipten doğrudan destek sağlayabilir⁵⁵.

Bu ürünlerin tıbbi cihaz olarak değerlendirilmemesi, insan vücudunda fiziksel zarara neden olabilir⁵⁶. Başka bir ifadeyle bu ürünler, kullanıcısının fiziksel sağlığını da tehlikeye atabilir. Bilinen yaygın riskler arasında cilt tahrişi, elektrik çarpması, radyasyon⁵⁷ ve enfeksiyon yer alır⁵⁸. Örneğin akıllı ağız koruyucular⁵⁹, akıllı lensler⁶⁰ ya da kulaklıklar; invaziv olmayan cihaz olarak kabul

⁵³ Detaylı bilgi için bkz. <https://mothersmart.com.tr/femometer-smart-ring>, (çevrimiçi) E.T: 20 Ekim 2024; Oysa Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin 3. maddesinde ve Avrupa Birliği 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında açıkça gebelik takibi yapan ürünlerin tıbbi cihaz olarak kabul edileceği düzenlenir.

⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. https://store.google.com/us/product/fitbit_ace_lte?hl=en-US, (çevrimiçi) E.T: 20 Ekim 2024.

⁵⁵ GREIWE/ NYENHUIS, s. 38.

⁵⁶ İsviçre Federal Halk Sağlığı Ofisi (BAG) tarafından yapılan, akıllı saatlere ve egzersiz takip bantlarına ilişkin radyasyon uyarısı için bkz. https://www.bag.admin.ch/dam/bag/en/dokumente/str/nis/faktenblaetter-emf/faktenblatt_smartwatch.pdf.download.pdf/2020-07-06_Faktenblatt%20Fitness-Tracker%20und%20Smartwatches_EN_PDF.pdf, (çevrimiçi) E.T: 18 Kasım 2024.

⁵⁷ Akıllı telefonlar gibi yüksek güçlü cihazlar radyasyon oranları bakımından regüle edilir. Ayrıca henüz düşük seviyeli radyasyonun insan vücudunda meydana getirebileceği risklere ilişkin kanıt elde edilmemiştir. Oysa genellikle kablosuz ağ bağlantısına gereksinim duyan giyilebilir dijital sağlık ürünleri insan vücuduna daha uzun süreler boyunca ve daha yakın yerleştirildiğinden düşük yoğunluklu radyasyona kronik maruziyet nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlar bakımından daha kapsamlı çalışmaların yapılması gerekir. TU/ GAO, s. 4.

⁵⁸ TU/ GAO, s. 3.

⁵⁹ Özellikle rugby sporcuları tarafından kullanılan akıllı ağızlık teknolojisi, “başa gelen her darbeyi kaydeden ve bir iPhone’a Bluetooth kablosuz iletimi kullanılarak doğrusal ve açılma ivmeleri ve hızları doğru bir şekilde bildirir.” <https://newsroom.clevelandclinic.org/2023/10/30/high-tech-intelligent-mouthguard-system-selected-for-global-adoption-by-world-rugby>, (çevrimiçi) E.T: 18 Kasım 2024.

edilmelerine rağmen savunma bariyeri zayıf olan vücut boşluklarına yakın yerleştirildikleri için kimyasal maruziyete bağlı olası tehlikelere açıktır⁶¹. Eğer ürün, trans dermal⁶² sensörler taşıyorsa mikro iğnelerden oluştuğu için minimal boyutta invazivdir. Her ne kadar ciltte meydana gelen mikro gözeneklerin iyileşmesi birkaç saat içerisinde gerçekleşse de bu süre içerisinde dahi enfeksiyon riski mevcuttur⁶³. Örneğin, 2014 yılında *Fitbit*, içerisinde barındırdığı nikel sebebiyle yaklaşık on bin kullanıcının deride su toplama, döküntü ve kaşıntı gibi şikayetlerinden ötürü kol bandı ürünlerini geri toplamıştır⁶⁴.

Öte yandan, kullanıcının psikolojik zararlar da görebilmesi mümkündür. Bu ürünler vasıtasıyla sağlık verilerinin günlük hayat içerisinde kolayca ölçülebilir ve toplanabilir olmasının bir sonucu tüketicilerde gereksiz kaygı ve endişeye neden olabilme ihtimalidir. Zira bahsedildiği üzere sensörler aracılığıyla toplanan verilerin güvenilirlik oranı dikkate alındığında yanlış ve sık ölçümler neticesinde elde edilen sonuç, kullanıcılarda duygusal stres ve kafa karışıklığına yol açabilir⁶⁵.

Tıbbi cihaz niteliği taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin sağladığı verilerin denetlenmesi gerekir. Çünkü fiziksel ve ruhsal sağlığı ile ilgili bilgi sağlayan bu cihazlardan elde edilen sağlık verileri sonucunda, kullanıcı sağlığı hakkında bir karar alabilir ve zarar görebilir⁶⁶. Bu ürünlerin, kullanıcısının sağlığı

⁶⁰ Google, şeker hastalarının kandaki şeker oranının ölçülmesi amacıyla akıllı kontakt lens üretmiştir. Lensin üzerinde bulunan sensörler vasıtasıyla gözyaşından kan şekeri seviyesi ölçülerek akıllı telefondaki uygulamaya gönderilir. <https://blog.google/alphabet/introducing-our-smart-contact-lens/>, (çevrimiçi) E.T: 18 Kasım 2024.

⁶¹ TU/ GAO, s. 4.

⁶² “Transdermal sistemler, lokal olarak sağlam deriye yapıştırmak sureti ile uygulanan ve sistemik etki sağlayan yama tipi preparatlarıdır.” <https://avesis.istanbul.edu.tr/resume/downloadfile/yozysoy?key=9fb00975-9de7-4046-9c4c-8d09351a42bc&announcementId=8c252f0a-ca8b-4452-8a05-5f7bcf2fe642>, (çevrimiçi) E.T: 18 Kasım 2024.

⁶³ TU/ GAO, s. 4.

⁶⁴ TERRY/ WILEY, s. 88.

⁶⁵ TU/ GAO, s. 3.

⁶⁶ Örneğin IBM tarafından kanser hastalığının teşhisinde ve tedavisinde kullanılmak üzere “*Watson for Oncology*” isimli bir yapay zekâ uygulaması geliştirilmiştir. Bu uygulama klinik notlar ve raporlardaki verilerin anlamını ve bağlamını analiz etmek için hizmet sunan bir yazılımdır. *Watson for Oncology*, hastaların potansiyel tedavi planlarını ve seçeneklerini belirleyerek, onlara en uygun planı sunar. <https://www.ibm.com/docs/en/announcements/watson-oncology?region=CAN>, (çevrimiçi) E.T: 20 Kasım 2024; Buna karşın yapılan bir araştırma bu yapay zekâ uygulamasının kişilere güvenli olmayan tedavi önerilerinde bulunduğu yönünde iddialar ortaya koymuştur. Yine yapılan başka bir araştırmada uygulamanın farklı kanser türleri hakkında bilgi edinmekte zorlandığı, onkoloji hizmetlerini benimseyen hastane sayısının ise oldukça az olduğu ifade edilmiştir. <https://www.healthcarediver.com/news/stat-ibms-watson-gave-unsafe-and-incorrect-cancer-treatment-advice/528666/>, (çevrimiçi) E.T: 22 Kasım 2024; <https://www.statnews.com/2018/07/25/ibm-watson-recommended-unsafe-incorrect-treatments/>, (çevrimi-

ğını tehdit eder nitelikte olması halinde Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun⁶⁷ hükümlerinin ayrıca dikkate alınması gerekir. Zira Kanun'un 5. maddesine göre bir ürünün güvenli olması zorunludur. Yine, “*Ürün Sorumluluğu Tazminatını*” düzenleyen 6. maddesine göre “*ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür.*” Aksi takdirde kullanıcı maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. Ancak, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda ürünlerin tâbi olması gereken standartların düzenlenmemesi, yalnızca ürün güvenliğine ve teknik düzenlemesine aykırı ürünler bakımından yaptırım öngörülmesi nedeniyle söz konusu mevzuat çalışmada tartışılan sorunların çözümlü bakımından yetersizdir.

Görüleceği üzere herhangi özel bir hukuki düzenlemenin denetimi olmaksızın toplanan bu hassas sağlık verilerinin geçerliliği ve güvenilirliği önemli bir sorundur⁶⁸. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'ne göre Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından spesifik bir ürün ya da ürün kategorisi veya grubunun “*tıbbi cihaz*” ya da “*tıbbi cihaz aksesuarı*” tanımına girip girmediğinin belirlenmesi için gerekli işlemler yapılır.

Bu çerçevede, üretici tarafından kullanıcıya sunulan giyilebilir dijital sağlık ürününün, tıbbi amaç gütmemesinin bildirilmesi bu ürünlerin tıbbi cihazlar için öngörülmüş olan hukuki düzenlemelerden kaçmasına yeterli olmamalıdır⁶⁹. Kullanım amacı ölçütünden ziyade ürünün işlediği verinin niteliği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, tıbbi cihaz terimi kapsamlı bir şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, yazılımın, ürünün ya da uygulamanın tıbbi bir amacı varsa, kanıtlanmış bir tıbbi etkisi olup olmadığına bakılmaksızın evleviyetle tıbbi cihaz olarak nitelendirilmesi gerekir⁷⁰. Zira, eğer kamusal sağlık otoritelerinin temel amacı kamu sağlı-

çi) E.T: 18 Kasım 2024; Bu çerçevede ifade edilebilir ki Avrupa Birliğinin Yapay Zekâ Regülasyon taslağındaki yaklaşımı model alınarak hukukumuzda da düzenlemeler yapılması gereklidir. ARAALAN, Cemal, “Yapay Zekâ Teknolojisinin Sağlık Sektörüne Etkilerine İlişkin Hukuksal Bir Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2022, C. 1, S. 185, s. 9.

⁶⁷ RG. 02.03.2020, S. 31066.

⁶⁸ Benzer şekilde Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (U.S. Food and Drug Administration-FDA) tarafından yalnızca medikal amaçlı ürünlere ilişkin düzenleyici işlemler yapılabilir. Ancak diğer giyilebilir dijital sağlık ürünleri bu kapsama girmez. SIFAOU/ EASTIN, s. 27; LANGLEY, s. 1649-1650; DURKIN, s. 284-285.

⁶⁹ Avrupa Birliği'nde giyilebilir sağlık ürünlerinin tıbbi cihaz olarak sınıflandırılmasına ilişkin Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) benzeri merkezi bir kurum bulunmaz. Bu nedenle giyilebilir dijital sağlık ürünü üreticisi, kendi ürününün tıbbi cihaz vasfı taşıdığını beyan etmelidir. BRÖNNEKE ve diğerleri, s. 4942.

⁷⁰ Ürünün amaçlanan kullanımı ölçütü uygulandığında birçok giyilebilir sağlık ürününün medikal cihaz tanımı dışında kalacağı açıktır. Ancak Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) bu ürünleri değerlendirirken

ğını korumaksa giyilebilir dijital sağlık ürünleri, kendine özgü bir hukuki düzenlemesi olana kadar en azından tıbbi cihaz olarak değerlendirilmelidir⁷¹.

2. Veri Denetimi

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünleri aracılığıyla kullanıcılara sunulan konfor, karşılıksız değildir⁷². Kullanıcı, kendisine sunulan hizmetler karşılığında genellikle ürün sağlayıcısına ya da satıcısına kişisel verilerini sunar⁷³. Başka bir ifadeyle sağlık verileri başta olmak üzere kişisel verilerinin üründe depolanmasına izin verir. Zira, *“biyometrik izleme yeteneklerine sahip giyilebilir araçlar, veri üretiminin yeni ana kaynaklarından birini temsil etmektedir”*⁷⁴.

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri, hem kendi bünyelerinde depolama alanı bulundurur hem de uygulamalar aracılığıyla verileri bulut hesaplarda depolar. Yani, bağlantılı olduğu uygulama aracılığıyla eş zamanlı veri aktarımı yapılmasını mümkün kılar⁷⁵. Zira birçok giyilebilir dijital sağlık ürününün önemli bir özelliği, internete bağlanabilme kabiliyeti sayesinde ağ ile cihaz arasında bağlantı kurabilmesidir⁷⁶.

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünleri genellikle, veri toplama ve bu verileri monitörize etme özelliği olan sensörler bulundurur⁷⁷. Kişisel

amaçlanan kullanım ölçütünü benimser. DURKIN, s. 284-285; Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) yalnızca yasal tıbbi cihaz tanımı içerisinde kalan giyilebilir ürünleri düzenleyebilir. Bu çerçevede, bir ürünün tıbbi cihaz tanımı içerisinde kalıp kalmadığı kullanım amacına göre tespit edilir. Bu bağlamda, bir hastalığı teşhis ve tedavi etmek için kullanılan ürünler tıbbi cihaz olarak kabul edilirken kullanıcının genel sağlığını ve esenliğini desteklemek amacıyla tasarlanan ürünler tıbbi cihaz olarak kabul edilmezler. FDA, kullanım amacını açıklarken üreticinin objektif amacını dikkate aldığından, birçok ürün zaten bu kapsamın dışında kalır. LANGLEY, s. 1649-1650.

⁷¹ DURKIN, s. 294.

⁷² LANGLEY, s. 1645.

⁷³ PwC şirketi tarafından 2016 yılında çevrimiçi olarak gerçekleştirilen 1.000 katılımcılı nicel bir anketin sonucunda, bu ürünlerin bir sağlık sunucusu tarafından önerilmesi halinde giyilebilir teknolojileri kullanan katılımcıların %65'nin bu hususta heyecanlanacağı ve %45'nin bu ürüne güveneceği iddia edilmiştir. <https://www.pwc.com/us/en/industry/entertainment-media/publications/consumer-intelligence-series/wearables.html.html>; <https://www.hcinnovationgroup.com/clinical-it/article/13026873/a-new-pwc-survey-looks-at-the-explosion-in-consumer-adoption-of-wearablesnow-what-are-the-implications-for-providers>, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

⁷⁴ İSPİRLİ TURAN/ DOĞANALP ÇOBAN, s. 534.

⁷⁵ DEMİRCİ, Şenol, “Giyilebilir Teknolojilerin Sağlık Hizmetlerine ve Sağlık Hizmet Kullanıcılarına Etkileri”, *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2018, C. 6, S. 6, s. 986; TROIANO, s. 1716.

⁷⁶ ERKİLİÇ/ YALÇIN, s. 312.

⁷⁷ Facebook, Instagram ve Google gibi şirketler kendilerini tüketicilere güvenilir imajlarıyla pazarlar. Ancak yine bu şirketler, tüketicinin verilerini kar elde etmek amacıyla kullanmayı ister. Bu nedenle tüketicileri daha çok veri paylaşmaya teşvik ederler. MARKS, Mason, “Emergent Medical Data: Health Information Inferred by Artificial Intelligence”, *UC Irvine Law Review*, Y. 2021, C. 11, s. 1050.

sağlık verileri, bu veriler içerisinde en popüler olanlarındandır. Kalp atış hızı, tansiyon, uyku düzeni, fiziksel aktivite çeşitleri, kalori yakımı, egzersiz rotaları dolayısıyla lokasyon bildirimleri, ilaç takip uygulamaları, hastalık bilgileri, regli takvimi bu verilerin başında gelir.

Hatta yalnızca sağlık verileri değil, parmak izi gibi biyometrik veriler de bu uygulamalar tarafından toplanabilir⁷⁸. Örneğin yirmi dört farklı sağlık uygulaması üzerine yapılan bir araştırmada, bu uygulamaların %79'unun kullanıcının telefon depolama alanlarına erişme izni istediği; %46'sının kablosuz ağ bağlantı bilgilerine erişme izni istediği; %29'unun telefonda kayıtlı hesap bilgilerine (örneğin apple account) erişme izni istediği, %29'unun hücresel ağ bilgileri, cihaz durumları, telefon numaraları, cihaz kimliği gibi bilgilere erişme izni istediği ve son olarak %25'inin konum bilgisine erişim izni istediği tespit edilmiştir⁷⁹.

Haliyle sağlık sunucuları tarafından toplanan kişisel sağlık verileri kısıtlıyken giyilebilir ürünlerin daha erişilebilir olması nedeniyle ulaşabildiği veri kapasitesi genişir⁸⁰. Bu kapsamda, ilk mesele, verilerin güvenilirliği; ikinci meseleyse veri güvenliğidir.

a. Verilerin Güvenilirliği

Tıbbi cihaz olarak kabul edilmeyen giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin topladığı sağlık verilerinin güvenilir olup olmadığı önemli bir sorundur⁸¹. Bu sorun, birçok giyilebilir sağlık ürününün, yukarıda bahsedildiği üzere, tıbbi cihaz olarak kabul edilmemesiyle doğrudan bağlantılıdır. Çünkü tıbbi cihaz olarak vasıflandırılmayan bu ürünler herhangi bir ölçüm standardizasyonuna tâbi değildir. Haliyle bu ürünler tarafından toplanan sağlık verilerinin tutarsız olma ihtimali yüksektir⁸². Oysa kullanıcıya kişisel sağlığıyla ilgili bilgi sağlayan bu cihazlardan elde edilen sağlık verileri sonucunda, kullanıcı sağlığı hakkında bir karar alabilir, hatta verinin yanlış olması halinde kullanıcının zarar görme ihtimali doğar⁸³.

⁷⁸ SPANN, s. 1412; SIFAOU/ EASTIN, s. 28; TROIANO, s. 1716; Biyometrik verilerin e-sağlık uygulamalarında standart olarak kaydedilir hale gelmesi veri koruması ve denetiminin önemini artırır. DO CANTO, Philipp, "Gesundheitsdaten in der Digitalen Welt", *Sic-online*, Y. 2020, S.4, s. 3.

⁷⁹ GRUNDY, Quinn ve diğerleri, "Data Sharing Practices of Medicines Related Apps and the Mobile Ecosystem: Traffic, Content, and Network Analysis", *The BMJ Journal*, Y. 2019, C. 364, S. 1, s. 4.

⁸⁰ Langley, 1645.

⁸¹ Benzer şekilde tele-sağlık uygulamaları bakımından veri güvenilirliği sorunu gündeme gelir. Çünkü giyilebilir cihazlar aracılığıyla yapılan ölçümlerin doğruluğu ve güvenilirliği tartışmaya açıktır. Haliyle bu ölçümler vasıtasıyla konulan teşhislerin ve uygulanan tedavilerin hatalı tıbbi uygulama oluşturması ihtimali bulunur. DECLUE, s. 114; Yine, benzer veri güvenliği tartışmaları yapay zekâ ile toplanan verilere ilişkin de yapılır. ARAALAN, s. 8.

⁸² SIFAOU/ EASTIN, s. 29.

⁸³ PIWEK ve diğerleri, 4; SIFAOU/ EASTIN, s. 35.

Örneğin, 2024 yılında Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından akıllı saatlerin ve yüzüklerin kandaki şeker oranı ölçümünde kullanılmaması gerektiğine ilişkin resmi bir açıklama yapılmıştır. Açıklamaya göre; cildi delmeden, yani invaziv olmayan tekniklerle, kan şekeri seviyesini ölçtüğünü iddia eden akıllı saatlerin ve yüzüklerin kullanımı risk doğurur. Kan şekeri ölçümü ancak tıbbi cihaz niteliği taşıyan, kan şekeri değerini ölçmek veya tahmin etmek için tasarlanan sürekli glikoz izleme cihazları ile yapılmalıdır. Yetersiz ve yanlış kan şekeri ölçümü kullanıcının hayati tehlikeye uğramasına neden olabilir⁸⁴. Zira invaziv olmayan yöntemlerle kandaki şeker oranını ölçtüğü iddia edilen cihazlar bakımından toplanan verilerin doğruluğunu birçok farklı faktör etkiler. Örneğin açık ya da koyu cilt tonu, dövme, vücut kılları, ter ya da vücut kütlesi gibi faktörler fotopletismografi⁸⁵ sonucunu değiştirebilir⁸⁶.

Kullanıcılara ait sağlık parametrelerini takip eden çok çeşitli tıbbi ve ticari cihazlar vardır. Özellikle akıllı saatler, bu hususta büyük ilgi görmüştür. *Elektrokardiyogram* (EKG) özelliği ile bu cihazlar hasta bakımına ve toplum sağlığına büyük değer katabilir. Toplanan sağlık verilerinin doğru ve güvenilir olması ihtimalinde, bu veriler hastaları teşhis ve tedavi etmek ya da tedavi sonrasında takip etmek için kullanılabilir. Doğru verilere ulaşabilmiş sağlık profesyoneli, hızlı ve güvenli tedavi sağlayabilir ve böylece başarılı bir sağlık hizmeti sunum sistemi oluşturabilir⁸⁷. Örneğin *Apple Watch 6* ile parmak tipi oksimetre arasında yapılan bir değerlendirmede yansıma doğruluğu incelenmiş; *Apple Watch 6*'nın acil servise başvuran hastalarda oldukça doğru SpO2 değerlerine ulaştığı bulgusuna ulaşılmıştır⁸⁸.

⁸⁴ Akıllı yüzüklerin ve saatlerin şeker ölçümü için kullanılmamasını öneren açıklama için bkz. [⁸⁵ Yemek sonrası glikoz \(PPG\) testi, bir öğünden sonra plazmadaki glikoz miktarını belirleyen bir kan glikoz testidir. Periferik dolaşımdaki kanın hacimsel değişikliklerini invaziv olmayan bir şekilde ölçmek için cilt yüzeyinde düşük yoğunluklu kızılötesi yeşil LED ışık kullanan bir teknoloji içerir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYABAŞ, Oğulhan/ CUĞ, Mutlu/ BUDAK, Cemalettin, “Fotopletismografi Teknolojisine Dayalı Kalp Atım Hızı Ölçümü Yapan Giyilebilir Akıllı Saatlerin Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi: Huawei Honor Band 5 vs Xiaomi Mi Smart Band 5”, *Sportmetre The Journal of Physical Education and Sport Sciences*, Y. 2022, C.20, S. 1, s.107.](https://www.fda.gov/medical-devices/safety-communications/do-not-use-smartwatches-or-smart-rings-measure-blood-glucose-levels-fda-safety-communication#:~:text=The%20U.S.%20Food%20and%20Drug,sugar)%20without%20piercing%20the%20skin,(çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁸⁶ TU/ GAO, s. 2.

⁸⁷ İŞPİRLİ TURAN/ DOĞANALP ÇOBAN, s. 533.

⁸⁸ ARSLAN, Banu ve diğerleri, “Accuracy of the Apple Watch in Measuring Oxygen Saturation: Comparison With Pulse Oximetry and ABG”, *Irish Journal of Medical Science*, Y. 2024, S. 193, s. 481.

Öte yandan tıp literatüründe bu cihazların doğruluğu hakkında çok az veri bulunması tehlike doğurabilir⁸⁹. Giyilebilir sağlık ürünü üreticisi, ürünün tıbbi cihaz vasfı taşıyamaması nedeniyle ölçüm standardizasyonunu ortaya koyabilecek ampirik kanıtlar sunmaya gereksinim duymaz⁹⁰. Zira klinik araştırmalar zaman alır ve masraflıdır. Yapılan araştırmalar göstermiştir ki birçok farklı cihaz aynı ölçüme ilişkin farklı sonuçlar ortaya koyabilir. Hatta bazı cihazlar hata paylarının yüzde yirmiyeye kadar olduğunu açıkça belirtir⁹¹.

Görüleceği üzere tutarsızlık ve yüksek hata payı nedeniyle verinin yanlış işlenmesi olasılığı vardır. Zira giyilebilir dijital sağlık ürünlerinde bulunan bir fiziksel veya kimyasal sensörün vücut üzerinde çalışması sırasında karşılaştığı dinamik çalışma ortamı, doğru fizyolojik bilgilerin gerçek zamanlı olarak toplanmasına ilave karmaşıklık ve belirsizlik getirmektedir. Örneğin akıllı saat üzerinde bulunan elektronik cilt sıcaklığı sensörleri, ortamdaki mekanik gerilimden kolayca etkilenebilir⁹². Bu durum sağlık hukuku ve kişisel verileri koruma hukuku bakımından kabul edilemezdir. Çünkü işlenen sağlık verilerinin gerçeğe uygun olması gerekir⁹³. Toplanan kişisel sağlık verilerinin gerçeğe uygun olmaması, hak ihlaline sebep olur. Bu nedenle veri sorumlusunun, doğru ve güvenilir olduğuna emin olmadığı verileri işlememesi ve işlenmesine izin vermemesi gerekir⁹⁴.

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan ürünler tarafından toplanan sağlık verilerinin, sağlık profesyonelleri tarafından kullanılması ya da kullanımının reddedilmesi ise başka bir meseledir. Örneğin nefes darlığı şikayetiyle doktora başvuran bir hastanın akıllı saati aracılığıyla topladığı kalp ritmi grafiklerinin doktor tarafından dikkate alınmaması tıbbi uygulama hatasına neden olabilir. Zira teknolojik cihaz aracılığıyla toplanan veri hacminin büyüklüğü dikkate alındığında bu verileri kullanmayı reddeden bir sağlık personelinin tanıyı geciktirmesi ve hastaya zarar

⁸⁹ ARSLAN ve diğerleri, s. 480.

⁹⁰ PIWEK ve diğerleri, s. 4.

⁹¹ Örneğin *Contourplus* isimli ürün %10 hata payı olduğunu kullanıcıyla paylaşır. <https://www.diyabetnedir.ascensia.com/products/contour-plus/>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024; *Dexcom* isimli ürün ise %20 hata payı olduğunu ifade eder. <https://dexcomtr.com/dexcom-g6-sikca-sorulan-sorular/>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

⁹² TU/ GAO, s. 2.

⁹³ YELMEN, Âdem, “Kişisel Sağlık Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2023, C.18, S.2, s. 770.

⁹⁴ YELMEN, s. 770; AKÇAKOCA, Mehmet, *Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 207.

vermesi söz konusu olabilir⁹⁵. Ancak giyilebilir sağlık ürünleri tarafından toplanan verinin hacmi dikkate alındığında sağlık profesyonelinin bu verileri teker teker incelemesinin gerekip gerekmediği tartışılabilir⁹⁶. Özellikle bu ürünler tarafından toplanan verinin güvenilirliği dikkate alındığında sağlık profesyonelinin tıbbi kötü uygulamaya neden olmamak için tahlil talep etmesi makul karşılanmalıdır. Ancak yoğun bir olumsuz sağlık verisine rağmen, örneğin akıllı saat tarafından aritmi bildirimi ısrarlıyken, herhangi bir tetkik ve tahlil yapılmaksızın kişinin eve gönderilmesi tıbbi kötü uygulama örneğine vücut verebilir.

b. Veri Güvenliği

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin günlük kullanımının yaygınlaşmasıyla beraber veri güvenliği endişesi gündeme gelir⁹⁷. Kullanıcılar tarafından gizlilik sözleşmelerinin bilinç eksikliği, kültürel ya da sosyal nedenlerle okunmaması ve yazılım ya da uygulama üreticilerinin bu hassas konuda yeterince istekli bir biçimde kullanıcılarını usulüne uygun olarak bilgilendirilmemesi sonucunda kişisel veri ihlallerine sıkça rastlanır⁹⁸. Zira, sağlık verilerinin, bir sağlık kurumu tarafından toplanması halinde veri güvenliği meselesi birçok hukuk sisteminde ayrıca düzenlenmişken bu verilerin yeni teknolojiler vasıtasıyla toplanması halinde nasıl korunacağı meselesi hukuki bir boşluktur⁹⁹.

Bu verilere ilişkin gizlilik ve güvenlik sorunu bir dizi farklı sürece ilişkindir. Bu süreçler; veri toplama, üretici-veri ilişkisi, güvenlik ve ifşa olarak sayılabilir¹⁰⁰. Bu nedenle tüm bu süreçlerin ayrıntılı bir hukuki ve teknik düzenlemeye gereksinimi vardır.

Hukukumuzda, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik¹⁰¹ ile sağlık verilerine ilişkin düzenleme yapılır. Ancak bu düzenleme, tıbbi cihaz vasfı ta-

⁹⁵ TERRY/ WILEY, s. 76.

⁹⁶ TERRY/ WILEY, s. 77.

⁹⁷ DAHİ, Alan/ FORGO, Nikolaus/ JENSEN, Sarah/ STAUCH, Marc, "Using Patient Avatars to Promote Health Data Sharing Applications: Perspectives and Regulatory Challenges", *European Journal of Health Law*, Y. 2016, C. 23, s. 182; ROCHER, Luc ve diğerleri, "Estimating the Success of Re-identifications in Incomplete Datasets Using Generative Models", *Nature Communications*, Y. 2019, C. 10, S. 1, s. 2; DURKIN, s. 279; TROIANO, s. 1724; DECLUE, s. 114; Yapılan bir araştırma Amerika vatandaşlarının %72'sinin kişisel verilerini çevrimiçi ortamlarda paylaşmaktan endişe duyduğunu ifade eder. MOREY, Timothy/ FORBATH, Theodore/ SCHOOP, Allison, "Customer Data: Designing for Transparency and Trust", *Harvard Business Review*, Y. 2015, S. Mayıs, s. 96-105; Aynı yönde SPANN, s. 1412.

⁹⁸ SPANN, s. 1421.

⁹⁹ DURKIN, s. 280.

¹⁰⁰ SPANN, s. 1419.

¹⁰¹ RG. 21.06.2019, S. 30808.

şımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerini kapsamaz¹⁰². Zira, Yönetmeliğin 3. maddesi uyarınca düzenleme yalnızca, *“kişisel sağlık verisi işleyen özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin, Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülmekte olan süreç ve uygulamalara ilişkin faaliyetlerini kapsar.”* Öte yandan, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, giyilebilir dijital sağlık ürünlerini kapsamasa da kişisel sağlık verisi kavramının tanımına yer vermesi ve genel hükümler barındırması bakımından önemlidir. Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının j bendine göre kişisel sağlık verisi *“kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri”* ifade eder.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel sağlık verisi kavramına yer vermez. Ancak, Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre kişisel veri *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi”* ifade eder. Görüleceği üzere genel anlamda kişisel veri kavramı oldukça geniş

¹⁰² Amerikan hukukuna ilişkin aynı yönde bkz. Sağlık ve esenlik uygulamaları tıbbi bakım hizmeti sağlamaz. Yalnızca kullanıcısının kendisine ait sağlık verisini toplamasına imkân tanır. Bu nedenle HIPAAA (Health Insurance Portability and Accountability Act) tarafından düzenlenmez. LANGLEY, s. 1648; Aynı yönde SPANN, s. 1424; TROIANO, s. 1733; Halihazırda sağlık verilerinin toplanmasına ve depolanmasına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmaz. Giyilebilir teknolojiler tarafından toplanan verilerin, özellikle tele-sağlık uygulamaları çerçevesinde, korunmasına ilişkin özgü bir düzenleme de yer almaz. En yakın uygulanabilir hukuki düzenleme HIPAAA olarak değerlendirilebilir. Ancak buradaki temel mesele bu hukuki düzenlemenin sağlık kurumları tarafından toplanan sağlık verilerine ilişkin veri güvenliğini sağlamayı amaçlamasıdır. Bu nedenle özellikle tele-sağlık uygulamaları aracılığıyla toplanan veriler sağlık kuruluşu tarafından kullanılacak olsa bile, netice olarak giyilebilir sağlık ürünleri tarafından toplanan ve depolanan sağlık verilerine ilişkin bir düzenleme bulunmaz. Başka bir ifadeyle HIPAA’da yer alan düzenlemeler giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin topladığı ve depoladığı sağlık verilerine ilişkin genişletilemez. DECLUE, s. 119; Aynı yönde SIFAOU/ EASTIN, s. 27; DEITCH, s. 115-116; PRATT, s. 107-109; Giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan verilerin hangi hukuki düzenlemeye tabi olacağı noktasında bir tartışma Amerikan Futbol Ligi Oyuncuları Sendikası (NFLPA) ve Whoop isimli bir teknoloji şirketi arasında yapılan, sporcuların sağlık verilerinin bir giyilebilir dijital ürün tarafından toplanarak sporcu verimliliğinin artırılması amacıyla işlenmesi hususunu içeren bir ortaklık anlaşması kapsamında gündeme gelmiştir. Bilindiği üzere kişisel sağlık verileri ancak yetkili sağlık kuruluşu tarafından toplandığı zaman ilgili mevzuatın kapsamına girer. Oysa Amerikan spor kulüpleri mevzuat gereği bünyesinde en az bir sağlık personeli bulundurmak zorundadır. Bu çerçevede bünyesinde sağlık personeli bulunduran Amerikan Futbol Ligi Oyuncuları Sendikasının ya da iş birliği yaptığı Whoop şirketinin, yetkili sağlık kuruluşu olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür. DURKIN, s. 297; Kanımızca somut olayda Amerikan Futbol Ligi Oyuncuları Sendikasının (NFLPA) tıbbi personel bulundurma yükümlülüğü, sendika tarafından toplanan sağlık verilerinin HIPAA kapsamında değerlendirilmesi bakımından yeterli kabul edilememelidir. Çünkü bu denli genişletici bir yorum yapılması şirketlerin yalnızca bünyesinde sağlık çalışanı bulundurması nedeniyle yetkili sağlık sunucusu haline gelmesine neden olabilir. Belki kişisel verilerin korunması hukuku bakımından genişletici yorum yapılması toplanan sağlık verilerinin güvenliği ve gizliliği endişesi bakımından olumlu sonuç elde edilmesine yardımcı olabilir; ancak öte yandan sağlık hukuku bakımından hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartlarından birisi olan yetkili sağlık sunucusu kavramının geniş yorumlanması nedeniyle kişilerin zarara uğraması söz konusu olabilir. Burada odaklanılması gereken nokta; Whoop şirketinin sporcuların sağlık verilerini toplama amacının, sporcuların sağlık ve iyileşme durumlarını analiz etmek olmasıdır. Haliyle bahsedilen Whoop tarafından üretilen giyilebilir sağlık ürününün kullanım amacının sağlık ve esenliğin takibi arzusunun ötesine geçtiği, bu nedenle tıbbi cihaz olarak nitelendirilmesi gerektiğinin ifade edilmesi daha doğru bir yaklaşım olabilir.

bir çerçevede tanımlanmıştır. Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında ise özel nitelikli kişisel veri düzenlenir. Hükme göre *"Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir."* Haliyle hukukumuzda sağlık verileri, özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmelidir¹⁰³. Her ne kadar tıbbi cihaz vasfı taşımayan dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan veriler; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve GDPR koruması altında olsa da bahsedildiği üzere bu verilerin hassas sağlık verisi olması ve bu hukuki düzenlemelerde sağlık verilerine ilişkin ayrıca bir hüküm yer almaması nedeniyle tâbi olunan genel veri koruması yeterli değildir.

Görüleceği üzere, doğası gereği bazı verilerin işlenmesi, veri sahibi bakımından özel riskler doğurabilir. Haliyle bu veriler bakımından daha sıkı bir korumanın öngörülmesi gerekir¹⁰⁴. Bu çerçevede, kişisel sağlık verisi ve bu verilerin işlenmesi kavramları geniş yorumlanmalıdır. İşleme kavramı içerisinde; verilerin elde edilmesi, depolanması, arşivlenmesi, kullanılması, değiştirilmesi, açıklanması, aktarılması ve korunması yer almalıdır¹⁰⁵.

Bu çerçevede, kişisel sağlık verilerine ilişkin veri ihlali iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bu veriler, üçüncü kişiler tarafından çalınabilir ya da veri sorumlusu tarafından üçüncü kişilerle bilerek paylaşılabilir.

(a) Verilerin Çalınması

*"Veri depolama kabiliyeti olan her cihaz, verilerin çalınma riskine de açıktır"*¹⁰⁶. Giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan veriler genellikle internet tabanlı bulut bilişim sistemleri vasıtasıyla toplanır¹⁰⁷ ve Bluetooth veya NFC aracılığıyla akıllı telefon ya da bilgisayar uygulamalarına aktarılır. Bulut tabanlı dijital sağlık ürünlerine ilişkin uygulamalar ve yazılımlar çoğunlukla harici sistemlerde barındırılır ya da kimi zaman birden fazla farklı platformda depolanır. Bu nedenle, veri güvenliği, verilerin yetkisiz ifşası, verilerin çalınması gibi tehlikeler söz konusudur. Bu verilerin etkin koruma yöntemleriyle ko-

¹⁰³ DÜLGER, s. 54; KULULAR İBRAHİM/ GÖKDAŞ, s. 548; YELMEN, s. 754.

¹⁰⁴ AKÇAKOCA, s. 52-53.

¹⁰⁵ Aynı yönde YELMEN, s. 767; ALÇİN, s. 375.

¹⁰⁶ "Any device that has the capability to store data, has the potential to have data stolen." TROIANO, s. 1726.

¹⁰⁷ KAPOOR, Vidhi ve diğerleri "Privacy Issues in Wearable Technology: An Intrinsic Review", *International Conference on Innovative Computing and Communication*, Y. 2020, s. 1; TU/ GAO, s. 5.

runması, bulut tabanlı hizmetler önemli miktarda hassas veri depoladığından, bir veri koruma meselesidir¹⁰⁸. Haliyle verinin yanlış kişilerce elde edilmesi halinde, kimlik hırsızlığı¹⁰⁹, doxing¹¹⁰, şantaj¹¹¹ ya da kitlesel gözetim söz konusu olabilir¹¹².

Örneğin “MyFitnessPal” isimli sağlık ve esenlik uygulamasının bir siber saldırı sonucunda yaşadığı önemli bir veri ihlali sonucunda, yaklaşık 143 milyon kullanıcının kişisel verileri çalınmıştır. MyFitnessPal, tespit edilemeyen bir üçüncü tarafca sistemine yetkisiz erişim olduğunu kullanıcılarına bildirmiştir¹¹³. Söz konusu uygulamanın kullanıcılarının fiziksel aktivitelerini ve beslenme düzenlerini izlemesinin yanında, egzersiz sırasında kaybedilen kalorileri takip edebilmek için Fitbit, RunKeeper, Paer Pedometer ve Polar Flow gibi diğer uygulamalara da bağlanabilmesi ihlal edilen verilerin büyüklüğü açısından önemlidir. Buna karşın, hackerların (bilgisayar korsanı) hükümet tarafından verilen kimlik bilgileri, sosyal güvenlik numaraları, sürücü belgesi numaraları veya ödeme kartı verileri gibi hassas verilere erişemediği; çünkü bunların ayrı olarak işlendiği belirtilmiştir. Etkilenmiş olabilecek verilerin e-postalar, kullanıcı

¹⁰⁸ Bkz. <https://iclg.com/practice-areas/digital-health-laws-and-regulations/switzerland>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹⁰⁹ Beş ülkede (Çin, Amerika, Hindistan, İngiltere ve Almanya) yapılan bir ankette katılımcıların %97’si kişisel verilerinin kötüniyetli olarak paylaşılmasından endişe duyduğunu ifade etmiştir. Katılımcılar arasında en çok endişe duyulan hususun kimlik hırsızlığı (Çin katılımcılarının %84’ü ve Hindistan katılımcılarının %49’u) olduğu ortaya konmuştur. MOREY/ FORBATH/ SCHOOP, s. 6.

¹¹⁰ Doxing bir kişi veya kuruluş hakkında özel veya tanımlayıcı bilgileri veri ihlali yapmak suretiyle araştırmak ve kamuya açık platformlarda yaymak anlamına gelir. <https://www.cyber.gov.au/glossary/doxing>, (çevrimiçi) E.T: 20 Nisan 2025; Doxing genellikle kötü niyetli paylaşım anlamına gelir ve bilgisayar korsanlığıyla bağdaştırılır. <https://www.economist.com/the-economist-explains/2014/03/10/what-doxing-is-and-why-it-matters>, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

¹¹¹ Siber saldırı neticesinde bilgisayar korsanlarının örneğin hasta kayıtlarına ulaşması, bu kayıtların silinmesi ve değiştirilmesi nedeniyle hatalı teşhis ve tedaviye neden olabileceği gibi fidye amacıyla veri hırsızlığına da konu edilebilir. HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 269.

¹¹² ROCHER ve diğerleri, s. 2; Giyilebilir dijital sağlık ürünlerine ilişkin, Alman Federal Bilgi Güvenliği Kurumu tarafından yapılan açıklamada özellikle kimlik hırsızlığı ve doxing vurgusu yapılmıştır. Zira, Giyilebilir dijital sağlık ürünleri topladığı verileri, Bluetooth veya NFC arayüzleri aracılığıyla bir akıllı telefona ya da bilgisayara gönderir. Genellikle bu akıllı cihaza, verileri analiz eden ve grafiksel olarak görüntüleyen bir uygulama yüklenir. Bu uygulamaya ait veriler, bulut bilişim sistemleri ve giyilebilir cihazların bağlandığı akıllı telefon, tablet veya bilgisayar gibi yardımcı cihazlar aracılığıyla depolanır. Bu cihazların uygulama yazılımlarındaki veya donanım arayüzlerindeki güvenlik açıkları, sisteme ve dolayısıyla orada depolanan verilere olası geçitler olarak ifade edilmelidir. Bkz. https://www.bsi.bund.de/EN/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Informationen-und-Empfehlungen/Internet-der-Dinge-Smart-leben/Smart-Home/Wearables/wearables_node.html#doc921990bodyText2, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

¹¹³ Bkz. <https://www.twingate.com/blog/tips/myfitnesspal-data-breach>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

cı adları ve karma parolalar olduğu bildirilmiştir¹¹⁴. Zira hassas verilerin *Bcrypt*¹¹⁵ parola-karma işleviyle korunmasına karşın; diğer verilerin güncel olmayan *SHA-1*¹¹⁶ işleviyle korunduğu açıklanmış; oysa bu verilerin de en azından *SHA-2*¹¹⁷ koruması altında olmasının gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁸.

Sağlık verileri özel nitelikli kişisel veri, hassas veri¹¹⁹, olması bakımından hukuki düzenlemelerde yüksek düzeyde koruma öngörülmesi gerekir¹²⁰. Elektronik ortamda sağlık verilerinin toplanması, yedeklenmesi ve işlenmesi amacıyla gerekli yazılım ve donanım yeterliliklerinin sağlanması gerekir. Bu noktada kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin kuralların somut bir biçimde düzenlenmesi gerekir¹²¹. Ancak aynı zamanda giyilebilir sağlık ürünleri tarafından toplanan verilerin hepsine aynı hassas korumanın öngörülmesi “*tehlikeli aşırı basitleştirme*” riski doğurabilir. Böyle bir düzenleme, veri bilimindeki ilerlemelerle orantılı koruma sağlayamayacağı için yetersiz koruma riski doğurabilir¹²². Bu nedenle veri koruma düzenlemelerinin dikkatli bir biçimde yapılması, veri tiplerine ve kategorilerine uygun siber korumaların öngörülmesi gerekir.

İyi bir örnek olarak, Almanya, 1 Temmuz 2024’te bulut bilişim sistemleri kullanılarak sağlık verilerinin işlenmesi için daha katı ölçütler yürürlüğe koyarak önem almıştır. Alman Sosyal Güvenlik Kanunu’nun (SGB)¹²³ 5. Kitabının

¹¹⁴ Bkz. <https://www.bitdefender.com/en-us/blog/hotforsecurity/myfitnesspal-hacked-150-million-user-accounts-compromised/>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹¹⁵ “*Bcrypt*, Niels Provos ve David Mazières tarafından Blowfish şifreleme yöntemi esas alınarak geliştirilmiş ve ilk kez USENIX’te, 1999 yılında sunulmuş bir parola özet fonksiyonudur.” <https://tr.wikipedia.org/wiki/Bcrypt>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹¹⁶ “*SHA-1* artık güvenli bir algoritma olarak düşünülmemektedir. Kriptanalistler, 2005’te yapılan bir saldırıyla *SHA-1*’in devam eden kullanım için yeterince güvenli olmadığını ispatladılar. Bu yüzden 2010’dan beri *SHA-1* yerine daha güvenli olan *SHA-2* veya *SHA-3* öneriliyor. 2017 itibarıyla ise Microsoft, Google, Apple ve Mozilla SSL sertifikalarından *SHA-1* desteğini çekeceklerini açıkladılar.” <https://tr.wikipedia.org/wiki/SHA-1>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹¹⁷ “*SHA-2*, ABD Ulusal Güvenlik Ajansı (NSA) tarafından tasarlanmış kriptografik özet (hash) fonksiyonları kümesidir” <https://tr.wikipedia.org/wiki/SHA-2>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹¹⁸ <https://www.idstrong.com/sentinel/myfitnesspal-data-breach/>, (çevrimiçi) E.T: 25 Aralık 2024.

¹¹⁹ ALÇİN, Ayşe Aşlı, “Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü”, *TAAD*, Y. 2022, C.13, S.51, s. 367-373; KAYA, Özge Nefise, *Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Hasta ve Hasta Yakınlarına Gerçeğin Söylenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 90-91; YILMAZ, Sabire Sanem, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 66-69.

¹²⁰ DÜLGER, s. 57; KAPOOR ve diğerleri, s. 4; TROIANO, s. 1724-1725; ORAK Beşir, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 26-29; YÜKSEL, Gürbüz, “*Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması*”, *Sağlık Akademisyenleri Dergisi*, Y. 2018, C.6, S.1, s. 2.

¹²¹ YELMEN, s. 766.

¹²² DEITCH, s. 119.

¹²³ Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_5/_393.html, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

393. maddesinde sağlık sisteminde bulut kullanımı düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca bulut bilişim sistemleri kullanılarak sağlık verilerinin işlenmesi daha sıkı ölçütlere tâbi kılınmıştır. Düzenleme, veri güvenliğinin sağlanması için uygun teknik ve organizasyonel tedbirlerin uygulanması gerektiğini ifade ederek Alman Federal Bilgi Güvenliği Kurumu tarafından hazırlanan bir bulut bilişim standardı olan “*C5 Standartlarına*” atıf yapmıştır. Bu kapsamda bulut bilişim müşterileri, sağlık hizmeti sağlayıcıları veya sigortalar, C5 sertifika test raporunda düzenlenen standartları sağlamalıdır¹²⁴. Ancak bu noktada ifade edilmesi gereken önemli bir sorun, söz konusu yasal düzenlemenin tıbbi cihaz niteliği taşımayan ve sağlık sunucuları tarafından kullanılmayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri bakımından geçerli olup olmadığıdır. Düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, bu ürünler tarafından toplanan sağlık verilerinin bu kapsamda korunmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir.

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan sağlık verilerinin aktarıldığı bulut hesaplarının sağladığı veri koruma standartlarının Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’ne uygunluğu ise bir başka meseledir. Zira, kullanılan ürünlerin birçoğunun Amerika merkezli bulut hesapları kullandığı açıktır. Ayrıca bu standartlar yalnızca “*CE*” onayı olan giyilebilir sağlık ürünleri ile kısıtlı olmayıp kullanıcının verilerini depolayan tüm ürünler bakımından geçerlidir¹²⁵. Bu hususa ve muhtemel çözüm yollarına aşağıda öneriler kısmında denilecektir.

(b) Verilerin Paylaşılması

Günümüzde verinin ekonomik değeri tartışılmaz bir hal almıştır. Haliyle, milyonlarca kişinin sağlık verilerine günlük ulaşım sağlayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin topladığı özel nitelikli kişisel verilerin ekonomik değeri azımsanamayacağından bu değerli verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması olasılığı yüksektir¹²⁶. Haliyle, giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan ve özel

¹²⁴ C5 standartları olarak ifade edilen bulut bilişim uyumluluk kriterleri kataloğu 17 konuya ayrılmış 125 farklı ölçütten oluşur. Bu standartlar, bulut bilişim ve bilgi güvenliği alanındaki ulusal ve uluslararası standartlardan ve yayınlardan türetilir. https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/EN/BSI/CloudComputing/ComplianceControlsCatalogue/2020/C5_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

¹²⁵ BRÖNNEKE ve diğerleri, s. 4947-4948.

¹²⁶ Yapılan bir araştırmada on iki farklı sağlık ve egzersiz uygulamasının toplamış olduğu kişisel verileri yetmiş altı farklı üçüncü kişiyle paylaştığı tespit edilmiştir. LANGLEY, s. 1646; Başka bir araştırma ise elli beş ana şirketin yüzde yetmiş dokuzu kullanıcı verilerini paylaşmıştır. Veri paylaşılan üçüncü taraflar, kullanıcı verilerini iki yüz on altı dördüncü taraf ile paylaşabildiklerini belirtmişlerdir. GRUNDY ve diğerleri, s. 1; Aynı yönde SPANN, s. 1417; TROIANO, s. 1724.

nitelikle kişisel veri olarak kabul edilen sağlık verilerinin, veri komisyoncuları aracılığıyla üçüncü taraflarla paylaşılması şaşırtıcı olmamalıdır¹²⁷.

Yapılan bir araştırma özellikle mobil ekosistemlerde tekel konumunda olan üçüncü tarafların kullanıcılara ait sağlık verilerini farklı bir uygulama aracılığıyla toplayabileceğini ve kullanıcılara ait kişisel sağlık profilleri oluşturabileceğini öne sürmüştür. Çalışmada örneklenen yirmi dört uygulamadan on dokuzunun elli beş farklı dördüncü tarafla veri paylaştığı, bu elli beş taraftan otuz yedisinin bu verileri toplayarak diğer kişilere reklamcılık ve pazarlamacılık gibi alanlarda kullanılmak üzere veri analizi hizmeti sağladığı ortaya konmuştur. Toplanan verileri dördüncü taraflarla paylaşan teknoloji şirketlerinin en önemli örnekleri *Google*, *Facebook* ve *Oracle* gibi statü ve erişim alanı büyük şirket olarak tespit edilmiştir¹²⁸.

Giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan kişisel verilerin ihlali noktasında değişik kaygılardan da bahsedilebilir. Örneğin kürtaj yaptırmanın yasak olduğu bir yerde, kadınların ovulasyon döngüsünü ve dönemlerini takip eden bir sağlık uygulaması vasıtasıyla ortaya çıkabilecek bir veri ihlalinde kürtaj yaptırmayı düşünen kişinin cezalandırılması söz konusu olabilir¹²⁹.

Benzer şekilde kullanıcıların kişisel verilerinin ticarileştirilmesi söz konusu olabilir¹³⁰. Öyle ki veri komisyoncusu¹³¹ olarak adlandırılan bazı şirketler, tüketicilerin kişisel verilerini toplayarak bu bilgileri üçüncü kişilere yeniden satmakta ya da paylaşabilir¹³². Uygulamada, bu değerli sağlık verileri özellikle sigorta

¹²⁷ SPANN, s. 1421; SIFAOU/ EASTIN, s. 27; Kimi zaman veri ihlali dışında kullanıcılar söz konusu verilerinin paylaşılması hususunda rıza göstermiş olabilirler. Örneğin bir akıllı kol bandı kullanıcısı, bu radaki veriler baz alınarak mensubu olduğu sigorta şirketinden indirim teklifi alabilir. TROIANO, s. 1717-1718; Ancak bu noktada dâhi kullanıcının söz konusu rızayı vermesine ilişkin aşağıda geçerli rıza hususunda yapılan açıklamaları hatırlatmakta fayda vardır. Zira kullanıcı bir indirim hakkı tanınması için paylaşmaya rıza gösterdiği veriler nedeniyle daha sonra kişilik hakkı ihlaline uğrayabilir.

¹²⁸ DEITCH, s. 116.

¹²⁹ SIFAOU/ EASTIN, s. 32; TUROW, Joseph ve diğerleri, "Americans Cannot Consent to Companies' Use of Their Data", *International Journal of Communication*, Y. 2023, C.17, s. 4805.

¹³⁰ LANGLEY, s. 1642; SIFAOU/ EASTIN, s. 28; SPANN, s. 1418.

¹³¹ Veri simsarı, çoğunlukla kamu kayıtlarından ancak bazen özel kaynaklardan olmak üzere kişiler hakkında kişisel veri (gelir, etnik köken, siyasi inançlar veya coğrafi konum verileri gibi) veya veri toplama ve bu bilgileri çeşitli kullanımlar için üçüncü taraflara satma veya lisanslama konusunda uzmanlaşmış bir kişi veya şirkettir. 1990'lardan bu yana genellikle internet tabanlı olan kaynaklar arasında nüfus sayımı ve seçim kütüğü kayıtları, sosyal ağ siteleri, mahkeme raporları ve satın alma geçmişleri yer alabilir. Veri sim-sarlarından alınan bilgiler, işverenler ve konutlar tarafından kullanılan geçmiş kontrollerinde kullanılabilir. https://en.wikipedia.org/wiki/Data_broker, (çevrimiçi) E.T: 10 Ekim 2024.

¹³² SIFAOU/ EASTIN, s. 32; TROIANO, s. 1724.

şirketlerinin ilgisini çeker. Çünkü kullanıcı hakkında toplanan sağlık verileri, olası sağlık bakımı giderlerinin ortalama bir faturasını çıkarabilir¹³³.

Aslında bu verilerle yapılan şey; ileride doğabilecek sağlık bakım maliyeti- nin hesaplanmasına ilişkin tahminler üreten bilgisayar algoritmalarının çalıştırılmasıdır. Örneğin yakın zamanda evlenen bir kadın kullanıcının hamile kalma olasılığı ve böylece hamilelik masrafı doğurma olasılığı yüksektir¹³⁴. Ya da göğüs kanseri erken teşhisi için memenin ultrason görüntüsünü hiçbir harici ultrasona ihtiyaç duyulmadan eşzamanlı çekmeye imkân tanıdığı iddia edilen giyilebilir dijital bir sütyen vasıtasıyla elde edilen veriler neticesinde kanser hastası olma ihtimali bu algoritmalar tarafından hesaplanabilir¹³⁵.

Bu verileri satın alan şirketler, verileri istihdam kararı alırken de kullanabilir¹³⁶. Örneğin işçinin alkol, sigara kullanımı, ruhsal durumu ya da kalp rahatsızlığı gibi bilgilerine ulaşarak işe alım kararı almaktan vazgeçilebilir. Hatta yalnızca işe alım süreçlerinde değil; iş yaşamında da işçilerin sağlık verilerini kontrol altında tutmak amacıyla giyilebilir sağlık ürünleri, işveren tarafından kullanılabilir. Örneğin Appirio isimli bir firma “*şirket esenlik programı*” adı altında çalışanlarına dört yüz adet Fitbit akıllı bilek bandı dağıtır. Böylece çalışanların paylaştığı sağlık verilerine dayanarak çalıştığı sigorta şirketinden yüzde beş indirim alır¹³⁷.

Giyilebilir sağlık ürünleri tarafından toplanan sağlık verileri reklamcılık şirketlerine de satılabilir¹³⁸. Burada amaç; kullanıcının rızası ve bilgisi olmaksız-

¹³³ DEITCH, s. 117; LEU/ GÄCHTER/ ELGER, s. 2; Türkiye’de Türkiye Sigortalar Birliği vasıtasıyla hastaların sağlık verileri toplanabilir ve sigorta poliçelerinin koşulları buna göre düzenlenebilir. YILMAZ, s. 69; “*Sağlık uygulamaları gizliliğinizi riske mi atıyor?*” <https://www.consumerreports.org/health/health-privacy/are-health-apps-putting-your-privacy-at-risk-a1118223508/>, (çevrimiçi) E.T: 10 Ekim 2024.

¹³⁴ “*Health Insurers Are Vacuuming Up Details About You and It Could Raise Your Rate*”, <https://www.npr.org/sections/health-shots/2018/07/17/629441555/health-insurers-are-vacuuming-up-details-about-you-and-it-could-raise-your-rates>, (çevrimiçi) E.T: 10 Ekim 2024.

¹³⁵ “*Canan Dağdeviren’in yeni icadı: meme kanserine karşı sütyen*” <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/canan-dagdevirenin-yeni-icadi-meme-kanserine-karsi-sutyen,dqokAfqcpEy6Bh9oCHou5Q>, (çevrimiçi) E.T: 04 Aralık 2024.

¹³⁶ Örneğin kullanıcının yeme alışkanlıkları, egzersiz düzeni, uyku düzeni, ruh sağlığı gibi veriler bir kişinin sosyal ve kültürel sınıfı hakkında fikir verebilir. Bu durum, ekonomik ayrımcılığın gizlenmiş bir türü olarak ifade edilebilir. SPANN, s. 1418, 1421; Benzer bir yorum kişinin yetkili sağlık kurumları tarafından toplanan verilerine ilişkin de yapılabilir. Kişinin sağlık verileri vasıtasıyla örneğin tercih ettiği sağlık kurumu, tedavi yöntemi, ödediği ücret gibi, sosyo-ekonomik düzeye ilişkin kanı oluşturulabilir. KULULAR İBRAHİM/ GÖKDAŞ, s. 548; İşveren açık bir pozisyon için başvuran iki aday arasında, kişisel sağlık verilerine dayanarak hangi adayın daha uzun vadeli bir yatırıma değer olacağına karar verebilir. PRATT, s. 112.

¹³⁷ TROIANO, s. 1722.

¹³⁸ DEITCH, s. 116; DECLUE, s. 114; LANGLEY, s. 1646; TROIANO, s. 1725; GRUNDY ve diğerleri, s. 2.

zın toplanan sağlık verileri aracılığıyla hedeflenmiş reklamcılık yapılmasıdır¹³⁹. Hedeflenmiş reklamcılık belirlenmiş bir hedef kitleye yönelik özelleştirilmiş reklamlar oluşturmayı amaçlar¹⁴⁰. Örneğin akıllı saati aracılığıyla uyku düzeni takibi yapan bir kullanıcıya sürekli uyuması nedeniyle *hypersomnia* olasılığı üzerinden psikolojik danışmanlık reklamları gönderilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

Teknolojik ürün kullanıcıları kendi aralarında konuştuğu ya da tarayıcıda aradığı anahtar kelimelere göre reklamlarla karşılaşır¹⁴¹. Örneğin bir arkadaş toplantısında, akıllı telefonların bulunduğu bir ortamda, yaz tatili planlarından bahsedildiğinde, arama motoru reklamlarının tatil sitelerine yönlendirdiği görülebilir. Aslında veri ihlali oluşturan bu durum günlük hayatta kullanıcısı olunan teknolojik ürünlerden vazgeçilmesine neden olmayabilir. Hatta birçok kullanıcı bu veri ihlallerini önemsemeyebilir. Ancak bu noktada, örneğin egzersiz alışkanlıklarına ilişkin zararsız ya da masum olarak ifade edilebilecek reklamlar kullanıcı karşısına çıktığında bu veri ihlali önemsenmezken, diğer ciddi sağlık verilerinin, örneğin şizofreni ya da cinsel hastalıklar gibi, reklamcılık amacıyla kullanılması hukuki bir uyuşmazlık yaratabilir¹⁴². Bu nedenle kullanıcısının kişisel verilerini işleme kapasitesine sahip olan her ürün bakımından kapsamlı düzenlemelere gereksinim duyulur.

3. Rızanın Geçerliliği

Rıza ve bildirim (*notice and consent*) sistemi olarak ifade edilen anlayış, üreticilerin işledikleri kişisel verilere ilişkin gizlilik politikaları (hüküm ve şartlar) yayınlamasını; bireysel kullanıcıların bu hükümleri okuyup anlayarak bu ürünü kullanıp kullanmama konusunda karar vermelerini bekler¹⁴³.

¹³⁹ DECLUE, s. 120; LANGLEY, s. 1646; MOREY/ FORBATH/ SCHOOP, s. 4.

¹⁴⁰ Hedeflenmiş reklamcılık için bkz. GÖKDEMİR, Şaduman Şeyda/ AKINCI, Semra, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılığa Yönelik Tüketici Tutumları ve Mahremiyet Endişeleri, *Erciyes İletişim Dergisi*, Y. 2019, C. 1, S. Özel, s. 21-38.

¹⁴¹ Örneğin 404 Media, yakın zamanda Cox Media Group'tan (CMG) bir aktif dinleme yazılımı aldı. Yazılım insanların cihazlarının mikrofonlarının, yakınındaki konuşmalara göre reklam belirleyebilmesine imkân tanıyor. <https://www.theguardian.com/commentisfree/article/2024/sep/04/yes-it-sounds-like-a-conspiracy-theory-but-maybe-our-phones-really-are-listening-to-us>, (çevrimiçi) E.T: 04 Aralık 2024; "Müşterilerimizin, Siri kalite değerlendirme sürecimiz kapsamında Siri ses kayıtlarının dinlenmesiyle ilgili olarak son zamanlarda yapılan haberlerden ötürü endişe duyduklarını biliyoruz." <https://support.apple.com/tr-tr/HT210558>, (çevrimiçi) E.T: 04 Aralık 2024.

¹⁴² DECLUE, s. 120.

¹⁴³ TUROW ve diğerleri, s. 4797.

Bu noktada, kişilerin bu teknolojileri bilerek ve isteyerek kullandığı¹⁴⁴ savunulsa da aslında tehlikelerin ve risklerin kullanıcı tarafından doğru anlaşılabilmesinin kabulü hayalci bir yaklaşım olur¹⁴⁵. Örneğin bir araştırma, katılımcılarının %73'ünün üreticilerin ya da şirketlerin kendileri hakkında topladıkları verilerin neler olduğunu denetleyebilmek için zamanları olmadığını ifade ettiklerini ortaya koyar¹⁴⁶.

Bu kapsamda geçerli bir rızanın varlığı değerlendirilirken aradaki sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olabileceği; haliyle kullanıcının da tüketici sıfatını taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır. Kullanıcının geçerli rıza beyanından önce, rıza vereceği hususa ilişkin bilgilendirilmesi, yani aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir¹⁴⁷.

Kullanıcılar, giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından kendilerine sunulan karmaşık gizlilik politikalarını anlamakta güçlük yaşayabilirler¹⁴⁸. Çünkü geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için kullanıcıların dijital okur yazarlığının varlığı tartışması bir yana, kullanıcılarının sağlık okuryazarlığının da bulunması gerekir¹⁴⁹. Bu nedenle genellikle tüketici sıfatına sahip olan kullanıcıların, verilerinin sınırsızca toplanmasının sonuçlarını tamamiyle anladığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır¹⁵⁰. Çünkü kullanıcı kişisel verilerine ilişkin gizlilik

¹⁴⁴ Kullanıcılar paylaştıkları kişisel verileri aracılığıyla hayatlarını kolaylaştıracak ürün ve hizmetlere ulaşırlar. Örneğin *Google's Nest* termostat evde yaşayan kişilerin günlük yaşam rutinlerini öğrenerek ısıtma ve soğutma sistemlerini otomatik olarak çalıştırabilir. Bu nedenle kullanıcılar teknolojik ilerlemenin tersine dönmelerini istemezler ve üreticiler kullanıcıların kişisel verilerini toplayan ürünleri üretmeye devam ederler. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Google_Nest_\(ak%C4%B1l%C4%B1_hoparl%C3%B6r\)](https://tr.wikipedia.org/wiki/Google_Nest_(ak%C4%B1l%C4%B1_hoparl%C3%B6r)), (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024; MOREY/ FORBATH/ SCHOOP, s. 4.

¹⁴⁵ Mobil uygulamaları indirdikten sonra istenilen izinlere ilişkin hüküm ve koşulların okunurluğuna ilişkin yapılan bir araştırmada *"katılımcıların yaklaşık %23'ü 'Nadiren' okuduğunu ifade ederken, yaklaşık %13'ü de 'Hiçbir zaman' okumadığını ifade etmiştir. 'Her zaman' ve 'Sıklıkla' yanıtı verenlerin toplam oranı %28 iken; 'Nadiren' ve 'Hiçbir zaman' yanıtı verenlerin toplam oranı yaklaşık %37'dir. Buna göre bireylerin, indirdikleri uygulamalar tarafından istenilen izinlerin farkında olduğu ancak, bu izinlerin içeriğini okumadıkları sonucunu çıkarmak mümkündür."* KARLI, İhsan/ DOĞRU, Sema/ DOĞRU, Yusuf Bahadır, "Akıllı Telefonların Uygulama İzinleri Üzerine Bir Farkındalık Çalışması", *Online Academic Journal of Information Technology*, Y. 2018, C. 9, S. 30, s. 157.

¹⁴⁶ TUROW ve diğerleri, s. 4807.

¹⁴⁷ ÖZER DENİZ, Miray, "Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Aydınlatma Yükümlülüğü", *Erciyes Akademi*, Y. 2022, C. 36, S. 3, s. 1429.

¹⁴⁸ TU/ GAO, s. 6; SIFAOUI/ EASTIN, s. 31.

¹⁴⁹ SIFAOUI/ EASTIN, s. 35.

¹⁵⁰ Yapılan bir araştırma, gizlilik politikalarının %13,78'inin (%13.77 iOS, %13.66 Android) ve hüküm ve koşulların %15,24'ünün (%15.50 iOS, %13.87 Android) orta düzey kullanıcılar tarafından okunabilir olduğunu tespit etmiştir. ROBILLARD, Julie M. ve diğerleri, "Availability, Readability, and Content of Privacy Policies and Terms of Agreements of Mental Health Apps", *Internet Interventions*, Y. 2019, C. 17, S. Eylül, s. 2.

endişesi taşısa bile kullandığı uygulamaya, ürüne ya da cihaza ilişkin kullanım koşulu anlaşmalarını (*hüküm ve şartlar*) imzalarken yeterince özenli davranmayabilir. Başka bir ifadeyle gizlilik endişesine rağmen kullanıcılar, kişisel bilgilerini çoğu zaman istekli bir biçimde paylaşırlar. Öğretide buna *gizlilik paradoksu* ismi verilir¹⁵¹.

Kullanıcıların kişisel bilgilerini paylaşma niyetlerine ve gerçekteki davranış modellerine ilişkin yapılan bir araştırmaya göre¹⁵²; kullanıcılara ait verilerin gizliliği ve mahremiyeti kanun koyucu tarafından önemli bir mesele olarak görülür. Buna rağmen kullanıcılar, teknolojinin geldiği nokta karşısında artık kişisel verilerini saklayacak bir yer olmadığı endişesini taşırlar¹⁵³. Bu endişe karşısında; kullanıcıların kişisel bilgilerinin doğrudan talep edilmesi halinde bunları paylaşmaya istekli olmadıkları ancak başka bir sonuca ulaşmak için (örneğin alışveriş yapmak, bir web sitesine girmek, bir uygulamaya kaydolmak) kişisel verilerini paylaşmaları gerektiğinde kullanıcıların bu konuda çok da özenli olmadıkları ortaya konulmuştur¹⁵⁴. Aslında burada kullanıcıların kişisel verilerinin gizliliğine ilişkin niyetlerinin gerçek davranışlarına öncü olmadığı sonucu ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede kullanıcılar kişisel verilerini isteyerek ifşa etme yönelimi taşırlar; bu nedenle yalnızca hukuki düzenlemelere güvenmek adil olmayabilir.

Araştırmaya göre, kullanıcılar kişisel bilgilerine ilişkin neye ve kime izin verdiklerini gerçekten anlamak için bir çaba göstermedikçe yapılan hukuki düzenlemelere rağmen kişisel veri ihlallerinin artacağı gerçeğinin kabul edilmesi gerekir. Örneğin kullanıcılar bir uygulamaya kaydolurken onayladıkları gizlilik politikalarını genellikle göz ardı ederler¹⁵⁵. Öte yandan kullanıcıların niyetleri ve beyanlarından ziyade ortaya koyduğu tutum ve davranışların dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede kullanıcıların gizlilik paradoksu nedeniyle gizlilik ve mahremiyete önem vermediği sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü kullanıcıların

¹⁵¹ SIFAOU/ EASTIN, s. 35; ÜNAL YEŞİLYURT, Esra, “The Privacy Paradox is Not Real”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, Y. 2023, C. 5, S. 1, s. 49-50.

¹⁵² NORBERG Patricia A./ HORNE Daniel R./ HORNE David A., “The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions Versus Behaviors”, **The Journal of Consumer Affairs**, Y. 2007, C. 1, S. 41, s. 100-126.

¹⁵³ TUROW ve diğerleri, s. 4806.

¹⁵⁴ Yapılan bir araştırmada; katılımcıların %77’si Facebook’un gizlilik politikasını okumadan üye olduklarını ifade etmiştir. ÜNAL YEŞİLYURT, s. 50.

¹⁵⁵ Aslında sistem de bunu ister. Zira teknolojik tasarım, zaten veri toplamayı maksimize etmek üzerinedir. VAIDHYANATHAN, Siva, **The Googlization of Everything: (And Why We Should Worry)**, University of California Press, California, 2011, s. 84.

gerçek gizlilik tercihlerini etkileyen bilgi eksikliği, manipülasyon, atalet ya da reddetme hakkı yoksunluğu gibi etmenler olabilir¹⁵⁶.

Bu bağlamda başka bir mesele, kullanıcıya hüküm ve koşulların dayatılmasına ilişkindir. Kişisel verilerin paylaşılması noktasında kullanıcılara hüküm ve koşullar başlığı altında aydınlatma bildirimlerinde bulunulur. Kullanıcılara kabul etme veya reddetme hakkı sağlanır. Ancak uygulamada bu gerçek bir seçim hakkı değildir. Çünkü hizmeti ya da uygulamayı kullanmak isteyen kişinin hüküm ve koşulları kabul etmesi gerekir. Başka bir ifadeyle kullanıcının reddetme hakkı yoktur¹⁵⁷. Ayrıca açık rızanın varlığının kabul edilebilmesi için kullanıcıya rızasını geri alma hakkının da tanınması gerekir¹⁵⁸.

Kullanıcının kişisel verisinin toplanabilmesi ve işlenebilmesi için açık rızaya gereksinim vardır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin bazı haller haricinde, örneğin ilgili kişinin açık rızası, işlenmesi yasaklanır. Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre ise açık rıza “*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı*” ifade eder. Oysa örneğin Apple Health App & Privacy koşullarında “*Bazı iOS ve watchOS özellikleri (kalp atış hızı ve gürültü bildirimleri gibi) varsayılan olarak etkinleştirilmiş olabilir.*” ifadesi yer alır. Görüleceği üzere bu ürünleri kullanan kişiler uygulamayı etkinleştirmemiş olsalar dahi, başka bir ifadeyle hüküm ve koşulları kabul etmeseler bile, uygulamanın yalnızca cihazda yüklü olması nedeniyle özel nitelikli hassas veri olarak kabul edilen sağlık verilerini paylaşmayı kabul etmiş sayılırlar¹⁵⁹. Bahsi geçen bu bildirimin geçerli bir rıza beyanı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Yine, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 10. maddesinde bir kişisel verinin elde edilmesi söz konusu olduğunda veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı düzenlenir. Hüküm uyarınca veri sorumlusu; veri sorum-

¹⁵⁶ SOLOVE, Daniel, “The Myth of the Privacy Paradox”, *George Washington Law Review*, Y. 2021, C. 89, S. 1, s. 11; ÜNAL YEŞİLYURT, s. 50.

¹⁵⁷ SIFAOUI/ EASTIN, s. 31; DAHİ/ FORGO/ JENSEN/ STAUCH, s. 184; Örneğin Avusturalya’nın en çok tercih edilen sağlık randevu uygulaması olan *HealthEngine*’nin kullanıcılarının özel sağlık verilerini üçüncü taraflarla paylaştığının fark edilmesi üzerine, uygulama bunun kullanıcının onayladığı hüküm ve şartlara uygun olduğunu savunmuştur. Ancak kullanıcı açısından hüküm ve koşulları kabul etmeden uygulamayı kullanma imkânı (*opt-out*) sunulmaması bu savunmayı çürütmüştür. GRUNDY ve diğerleri, s. 1; Örneğin Facebook, varsayılan ayar olarak kullanıcılarının kişisel verilerini toplar. Gizlilik politikası kapsamında bildirmemesine rağmen kullanıcılarının “*intihar potansiyelini*” hesaplayarak puanlar. MARKS, s. 1054.

¹⁵⁸ TUROW ve diğerleri, s. 4806.

¹⁵⁹ “*Apple Health App & Privacy*” <https://www.apple.com/privacy/>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024.

lusunun ve varsa temsilcisinin kimliğini, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğini, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceğini, kişisel veri toplamanın yöntemini ve hukuki sebebini, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceğini bildirmelidir. Haliyle, kullanıcının onayına sunulan gizlilik anlaşmaları birçok hüküm içermeleri nedeniyle karmaşılaşabilir. Ayrıca veri kavramının genişliği ve gizlilik koşullarının karmaşıklığı kişinin verdiği onayın anlamını kavrayamamasına neden olabilir. Örneğin MyDaysX¹⁶⁰ isimli bir ovulasyon takip uygulamasının gizlilik politikasının “783” cümleden oluştuğu, bu cümlelerin %48’inin belirsizlik yarattığı ifade edilmiştir¹⁶¹.

Özellikle bu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması noktasında tüketicinin bilgisizliği söz konusudur. Muğlak kelimeler ve tanımlamalarla kişiye ait sağlık verisinin üçüncü kişilerle paylaşılacağına ifade edilmesi, geçerli bir rızanın varlığını ispat için yeterli kabul edilmemelidir¹⁶². Hangi verinin toplandığı, kiminle paylaşılacağı ve nerede saklanacağı açıkça belirtilmelidir¹⁶³.

Elbette tüketicinin ya da kullanıcının uygulama tarafından toplanan sağlık verilerinin üçüncü taraflarla paylaşılmasına onay vermesi mümkündür. Çünkü hukukumuzda bu durumu yasaklayan bir düzenleme bulunmaz. Ancak, onaya ilişkin hüküm, uzun gizlilik, hüküm ve koşullar anlaşmalarının içinde biri yere saklanmışsa verilen rıza tartışmalı hale gelir¹⁶⁴. Bu nedenle tüketici tarafından verilen rızanın geçerli olduğunun ispatı için açık, anlaşılabilir ve ulaşılabilir bir bildirimin yapıldığının ispatlanması gerekmektedir.

Bu noktada, ücretsiz versiyon ya da deneme versiyonu yanılgısı bir başka meseledir. Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin ücretsiz ya da deneme versiyonlarının kullanımı için kullanıcıların bazı koşulları kabul etmesi gerekir. Bu koşullar incelendiğinde, genellikle tüketicinin uygulamaya yüklediği verilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasına izin verdiğine ilişkin muğlak hükümlerin¹⁶⁵ bulunduğu görülür. Tüketicinin onayladığı bu hükümlerin geçerlili-

¹⁶⁰ Bkz. <https://blog.mydaysx.club/>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024.

¹⁶¹ SHIPP, Laura/ BLASCO Shipp, “How Private Is Your Period? A Systematic Analysis of Menstrual App Privacy Policies”, *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, Y. 2020, C. 4, S. 1, s. 500.

¹⁶² Gizlilik politikası, geniş bir kullanıcı kitlesine hitap etmelidir. Herkes tarafından kolayca okunabilmelidir. Açık cümleler ve ifadeler kullanılmalıdır. Önemli bilgiler içeren hükümler muğlaklaştırılmamalı ve gizlenmemelidir. SHIPP/ BLASCO, s. 499; Aynı yönde YÜKSEL, s. 3.

¹⁶³ TROIANO, s. 1718; DAHİ/ FORGO/ JENSEN/ STAUCH, s. 185.

¹⁶⁴ DEITCH, s. 118; MARKS, s. 1054.

¹⁶⁵ Örneğin günlük yaşamda sıkça kullanılan iCloud uygulamasının otuz bir sayfa süren kullanım koşullarının kullanıcı tarafından okunduğunun kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Oysa, belki bu hükümler

ği tartışmaya açıktır. Aksinin kabulü için, ürün sağlayıcılarının bu verilerin kimlerle paylaşıldığı konusunda tam bir şeffaflık içerisinde olması beklenir¹⁶⁶.

Örneğin Amerika'nın Washington eyaletinde 31 Mart 2024'te yürürlüğe giren *My Health My Data Act* (MDHD)¹⁶⁷ ile tüketicilere ait sağlık verilerinin toplanması ve paylaşılmasından önce tüketicinin açık onayının alınmasına ilişkin zorunluluk getirilir. Düzenleme aynı zamanda tüketicileri kendilerine ait sağlık verilerine erişme, silme ve yönetme hakkı tanıır¹⁶⁸. Ayrıca sağlayıcı, sunucu ya da üreticinin sağlık verilerini satışı açıkça yasaklar. Bu çerçevede, tüketici "*hüküm ve koşullar*" altında onay vermiş olsa bile sağlık verilerinin üçüncü kişilere satılması hukuka aykırıdır. Aslında yeni düzenlemenin temel amacı, kişisel verilere, hatta sağlık verilerine, ilişkin genel düzenlemelerde yer almayan veri ihlallerinin önüne geçilmesi, tüketici mahremiyetinin korunması ve kişisel verilerin kötüye kullanımının önlenmesidir.

Hüküm ve koşullara, yani gizlilik politikalarına, ilişkin tek mesele bu hükümlerin anlaşılabilir olması değildir. Aynı zamanda gizlilik politikasının ulaşılabilir olması gerekir. Örneğin hüküm ve koşullara doğrudan uygulama içerisinden ulaşılması, *Play Store* ya da *App Store* gibi mağazalardan ulaşılması ya da link üzerinden internet adresine yönlendirilerek ulaşılması arasında fark vardır. Çünkü hüküm ve koşullara ulaşımın basamaklandırılması, kullanıcıların pes etmesine ve koşulları okumamasına neden olabilir. Benzer şekilde örneğin kullanıcının yalnızca "*hüküm ve koşulları okudum.*" kutucuğuna tıklamasına imkân sağlanmasıyla, önce *hüküm ve koşulları* açmadan bu kutucuğun aktif hale gelmemesi arasında fark bulunur. Yine, gizlilik politikasının hangi aralıklarla güncellendiği, yani aslında güncelliği bir başka meseledir¹⁶⁹.

içerisinde en önemlilerinden birisi olan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hükümlerin ayrıca başlıklandırılarak ve öncelikli olarak kullanıcıya sunulması halinde okunurluğu artacaktır. <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/tr/terms.html>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024.

¹⁶⁶ Örneğin 2016 yılından itibaren yaklaşık yüz milyon kişi tarafından indirilen bir regl döngüsü, ovulasyon ve gebelik takibi uygulaması olan *Flo Health*'e (Flo App) karşı Amerikan Federal Ticaret Komisyonu tarafından kullanıcıların sağlık verilerinin üçüncü kişilerle izinsiz olarak paylaşıldığı iddiasıyla dava açılmıştır. Komisyon şikayetinde *Flo App* isimli uygulama aracılığıyla regl döngüsü, ovulasyon ve gebelik takibi yapıldığını; kullanıcıların üreme sağlıklarına ilişkin mahrem detayları güvenerek uygulama ile paylaştığını, *Flo Health*'in gizlilik politikalarının bu bilgilerin gizli tutulacağını düzenlediğini ancak uygulamanın kullanıcılarının sağlık verilerini içerisinde *Google*, *Facebook* ve *Flurry* gibi farklı şirketlerin bulunduğu birçok üçüncü kişiyle paylaştığını ifade etmiştir. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/192-3133-flo-health-inc>, (çevrimiçi) E.T: 04 Aralık 2024.

¹⁶⁷ "*Washington My Health My Data Act*" <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=19.373&full=true>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024.

¹⁶⁸ Hükümün tam metni için bkz. Chapter 19.373 RCW: WASHINGTON MY HEALTH MY DATA ACT, (çevrimiçi) E.T: 19 Mayıs 2025.

¹⁶⁹ SHIPP/ BLASCO, s. 494.

Yukarıda bahsedildiği üzere kullanıcının açık rızasının varlığı gerekir; ancak açık rıza haricinde, veri toplanabilmesi için açık ve meşru bir amacın da bulunması gerekir. Soyut, muğlak, net olmayan ifadelerle alınan rıza meşru amacın varlığıyla bağdaşmaz¹⁷⁰. Aynı şekilde, ileride gereksinim duyulma olasılığı üzerine veri toplanması mümkün değildir¹⁷¹. Bu nedenle kullanıcının onaylaması gereken hüküm ve koşullarda, toplanan sağlık verilerinin üçüncü kişilerle hangi amaçla paylaşılacağına bildirilmesi gerekir¹⁷². Örneğin *Jawbone*¹⁷³ isimli bir giyilebilir egzersiz cihazı (bilek bandı) üreticisi, 24 Ağustos 2014 tarihinde Kaliforniya’da yaşanan deprem sonrasında kullanıcılarının deprem anında uyanık olup olmadığına ilişkin kamuya açık bir analiz yayınlamıştır. Kullanıcılarının verilerini, meşru amaç dışında kamuya açık bir analizde kullanması *Jawbone* şirketinin kişisel sağlık verileri ve geçerli rızaya verdiği değer bakımından endişe verici olarak görülmüştür¹⁷⁴.

Ovulasyon takip uygulamalarına ilişkin yapılan bir araştırmada, *Google Play Store*’dan indirilen otuz¹⁷⁵ farklı uygulamaya ilişkin; gizlilik politikaları, veri toplama amaçları, kullanıcıların hakları ve üreticilerin kullanıcıları gizlilik politikaları hakkında nasıl ve ne şekilde bilgilendirdiği incelenmiştir. Araştırmada, ovulasyon uygulamalarının gizlilik politikalarının anlaşılabilirliği, açıklığı ve kullandığı dil analiz edilmiştir. Son olarak, toplanan verilerin hangi tür veri olduğu ve bunun gizlilik politikasına etkisine değinilmiştir. Araştırma sonucunda gizlilik politikalarının uzun, muğlak, anlaşılması zor ve güvenlik uygulamalarının vurgusunu azaltacak şekilde düzenlendiği tespit edilmiştir. Hatta incelenen uygulamalardan dört tanesinin Avrupa Birliği sınırları içerisinde indirilebilir olmasına rağmen bir gizlilik politikasının bulunmadığı ve bir uygulamanın da gizlilik politikasına yönlendirmek üzere verdiği linkin bozuk (*File Not Found*) olduğu görülmüştür¹⁷⁶.

Öte yandan; açık rıza, meşru amaç ve hukuka uygun olma ölçütlerinin hiç aranmadığı bir hâl, toplanan sağlık verisinin anonimleştirilmesi halidir¹⁷⁷. Kişi-

¹⁷⁰ YELMEN, s. 771.

¹⁷¹ ORAK, s. 59.

¹⁷² SHIPP/ BLASCO, s. 494.

¹⁷³ Bkz. <https://www.jawbone.com/>, (çevrimiçi) E.T: 11 Kasım 2024.

¹⁷⁴ SPANN, s. 1420.

¹⁷⁵ Dahil edilen uygulamalar Tablo 1’de düzenlenmiştir. SHIPP/ BLASCO, s. 496.

¹⁷⁶ SHIPP/ BLASCO, s. 497.

¹⁷⁷ Hastalara ilişkin profiller oluşturmak (hasta x, hasta y gibi), hastaları numaralandırmak (1. hasta, 2. hasta gibi) ya da birçok hastaya ilişkin benzer verileri tek klasör halinde tutmak gibi farklı anonimleştirme yöntemleri kullanılabilir. KULULAR İBRAHİM/ GÖKDAŞ, s. 560; Günümüzde özellikle giyilebilir sağlık ürünleri tarafından sayılan bu yöntemlerden ziyade kripto yöntemlerin kullanımı yaygındır.

sel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'in¹⁷⁸ 10. maddesinde kişisel verilerin anonim hale getirilmesi düzenlenir. Hükümün birinci fıkrası uyarınca, *"Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi, kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesidir."* Haliyle hüküm uyarınca bir verinin, veri sahibiyle olan ilişkisi ortadan kaldırıldığında işlenmesi mümkün kılınabilir.

Veri analizinde kullanılan bir gizlilik koruma mekanizması, veriyi anonimleştirmek veya kimliksizleştirmektir¹⁷⁹. Veri koruma yasaları genellikle, anonim verileri artık kişisel veri olarak kabul etmeyerek, serbestçe kullanılmasına, paylaşılmasına ve satılmasına izin verir¹⁸⁰. Zira veri sahibinin kişiliğiyle anonimleştirilmiş veri arasındaki nedensellik bağının koptuğu kabul edilir¹⁸¹. Buna karşın örneğin bir sağlık uygulaması bünyesinde toplanan sağlık verilerinin anonimleştirilerek paylaşılacağı öngörülmüşse bu durumun da kullanıcıya ayrıca ve açıkça bildirilmesi gerekir. Çünkü yapılan bir araştırma¹⁸² anonimleştirildiği iddia edilen kişisel verilerin kime ait olduğunun %99 olasılıkla tespit edilebilmesi için yaş, cinsiyet vb. on beş özelliğin¹⁸³ yeterli olduğunu ortaya koyar¹⁸⁴. Bu durumda giyilebilir dijital sağlık ürünleri

¹⁷⁸ RG. 28.10.2017, S. 30224.

¹⁷⁹ ROCHER ve diğerleri, s. 2; SMITH, Michael D./ WALDO, Jim, "Anonymity, De-Identification, and the Accuracy of Data", **Harvard On Digital**, Y. 2023, S. Ağustos, <https://www.harvardonline.harvard.edu/blog/anonymity-de-identification-accuracy-data>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024; ATALAY Havva Nur, "Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Depolanması", **Sosyal Çalışmalar Üzerine Akademik Perspektif Dergisi**, Y. 2021, S.1, s. 9.

¹⁸⁰ LUBARSKY, Boris, "Re-Identification of "Anonymized Data", **Georgetown Law Technology Review**, Y. 2017, C. 1, S. 1, s. 203; Yapılan araştırmalar Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (GDPR) öngörülen anonimleştirme (kimliksizleştirme) düzenlenmelerinin yeterliliğinin sorgulanmasına neden olur. ROCHER ve diğerleri, s. 2.

¹⁸¹ DÜLGER, s. 54.

¹⁸² LUBARSKY, s. 212; Başka bir araştırma ise popülasyon benzersizliği düşük olan veri setlerinde bile kişinin yeniden tanımlanabilmesinin mümkün olduğunu; yapılan çalışma sonucunda yeniden kimliklendirme işleminde hata payının oldukça düşük olduğunu ispatlıyor. ROCHER ve diğerleri, s. 6.

¹⁸³ Özellikle anonimleştirildiği iddia edilen verilerin yeniden kimliklendirilmesi aşamasında konum verileri ciddi önem teşkil eder. Çünkü verinin tekrar kimliklendirilmesi aşamasında mahalle, site, köy vb. düzeydeki kişi verileri dahil edildiğinde çok daha az bir nüfusun veri kümesi elde edilmiş olur.

¹⁸⁴ Bkz. <https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/23/anonymised-data-never-be-anonymous-enough-study-finds>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024; <https://www.techmonitor.ai/technology/data/de-anonymized-researchers>, (çevrimiçi) E.T: 24 Aralık 2024; Benzer bir araştırmada HIPAA'nın kişisel verilerin anonimleştirilmesi düzenlemelerine uygun olarak kimliği gizlenmiş tıbbi kayıtların yeniden kimlik kazandırılabilceği ifade edilir. Çalışmada cinsiyet, doğum tarihi, posta kodu gibi basit verilerin kombinasyonu ile anonimleştirilmiş bir kişinin %63 oranında yeniden tanımlanabileceği savunulur. SWEENEY, Latanya, "Simple Demographics Often Identify People Uniquely", **Carnegie Mellon University Data Privacy Working Paper** 3, Pittsburgh 2000, https://kithub.cmu.edu/articles/journal_contribution/Simple_Demographics_Often_Identify_People_Uniquely/6625769?file=12123218, (çevrimiçi) E.T: 10 Ocak 2025.

tarafından toplanan verilerin anonimleştirilerek üçüncü kişilerle paylaşılacağı savı da çürütülmüş olur¹⁸⁵. Bu çerçevede tüketicinin kullandığı giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin oluşturduğu hassas verilerin korunması bakımından geçerli rızaya ilişkin daha katı bir düzenlemenin varlığı önemlidir¹⁸⁶.

II. ÖNERİLER

Giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin endişeler günden güne büyürken bu ürünlerin kullanım alanları genişler ve tercih edilme oranları artar. Bu çerçevede öncelikle atılması gereken adım, tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerine bakımından bir ara kategorinin tanınmasıdır.

Aslında temel mesele bu ürünlere ilişkin özgü bir düzenlemenin bulunmasıdır. Bu ürünler çoğu zaman tıbbi cihaz vasfını taşımak için yeterli özelliklere sahip değildir; ancak tıbbi cihaz vasfı taşımayan bir ürün olarak değerlendirilebilmek için de iddialı özellikler barındırırlar.

Bu çerçevede, bir giyilebilir sağlık ürününün tıbbi cihaz vasfı taşıyıp taşımadığı sorununun çözümünde amaç ölçütü değil; sağlık verisi işleme ölçütü dikkate alınmalıdır. Sağlık verisi işleme ölçütünün benimsenmesi, en azından giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin özgü bir hukuki düzenleme yapılarına kadar hukukumuz bakımından fayda sağlayacaktır.

Öte yandan tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin özgü bir düzenleme yapılarına kadar Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin kapsamının genişletilmesi ve giyilebilir sağlık ürünlerinin de Yönetmelik'te yer alan tıbbi cihaz tanımına dahil edilmesi gerekir.

Böylece Yönetmelik, dijital sağlık ürünlerini sınırlayarak tâbi olunması gereken denetim basamaklarını ve siber güvenlik standartları gibi koruma mekanizmalarını düzenleyebilir¹⁸⁷. Örneğin, yukarıda bahsedildiği üzere hukukumuzda benzer biçimde, kendisini tıbbi cihaz olarak vasıflandırmayan giyilebilir sağlık ürünleri Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi'nin (FDA) denetimi dışındadır. Ancak bu sorunun çözümü için FDA, 2019 yılında bir ön sertifikasyon programı dü-

¹⁸⁵ Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Kişisel verilerin anonim hale getirilmiş olması için; kişisel verilerin, veri sorumlusu, alıcı veya alıcı grupları tarafından geri döndürme ve verilerin başka verilerle eşleştirilmesi gibi kayıt ortamı ve ilgili faaliyet alanı açısından uygun tekniklerin kullanılması yoluyla dahi kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemez hale getirilmesi gerekir."

¹⁸⁶ SIFAOU/ EASTIN, s. 35.

¹⁸⁷ Aynı yönde DEITCH, s. 126-127.

zenlemiştir. Böylece mevcut denetimsizliğe müdahale edilmek amaçlanmıştır¹⁸⁸. Yine, FDA 2017 yılında Tıbbi Cihaz Aksesuarları- Aksesuarların ve Sınıflandırma Yollarının Tanımlanması Rehberini¹⁸⁹; 2022 yılında ise Cihaz Yazılımı Fonksiyonları ve Mobil Tıbbi Uygulamalar Politikasını¹⁹⁰ hazırlamıştır¹⁹¹.

¹⁸⁸ NURGALIEVA/ O'CALLAGHAN/ DOHERTY, s. 104249.

¹⁸⁹ Bkz. <https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/medical-device-accessories-describing-accessories-and-classification-pathways>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

¹⁹⁰ Bkz. <https://www.fda.gov/medical-devices/digital-health-center-excellence/device-software-functions-including-mobile-medical-applications>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

¹⁹¹ Politika belgesine göre, FDA, düzenleme ve denetim işlevini yalnızca tıbbi cihaz olan ve cihazın amaçlandığı gibi çalışmaması durumunda hastanın güvenliği için risk oluşturabilecek yazılımlara uygular. Cihaz yazılım işlevleri için, üreticiler geçerli cihaz sınıflandırmasıyla ilişkili gereklilikleri karşılamalıdır. Ancak burada sınıflandırma yapılırken bir mobil platformu eklentiler, ekranlar veya sensörler kullanarak ya da halihazırda düzenlenmiş tıbbi cihazlara benzer işlevler içererek düzenlenmiş bir tıbbi cihaza dönüşüren yazılımlar kapsam dahiline alınmıştır. Örneğin bir kan şekeri sribinin şeker ölçer olarak işlev görme için bir mobil platforma takılması ya da elektrokardiyograf (EKG) sinyallerini ölçmek, saklamak ve görüntülemek için EKG elektrotlarının bir mobil platforma takılması ya da uyku apnesi izlemek amacıyla fiziksel aktivite bilgilerini toplamak için mobil platformdaki dahili ivmeölçeri kullanan yazılımlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Öte yandan kullanıcıların gündelik yaşamlarında sağlık yönetimlerine yardımcı olmak amacıyla koçluk sağlayan yazılımlar, kullanıcıların potansiyel tıbbi durumları hakkında sağlık uzmanlarına iletmeleri amacıyla görsel yakalayarak ve veri toplayarak kullanıcının sağlık uzmanlarıyla iletişim kurmalarını sağlayan yazılımlar ve klinik uygulamada rutin olarak kullanılan basit hesaplamaları (Vücut Kitle İndeksi, Toplam Su/Üre Dağılım Hacmi, Ortalama Arter Basıncı, APGAR Skoru vb.) gerçekleştiren yazılımlar bakımından FDA'nın takdir yetkisini kullanabileceği ifade edilir. Politika, tıbbi cihaz vasfı taşımayan yazılım türlerini de örneklemiştir. Bunlar; elektronik tıbbi kitap ve eser kopyası sunan yazılımlar, sağlık çalışanları için tıp eğitimi amacıyla kurgulanmış yazılımlar, kullanıcının kendisine ait genel geçer sağlık verilerine erişimini sağlayan ve yine kullanıcının sağlık okuryazarlığını arttıran uygulamalar (en yakın sağlık kuruluşunun ya da doktorun konumunu gösteren uygulamalar, glutensiz yiyecek üreten restoranların yerini gösteren uygulamalar, vegan, şekeriz ya da glutensiz ürünlerin içerikleriyle ilişkili bilgi veren uygulamalar gibi), hastalığın tedavisinde, teşhisinde veya iyileştirilmesinde kullanılmayan uygulamalar (büyütec uygulaması ya da ses kayıt uygulaması gibi), bireylerin genel zindelik, sağlık veya sıhhatinin geliştirilmesi veya sürdürülmesine ilişkin davranışsal önerileri kaydetmesi, izlemesi ya da değerlendirmesi için tasarlanan uygulamalar (egzersiz, kilo verme, sağlıklı beslenme ve zindelik uygulamaları, diyet günlükleri, kalori sayaçlar, yemek planlayıcıları ve tarifleri sunan uygulamalar gibi), fiziksel aktivitelerin izlenmesine ilişkin uygulamalar (adımsayar, kalori yakımı hesaplama gibi), uyku düzeni kontrol eden uygulamalar, zihin oyunları aracılığıyla beyin yaşı testi yapan uygulamalar, günlük motivasyon ya da mantra uygulamaları, kullanıcının kan şekeri, kan basıncı, kalp atış hızı, kilosu gibi verileri kaydetmesine ve çevrimiçi (bulut) bir veri tabanına yüklemesine imkan tanıyan uygulamalar, tıbbi kayıtların elektronik kopyasını saklamaya ve bunları sağlık profesyonelleri ile paylaşmaya yarayan uygulamalar, kullanıcının sağlık profesyonelleri ile iletişim kurmasına yardımcı olmak için tasarlanan uygulamalar (kullanıcı ile sağlık profesyonelleri arasında video görüşme imkanı tanıyan uygulamalar gibi), astım günlüğü tutulmasına olanak tanıyan uygulamalardır. Görüleceği üzere gündelik yaşamda kullanılan birçok giyilebilir sağlık ürününe ilişkin sağlık, esenlik ya da egzersiz uygulamaları FDA tarafından kapsam dışında bırakılmıştır. Bu noktada FDA, bu uygulamalar içerisinde bazı uygulamaları istisnai olarak kapsam dahilinde değerlendirmiştir. Esasen bu uygulamalar istisnanın istisnasını oluşturur. Örneğin teşhis edilmiş bir psikiyatrik rahatsızlığı (depresyon, anksiyete, obsesif kompulsif bozukluk gibi) sesli mesajlar aracılığıyla ya da davranışsal tekniklerle azaltmayı amaçlayan uygulamalar, hamile, sigarayı bırakmaya çalışan ya da bir bağımlılıkla mücadele eden kişilere düzenli aralıklarla bilgilendirici, hatırlatıcı veya motivasyonel mesajlar atan uygulamalar, astım hastası kullanıcılara GPS yardımıyla astım krizine neden olabilecek çevresel koşulları bildiren uygulamalar, fizik tedavi rutinlerinin video ya da video oyunları yardımıyla evde yapılmasını sağlayan uygulamalar, bitkilere ve ilaçlara ilişkin yan etki, etkileşim gibi bilgileri veren uygulamalar, bazı hastalıklara ilişkin yaygın belirti ve semptomların listesini yapan ve bu liste-

İkinci olarak veri güvenilirliği ve güvenliği meselelerinin çözümlenmesi gerekir. Öncelikle ifade edilmelidir ki; tıbbi cihaz vasfı ile veri denetimi birbiriyle bağlantılıdır. Çünkü giyilebilir ürünün tıbbi cihaz kategorisine dahil edilmesi ya da özel bir statüye tâbi tutulması veri denetimi zorunluluğunu beraberinde getirir. Örneğin Avrupa Birliği 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde tıbbi cihaz vasfı taşıyan ürünler bakımından “CE” (*Conformité Européenne*) işaretinin kuralları düzenlenir. Ayrıca, Yönetmeliğin 110. maddesine göre “CE” işareti alabilmek için kişisel verilerin işlenmesine ilişkin Avrupa Birliği Genel Veri Tüzüğü'nün standartlarının da sağlanması gerekir. Tüzüğün 6. maddesine göre ancak ilgili kişi, kişisel verilerin işlenmesine izin vermişse, ilgili kişiyle yapılan sözleşmeden doğan yükümlülükler yerine getiriliyorsa, veri işletmecisinin yasal zorunluluklara uyması amacıyla, ilgili kişinin ya da başka bir vatandaşın hayatı çıkarları söz konusuysa, kamu yararına veya resmi makamda bir görev yerine getiriliyorsa, bir veri işletmecisinin ya da üçüncü bir tarafın meşru menfaatleri amacıyla veri işlenmesi mümkün olabilir. Haliyle şeffaflık, meşru amaç, yasal sınırlandırma, gizlilik, hesap verilebilirlik hususları Tüzükte yüksek bir önceliğe sahiptir. Kural olarak, bu verilerin toplanması ve işlenmesi için kullanıcının açık rızası gereklidir. Ayrıca, verilerin Tüzüğe uygun olmayan şekilde üçüncü ülkelere aktarılması özellikle kritik bir meseledir¹⁹².

Hukukumuzda, tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin bir düzenleme gereksinimi vardır. Her ne kadar Avrupa Birliği Genel Veri Tüzüğü'nde düzenlenen veri koruma mekanizmalarından faydalanılması imkânı varsa da hukuki düzenlemelerin, toplumun kültürel ve sosyal yapısıyla ilişkisi bulunur¹⁹³. Bazı toplumlarda kişisel verilerin toplanması büyük bir kişilik hakkı ihlali

deki seçimlere göre bir sağlık profesyoneline danışılmasını öneren uygulamalar, yine yaygın belirti ve semptomlar aracılığıyla kullanıcıya en uygun sağlık tesisini tespit eden ve öneren uygulamalar, ilaç takibi ve hatırlatması yapan uygulamalar, hayatı belirtilerin (vücut sıcaklığı, kalp atış hızı, kan basıncı, solunum hızı gibi) tarihsel eğilimini ve karşılaştırmasını sağlayan uygulamalar, dış eti hastalığı olan kullanıcılar için ağız sağlığı hatırlatması yapan uygulamalar, prediyabet hastalarına özel beslenme ve fiziksel aktivite rehberliği yapan uygulamalar tıbbi cihazlar için öngörülen denetim ve onay mekanizmalarına tâbi tutulur. Çünkü bu yazılımlar ve uygulamalar, hastalık veya diğer durumların teşhisinde, tedavisinde, hastalığın iyileştirilmesinde, azaltılmasında veya önlenmesinde kullanılmak üzere tasarlanmış olabilir. Eğer uygulama ya da yazılım mobil bir telefonun, tabletin ya da benzeri teknolojik bir ürünün tıbbi bir cihaza dönüştürülmesi amacıyla tasarlanmışsa tıbbi cihazlara ilişkin kurallara tâbi olmalıdır. Bu bağlamda ürün, cihaz, uygulama ya da yazılımın tâbi olacağı kurallar tespit edilirken FDA tarafından karmaşık bir yapının benimsendiği ifade edilebilir. Bu nedenle kullanım amacı ölçütünün benimsenmesinin hukukumuzda doğabilecek uyumsuzluklar bakımından faydası tartışmalıdır. Bu çerçevede kanımızca sağlık verisi işleme ölçütünün benimsenmesinin, en azından giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin özgü bir hukuki düzenleme yapılana kadar hukukumuz bakımından daha faydalı olacağı ifade edilmelidir.

¹⁹² ZURAW/ SKLAR, s. 93.

¹⁹³ Mahremiyet kavramının doğasının bireyden bireye farklı anlam taşıması ya da kültürden kültüre değişmesi, gizlilik ve güvenlik kavramlarının da farklılık göstermesinin nedeni olabilir. ATALAY, s. 5.

olarak kabul görürken bazı toplumlarda bu durum beklenen tepkiyi almayabilir. Bu nedenle uluslararası bir hukuki düzenlemenin öngörülmesi güçleşir¹⁹⁴. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, özellikle sağlık verilerinin korunması noktasında yukarıda veri güvenliği başlığı altında açıklanan nedenlerle yetersiz kalır.

Bu bağlamda; hukukumuzda yapılması önerilen düzenlemede öncelikle tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin bir teknik düzenleme mevzuatı oluşturularak bu ürünler bakımından standardizasyon sağlanmalıdır. Daha sonra veri denetimine ilişkin olarak; üreticilerin, bu ürünler vasıtasıyla elde edilen verilerin tam bir açıklık içerisinde kiminle ve ne şekilde paylaşılacağını kullanıcılara açıklamak konusunda güvence vermesi sağlanmalıdır. Bu güvence yalnızca toplanan sağlık verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması ile sınırlandırılmamalıdır. Ayrıca toplanan verinin depo edilmesi noktasında, hangi üçüncü kişilerin ya da kurumların ve hangi koruma yöntemlerinin kullanıldığı da kullanıcının bilgisine sunulmalıdır. Cihaz üreticilerinin muhakkak hukuk profesyonelleri ile görüşerek kullanıcı tarafından anlaşılabilir, açık, kesin, net ifadeler bulunduran; karmaşık ve süslü cümlelerden uzak, mevcut hukuk kurallarına uygun gizlilik politikaları (hüküm ve koşullar) düzenlemeleri sağlanmalıdır. Hüküm ve koşullar, toplanan verinin niteliği, çeşidi, bu verinin nerede depolanacağı kimlerle ve ne amaçla paylaşılacağı hususlarını açıkça belirtmelidir. Örneğin *“toplanan verilerin sponsorlarla, bağlantılı ya da partner şirketlerle paylaşılacağı”* ifadesi kullanıcının verdiği rızanın geçerliliği açısından yeterli kabul edilmemelidir. Toplanan verilerin bulut hesaplarda saklanacak olması durumunda hangi bulut hesabın tercih edildiği, hangi koruma sistemlerinin kullanılacağı bulut hesap sahibinin verilere ulaşma ya da işleme yetkisi olup olmadığı gibi hususların kesin ve açık bir biçimde belirtilmesi gerekir. Üreticiler tarafından, hüküm ve koşulların içerisine tüketicinin ya da kullanıcının *“kişisel verilerimin satılmasını, paylaşılmasını ya da ticarileştirilmesini kabul etmiyorum.”* şeklinde tıklayabileceği bir kutucuğun yerleştirilmesi gerekir. Böylece gerçek bir *op-out* sisteminin varlığı ve verilen rızanın geçerliliği söz konusu olabilir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ YADAV, Vivek, “Wearable Health Technology Data Privacy; Investigating the Balance between the Benefits of Wearable Health Devices and the Privacy Concerns they Raise”, **International Journal of Science and Research**, Y. 2022, C. 11, S. 12, s. 1364.

¹⁹⁵ Örneğin 2021 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde senatoya sunulan kişisel sağlık verilerinin korunması ilişkin bir kanun teklifinde ürün, cihaz hizmet, uygulama ya da yazılım tarafından toplanan, depolanan ya da işlenen verilerin niteliğine veya hassasiyetine göre farklılık gösterebilecek asgari güvenlik standartlarının düzenlenmesi, kullanıcının kişisel sağlık verilerine ilişkin kimliğin gizlenmesine ve anonimleştirilmesine ilişkin asgari standartların düzenlenmesi, kişisel sağlık verilerinin toplanması, kullanımı veya ifşası konusunda gerçekleştirilecek belirli bir amacın varlığının zorunlu hale getirilmesinin düzenlenmesi,

Esasen bu verilerin onay verilmiş olsa dahi ticarileştirilmesinin ve satılmasının yasaklanması başka bir öneridir. Yukarıda bahsedildiği üzere, *My Health My Data Act* (MDHD)¹⁹⁶ ile sağlayıcı, sunucu ya da üreticinin kullanıcıya ait sağlık verilerini satışı açıkça yasaklanır. Yine, bu ürünlerin kullanımının tamamen yasaklanması önermediğimiz ancak olası başka bir seçenektir. Örneğin Çin’de *Apple Watch*’un kullanımı belirli alanlarda yasaklamıştır¹⁹⁷. Ancak kanımızca yasaklamak yerine, kullanıcıları gizlilik politikaları hakkında eğitmek daha sürdürülebilir bir seçenektir.

Bu çerçevede, kullanıcılar tüketim tercihlerini yaparken üreticinin gizlilik politikalarını incelemeye yönlendirilirse, üreticiler daha sıkı gizlilik politikaları benimsemek zorunda kalacaktır. Bu kapsamda üreticiler tarafından kullanıcıların bilinçli olarak kendilerine ait kişisel verilerden vazgeçtiği, çünkü onlara sunulan reklam, özel teklif ya da indirim fırsatlarını kaçırmak istemediği iddia edilir¹⁹⁸. Ancak bu noktada, kullanıcının geçerli rızası alınırken, gizliliğin bir kez kaybedilmesi halinde yeniden sağlanmasının güç olduğunun vurgulanması gerekir¹⁹⁹. Zira bilginin doğası gereği paylaşıldığında geri alınması mümkün değildir²⁰⁰.

Tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir dijital sağlık ürünleri bakımından toplanan verinin çeşidi sağlık verileri ile kısıtlı değildir. Çünkü bu uygulamalar, kaydolurken ya da kullanım esnasında kullanıcıların farklı bilgilerine de erişim sağlayabilir. Bir verinin yalnızca hasta dosyasında yer alması, örneğin isim, doğum tarihi, adres, telefon numarası, e-posta adresi gibi, onu kişisel sağlık verisi yapmayacağı gibi bu verinin bir sağlık uygulaması tarafından toplanması

kullanıcının kişisel sağlık verilerinin toplanması, kullanımı veya ifşasına ilişkin talep edilecek geçerli rızanın kapsamının, sınırlarının, verilerin kimlerle, nerede ve ne şekilde paylaşılabileceğine ilişkin standartların geliştirilmesi, rızaya ilişkin bilgilendirmenin kolayca erişilebilir, makul uzunlukta, kullanıcının seviyesine uygun, ayırt edilebilir, okunabilir olmasının zorunlu hale getirilmesi, ayrıca bilgilendirmenin açık, öz, kısa ve iyi organize edilmiş bir dil kullanarak elde edilmesinin düzenlenmesi, özellikle tüketicinin onayını geri çekmesine, değiştirmesine, silmesine ilişkin süreçlerin düzenlenmesi önerilmiştir. “*Protecting Personal Health Data Act*”, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/24/all-info>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

¹⁹⁶ “*Washington My Health My Data Act*” <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=19.373&full=true>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

¹⁹⁷ Bkz. <https://www.firstpost.com/tech/us-bans-import-of-some-apple-watch-models-again-apple-to-start-disabling-blood-oxygen-feature-13627512.html>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025; <https://thehill.com/policy/cybersecurity/241728-chinas-military-bans-apple-watch/>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

¹⁹⁸ Örneğin bir grup katılımcıya supermarket indirimi karşılığında kişisel bilgilerini verip vermeyeceği sorulduğunda %40’ının olumlu yanıt verdiği görülmüştür. TUROW ve diğerleri, s. 4799.

¹⁹⁹ SPANN, s. 1411.

²⁰⁰ PRATT, s. 111.

hali için de aynı yorum yapılmalıdır. Yani, bir verinin nerede yer aldığı ya da hangi amaçla toplandığı verinin niteliğini belirlemede yeterli değildir²⁰¹.

Örneğin bir beslenme ve diyet uygulaması; kullanıcılara çocuk sahibi olup olmadığını, evli olup olmadığını, alkol ve sigara kullanıp kullanmadığını, mesleğini, cinsel yönelimini ve benzeri birçok kişisel bilgisini uygulamaya ekleyeceği anketler aracılığıyla sorabilir ve bu bilgileri depolayabilir. Bu bağlamda sağlık verisi olmayan bu verilerin toplanması, depolanması ve işlenmesi bir başka meseledir. Bu nedenle giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin topladığı verilere ilişkin yapılması önerilen hukuki düzenlemede mutlaka veri kategorizasyonunun yapılması ve her bir veri kategorisine ilişkin gizlilik ve güvenlik tedbirlerinin ayrı ayrı düzenlenmesi daha makul olabilir. Kategorizasyonun bir başka faydası, her bir veri çeşidine ilişkin öngörülecek yazılım ve donanım yeterliliklerinin ayrı ayrı belirlenmesine imkân sağlamasıdır. Zira verilerin hepsine aynı hassas korumanın öngörülmesi “*tehlikeli aşırı basitleştirme*” riski doğurabilir. Böyle bir düzenleme, veri bilimindeki ilerlemelerle orantılı koruma sağlayamayacağı için yetersiz koruma riski de doğurabilir²⁰².

Hukumumuzda, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesinin 1. fıkrasına göre hazırlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberi’ne göre “*Kişisel veri içeren bilgi teknoloji sistemlerinin internet üzerinden gelen izinsiz erişim tehditlerine karşı korunmasında alınabilecek öncelikli tedbirler, güvenlik duvarı ve ağ geçididir. Bunlar, internet gibi ortamlardan gelen saldırılara karşı ilk savunma hattı olacaktır. İyi yapılandırılmış bir güvenlik duvarı, kullanılmakta olan ağa derinlemesine nüfuz etmeden önce, gerçekleşen ihlalleri durdurabilir. İnternet ağ geçidi ise çalışanların, kişisel veri güvenliği bakımından tehdit teşkil eden internet sitelerine veya online servislere erişimini önleyebilir.*” ve “*Söz konusu sistemlerde yer alan kişisel verilerin depolanması ve kullanımı sırasında, kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi, bulut ortamlarına şifrelenerek atılması, kişisel veriler için mümkün olan yerlerde, özellikle hizmet alınan her bir bulut çözümü için ayrı ayrı şifreleme anahtarları kullanılması gerekmektedir. Bulut bilişim hizmet ilişkisi sona erdiğinde; kişisel verileri kullanılabilir hale getirmeye yarayabilecek şifreleme anahtarlarının tüm kopyalarının da yok edilmesi gerekir*”²⁰³.

²⁰¹ YELMEN, s. 753.

²⁰² DEITCH, s. 119.

²⁰³ Kişisel Veri Güvenliği Rehberi için bkz. https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

Sağlık kurumları tarafından toplanan sağlık verilerine ilişkin Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan kılavuzda ise bu verilerin hangi kriptografik sistemlerle korunması gerektiği ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Kılavuza göre “Açık anahtar altyapısı teknikleri kullanılarak yapılacak asimetrik şifreleme işlemlerinde; RSA (Ron Rivest, Adi Shamir ve Leonard Adleman) ve eliptik eğri kriptolojisi (ECC: Elliptic Curve Cryptography) algoritmalarından birisi kullanılır. RSA algoritması kullanılacaksa anahtar uzunluğu en az 1024 bit, tercihen 2048 bit olarak seçilir. ECC algoritması kullanılacaksa “n” değeri olarak en az 224 bit seçilir. Blok (simetrik) şifreleme işlemlerinde, gelişmiş şifreleme standardı (AES: Advanced Encryption Standard) kullanılır ve anahtar boyu en az 256 bit olur. Veri özeti (hash) işlemlerinde; özetleme algoritması olarak blok boyu en az 256 olacak şekilde güvenli özetleme algoritmasının (SHA: secure hash algorithm) ikinci veya üçüncü sürümü (SHA2 veya SHA3) kullanılır. SHA2 algoritmasını kullanan sistem ve uygulamaların, SHA3’e yükseltilmesine gerek yoktur. Anahtar değişimi ve doğrulama (authentication) işlemlerinde; Diffie-Hellman (DH), internet anahtar değişim (IKE: İnternet Key Exchange) veya eliptik eğri kullanan DH (ECDH: Elliptic Curve Diffie-Hellman) algoritmalarından birisi seçilir. Anahtar boyutu olarak 2048 bit anahtar kullanılır.” Kılavuzda açıkça Hotmail, Gmail vb. halka açık elektronik posta servislerinin, bir başka kuruma ait kurumsal elektronik posta sistemlerinin ve Google Drive, Dropbox, Apple iCloud gibi halka açık bulut depolama ortamlarının ilke olarak güvensiz olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca kılavuza göre, “Bulut ortamındaki sistemlerde yer alan hassas verilerin depolanması ve kullanımını sırasında, kriptografik yöntemlerle şifrlenmesi ve kişisel veriler için mümkün olan yerlerde, özellikle hizmet alınan her bir bulut çözümü için ayrı ayrı şifreleme anahtarları kullanılması gerekir. Bulut bilişim hizmet ilişkisi sona erdiğinde; kişisel verileri kullanılamaz hale getirmek için gerekli şifreleme anahtarlarının tüm kopyalarının yok edilmesi gerekir²⁰⁴”.

Kişisel Veri Koruma Kurulu’nun Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler ile ilgili 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Kararı’na göre²⁰⁵ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenen özel nitelikli kişisel verilerin, başka bir ifadeyle hassas verilerin işlendiği, saklandığı ya da erişildiği

²⁰⁴ Bkz. [https://bilgiguvenligi.saglik.gov.tr/files/K%C4%B1lavuz%202.1%20Onay%20\(16.07.2019\).pdf](https://bilgiguvenligi.saglik.gov.tr/files/K%C4%B1lavuz%202.1%20Onay%20(16.07.2019).pdf), (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

²⁰⁵ Kişisel Veri Koruma Kurulu’nun Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler ile ilgili 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10>, (çevrimiçi) E.T: 02 Ocak 2025.

elektronik ortamlara ilişkin bazı önlemler alınması gerekir. Öncelikle bu verilerin kriptografik yöntemler kullanılarak saklanması ve kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda bulundurulması gerekir. Ayrıca, veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm hareketlerin işlem kayıtlarının güvenli olarak loglanması, verilerin bulunduğu ortamlara ait güvenlik güncellemelerinin sürekli takip edilmesi, gerekli güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması ve test sonuçlarının kayıt altına alınması gerekir. Eğer bu verilere bir yazılım aracılığıyla erişim sağlanıyorsa yazılımdaki kullanıcı yetkilendirmelerinin ve yazılım güvenlik kontrollerinin düzenli olarak yapılması gerekir. Son olarak verilere uzaktan erişim sağlandığı hallerde en az çift kademeli kimlik doğrulama sisteminin kullanılması gerekir. İfade etmek gerekir ki bu düzenlemeler önemli olmakla birlikte, denetim alanları giyilebilir sağlık verilerinin topladığı verileri kapsamaz.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir ürünlerle ilişkin veri koruma sorumluluğu yalnızca üreticilere değil, aynı zamanda kullanıcılara da ait olmalıdır. Dijital okuryazarlığın artırılması, özellikle tüketici konumunda bulunan kullanıcıların bilinçlendirilmesi gerekir. Örneğin, Alman Federal Bilgi Güvenliği Kurumu tarafından kullanıcılara olası veri güvenliği ihlallerine ve risklerine ilişkin bir örnek değerlendirme önerisinde bulunulur. Buna göre kullanıcı öncelikle; giyilebilir dijital sağlık ürününde hangi sensörlerin var olduğunu öğrenmeli, ürünün kullanıcıya ait hangi verileri kaydettiğini ve sakladığını tespit etmeli, eğer verilerin saklanması söz konusuysa bu verilerin nerede saklandığını bilmelidir. Kullanıcılar ayrıca verilerinin diğer bağlantılı uygulamalarla paylaşılıp paylaşılmadığını da araştırmalıdır. Kullanıcı ayrıca söz konusu giyilebilir dijital sağlık ürününün kullanımıyla ilgili potansiyel riskleri almaya hazır olup olmadığını düşünmelidir. Kullanıcılar, bu vasıta ile işlevsellik ile güvenlik arasında bir denge bulabilir; belirli bir işlevsellikten faydalana-bilmek için güvenlik protokollerini bertaraf etmek isteyip istemediğine bilinçli karar verebilirler²⁰⁶. Bu nedenle tüketicileri kendi mahremiyetlerini korumak için eğitmek tüketicilerin endişelerini hukuki mevzuatlar aracılığıyla gidermekten daha efektif bir yol olarak karşımıza çıkabilir. Zira teknoloji düzensiz ve ivedi bir biçimde ilerledikçe, hukuki düzenlemelerin geride kalma ihtimali yüksektir. Bu çerçevede yeniliklere açık olmakla, kişilik hakkı savunuculuğu arasında dengeli bir politikanın izlenmesi gerekir²⁰⁷.

²⁰⁶ Bkz. https://www.bsi.bund.de/EN/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Informationen-und-Empfehlungen/Internet-der-Dinge-Smart-leben/Smart-Home/Wearables/wearables_node.html#doc921990bodyText2, (çevrimiçi) E.T: 20 Aralık 2024.

²⁰⁷ YADAV, s. 1363.

Bu açıklamalar ışığında kanaatimizce; sağlık verisi işleme ölçütü doğrultusunda, kapsam dahilinde kalan giyilebilir sağlık ürünleri bakımından ara bir kategori tanımlaması yapılması, denetim ve kalite standartlarının oluşturulması gerekir. Tıbbi cihaz olarak değerlendirilemeyecek diğer ürünlerin tanıtımında ise tüketiciyi yanıltacak söylemlerin engellenmesi; ayrıca ürünlerin pazarlama süreçlerinde “sağlık ürünü” ya da “dijital sağlık çözümleri” gibi ifadelerin kullanımına yönelik rehber niteliğinde düzenlemeler oluşturulması ve tüketicide böyle bir haklı beklenti oluşturulmasının hukuken önüne geçilmesi gerekir.

Ayrıca, söz konusu ürünlerin kullanıcıdan topladığı verilerin sağlıkla ilişkili kararların temelini oluşturma olasılığı göz önüne alındığında, bu verilerin bilimsel olarak geçerli ve güvenilir yöntemlerle elde edilmesi sağlanmalıdır. Bu çerçevede, ürünlerin ölçüm yaptığı parametrelere ilişkin teknik standartlar (örneğin doğruluk aralığı, örneklem sıklığı, hata toleransı) ulusal düzeyde belirlenmeli; bu standartlara uygunluk, ürün sertifikasyonu için ön koşul olmalıdır. Yapılacak hukuki düzenlemede ara kategori olarak tespit edilen bu ürünler bakımından yetkili kurumlarca belirlenecek klinik süreçlerin işletilmesi zorunlu tutulmalıdır.

Ek olarak, bu cihazların algoritmalarının çoğu zaman “kapalı kaynak” yapıda olması ve ticari sır kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle, bu algoritmaların ne tür veri setleri üzerinde eğitildiği, ne tür örneklem gruplarıyla test edildiği ve hangi istatistiksel yöntemlerle analiz edildiği kamuoyuna açıklanmaz. Bu çerçevede, bu ürünlerin piyasaya sürülmeden önce bağımsız akademik ya idari kurumlar tarafından gerçekleştirilen klinik validasyon süreçlerinden geçirilmesi ve bu süreçlerin kamuya açık raporlarla belgelenmesi zorunlu hale getirilmelidir.

Öte yandan, toplanan verilere ilişkin, veri güvenliği ve gizliliği hususunda da asgari standartların belirlenmesi zaruridir. Kullanıcının sağlık verilerinin anonimleştirilmesi, rızanın kapsamının belirlenmesi, bilgilendirme yükümlülüğünün anlaşılabilir şekilde sunulması ve kullanıcıya verilerini silme veya paylaşımı kısıtlama hakkının tanınması gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde mevzuata eklenmelidir. Bu ürünler tarafından toplanan verilerin yalnızca sağlık verilerinden ibaret olmaması nedeniyle, örneğin birçok uygulama, kullanıcıdan sosyal, demografik veya yaşam tarzına ilişkin bilgiler de talep eder, öngörülen hukuki düzenlemede veri kategorizasyonu yapılması ve her bir kategoriye özgü gizlilik ve güvenlik standartlarının ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Örneğin sağlık verileri bakımından Bcrypt parola-karma işleviyle korunma öngörülürken; diğer kişisel veriler bakımından (örneğin profil fotoğrafı, ad ve soyad vb.) SHA-2 koruması

öngörülebilir. Ya da benzer şekilde sağlık verilerinin ticarileştirilmesi ve üçüncü kişilerle paylaşılması yasaklanırken, diğer kişisel veriler bakımından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer alan hükümlere atıf yapılabilir.

Bu kapsamda, kriptografik koruma gibi teknik tedbirlerin yanı sıra, bulut sistemlerinin güvenliği ve veri aktarımına ilişkin süreçlerin detaylı biçimde düzenlenmesi gerekir. Sağlık Bakanlığı'nın yayımladığı rehberlerde belirtilen RSA, ECC, AES ve SHA algoritmalarının kullanımı gibi teknik detayların, giyilebilir ürün üreticileri için de bağlayıcı hale getirilmesi önerilir. Ayrıca, halka açık bulut sistemlerinin (Google Drive, iCloud vb.) veri saklama amacıyla kullanılmasının sakıncalı olduğu, açıkça mevzuatla belirlenmelidir.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki bu ürünler bakımından ürün güvenliğini yalnızca ürünün fiziksel yapısına indirgemek yerine, veri üretim ve yönetim sürecinin bilimsel yeterliliği de hukuki denetim mekanizmalarının bir parçası haline getirilmelidir. Giyilebilir sağlık teknolojilerine ilişkin ulusal bir düzenlemenin oluşturulması hem birey haklarının korunması hem de inovasyonun sağlıklı gelişimi açısından elzemdir. Bu düzenlemenin teknik, etik ve hukuki boyutları içermesi; veri güvenliği, cihaz sınıflandırması ve kullanıcı bilgilendirme yükümlülükleri gibi alanlarda kapsamlı kurallar getirmesi gerekmektedir. Aksi halde, bireylerin temel haklarının ihlali ve toplum nezdinde güvensizlik ortamının oluşması kaçınılmaz olacaktır.

SONUÇ

Giyilebilir dijital sağlık ürünleri, fiziksel ve psikolojik sağlığın eşzamanlı olarak izlenmesi konusunda hevesli ve bilinçli hale gelmesiyle yaygınlaşmıştır. Özellikle yaygın tercih edilen teknoloji firmalarının tüketicilerin günlük kullanımına sunulan akıllı saatleri ve bilek bantları bu popülerliği arttırmıştır. Ancak zaman içerisinde bu ürünlerin kullanım vasfı değişime uğramaya başlamıştır. Tüketicinin günlük kullanımına sunulan giyilebilir dijital sağlık ürünleriyle tıbbi cihazların kullanımı arasındaki çizgi, giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin sağlıklı yaşam mottosunun genişlemesiyle giderek muğlaklaşmıştır. Ancak giyilebilir dijital sağlık ürünlerinin denetimsiz kullanımı, gizlilik ve güvenlik endişesini beraberinde getirmiştir. Ayrıca elde edilen verinin, tıbbi cihaz vasfı taşımayan bir giyilebilir sağlık ürünü tarafından toplanması nedeniyle tıp bilimi açısından güvenilirliği de kesin değildir. Elde edilen bu verilerin ticari amaçlı üçüncü kişilere ulaşılabilir kılınması halinde ciddi kişisel veri gizliliği ve güvenliği ihlalleri söz konusu olabilir.

Giyilebilir dijital sağlık ürünlerine ilişkin sorunlar; tıbbi cihaz vasfı, veri güvenilirliği ve veri güvenliği olmak üzere üç temel noktada toplanır. Bu ürünlerin tıbbi cihaz vasfı taşımasıyla topladığı verilerin güvenilirliği ve güvenliği doğru orantılıdır. Zira ürünlerin tıbbi cihaz vasfının varlığı kabul edilirse gerekli denetim ve onaylardan geçmeleri gerekeceği için toplanan verilerin tâbi olacağı hukuki düzenlemelerin de belirlenebilmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle öncelikli olarak kişisel sağlık verilerini toplayan bu ürünlerin, tıbbi cihaz vasfı taşımasa bile özel bir kategori altında düzenlenmesi ve denetlenmesi gerekir. Ayrıca bu düzenlemede muhakkak giyilebilir dijital sağlık ürünleri tarafından toplanan, depolanan ve işlenen kişisel verilerine, özel olarak sağlık verilerine, ilişkin ölçütlerin ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekir.

Açıklandığı üzere; şu anda hukukumuzda tıbbi cihazlar, 2017/745 sayılı Avrupa Birliği Tıbbi Cihazlar Tüzüğü (MDR) ile uyumlu hale getirilen Tıbbi Cihaz Yönetmeliği kapsamında değerlendirilir. Ancak giyilebilir sağlık ürünlerinin büyük bir kısmı anılan yönetmeliğin kapsamına girmez; çünkü bu ürünler tanı koyma, hastalıkları tedavi etme veya izleme amacıyla doğrudan kullanılmadıkları için tıbbi cihaz olarak sınıflandırılmaz. Uygulamada ise açıklandığı üzere genelde amaç ölçütü dikkate alınır.

Her ne kadar bu cihazlar kullanıcılar açısından erişilebilir, pratik ve yenilikçi çözümler sunsa da elde edilen verilerin doğruluğu, yorumlanması ve kullanıcının bu verilerle aldığı sağlıkla ilgili kararlar önemlidir. Ayrıca bu cihazların sunduğu verilerin sağlık hizmetleriyle entegrasyonu henüz yeterince standartlaştırılamamıştır. Bu nedenle, kullanıcıların cihaz verilerini nasıl yorumlaması gerektiği konusunda bilinçli olması da büyük önem taşır.

Bu çerçevede, tıbbi cihaz vasfı taşımayan giyilebilir sağlık ürünlerine ilişkin çalışma kapsamında bazı sonuçlara varılmıştır. Bu bağlamda ilk olarak veri güvenliği ve mahremiyetin sağlanması bakımından KVKK ve GDPR ile uyumlu; ancak daha kapsamlı bir düzenlemenin çıkarılması gerekir. Bu düzenleme ile özellikle kullanıcı rızasının şekli ve içeriğinin, verilerin kimlerle paylaşılacağı, verilerin nerede depolanacağı ve hangi siber yöntemle korunacağının standart hale getirilmesi gerekir.

Tıbbi cihaz niteliği taşımayan bu ürünlerin, bir düzenleme boşluğu içerisinde kalması kullanıcı güvenliği açısından risk oluşturur. Bu nedenle, başta Sağlık Bakanlığı ve ilgili düzenleyici kurumlar, bu cihazlara yönelik kalite, güvenlik ve doğruluk esaslarını kapsayan ikincil düzenlemeler geliştirmelidir. Ayrıca, üreticilerin bu standartlara uyması gönüllü değil, zorunlu hale getirilmelidir.

Kullanıcılar, bu ürünler aracılığıyla paylaştıkları verilerin, depolandığı, işlendiği ve paylaşıldığı hususlarında da bilgilendirilmelidirler. Üretici firmalar, kullanıcılarına açık ve sade kılavuzlar sunmalı; gerekirse mobil uygulamalar üzerinden eğitim içerikleri paylaşmalıdır.

Ayrıca kullanıcıların bilinçlendirilmesi sürdürülebilir bir hukuki güvenlik için hayati önem taşır. Kullanıcıların bu cihazları nasıl kullanacaklarını ve elde ettikleri verilerin ne anlama geldiğini doğru bir şekilde anlamaları gerekir. Özellikle tıbbi cihaz vasfı taşımayan bir cihazın verdiği bilgilerin ön tanı aracı olmadığı, yalnızca genel sağlık takibi amacıyla sunulduğu tüketiciye sunulan kullanım kılavuzlarında vurgulanmalıdır.

Sonuç olarak giyilebilir sağlık ürünleri, bireylerin yaşam kalitesini artırma potansiyeli taşıyan yenilikçi araçlardır. Bilinçli kullanıcılar, etik üretici firmalar ve etkili hukuki düzenlemeler sayesinde bu ürünler, sağlık sistemine entegre edilebilecek güçlü tamamlayıcı araçlar haline gelebilir. Bu nedenle tüm paydaşların iş birliği içinde hareket etmesini zorunlu kılan; tüketiciyi koruyan ancak aynı zamanda bu yenilikçi teknolojileri teşvik eden hukuki düzenlemelerin varlığı gereklidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKÇAKOCA, Mehmet, **Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ALÇİN, Ayşe Aşlı, “Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü”, **TAAD**, Y. 2022, C.13, S.51, s. 365-410.
- ANTALYA, Gökhan, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2023, C. 29, S. 2, s. 1208-1222.
- ARAALAN, Cemal, “Yapay Zekâ Teknolojisinin Sağlık Sektörüne Etkilerine İlişkin Hukuksal Bir Değerlendirme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2022, C. 1, S. 185, s. 2-15.
- ARSLAN, Banu ve diğerleri, “Accuracy of the Apple Watch in Measuring Oxygen Saturation: Comparison With Pulse Oximetry and ABG”, **Irish Journal of Medical Science**, Y. 2024, S. 193, s. 477-483.
- ATALAY Havva Nur, “Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Depolanması”, **Sosyal Çalışmalar Üzerine Akademik Perspektif Dergisi**, Y. 2021, S.1, s. 1-20.
- BOUDERHEM, Rabai, “Privacy and Regulatory Issues in Wearable Health Technology”, **Engineering Proceedings**, Y. 2023, C. 58, S. 1, s. 87-93.
- BRÖNNEKE, Jan Benedikt ve diğerleri, “Regulatory, Legal, and Market Aspects of Smart Wearables for Cardiac Monitoring”, **Sensors**, Y. 2021, C. 21, S. 14, s. 4937-4956.
- DAHİ, Alan/ FORGO, Nikolaus/ JENSEN, Sarah/ STAUCH, Marc, “Using Patient Avatars to Promote Health Data Sharing Applications: Perspectives and Regulatory Challenges”, **European Journal of Health Law**, Y. 2016, C. 23, s. 175-194.
- DECLUE, Polina, “Health Monitoring From Home: Legal Considerations of Wearable Technology in Telemedicine”, **SMU Science and Technology Law Review**, Y. 2024, C. 26, S. 1, s.111-121.
- DEITCH, Jonathan, “Protecting Unprotected Data in MHealth”, **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Y. 2020, C. 18, S. 1, s. 107-128.

- DEMİRCİ, Şenol, “Giyilebilir Teknolojilerin Sağlık Hizmetlerine ve Sağlık Hizmet Kullanıcılarına Etkileri”, **Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2018, C. 6, S. 6, s. 985-992.
- DO CANTO, Philipp, “Gesundheitsdaten in der Digitalen Welt”, **Sic-online**, Y. 2020, S.4, s. 1-8; https://www.sic-online.ch/fileadmin/user_upload/Sic-Online/2020/documents/177.pdf.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I**, Filiz Yayınevi, Ankara, 2018.
- DURKIN, Terence M., “Health Data Privacy And Security In The Age Of Wearable Tech: Privacy And Security Concerns For The NFLPA And Whoop”, **Journal of High Technology Law**, Y. 2019, C. XIX, S. 1.5, s. 279-299.
- DÜLGER, Murat Volkan, “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 43-80.
- ERKİLİÇ, Cemre Eda/ YALÇIN, Aybüke, “Evaluation of the Wearable Technology Market within the Scope of Digital Health Technologies”, **Gazi İktisat ve İşletme Dergisi**, Y. 2020, C. 6, S. 3, s. 310-323.
- GÖKDEMİR, Şaduman Şeyda/ AKINCI, Semra, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılığa Yönelik Tüketici Tutumları ve Mahremiyet Endişeleri, **Erciyes İletişim Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. Özel, s. 21-38.
- GREIWE, Justin/ NYENHUIS, Sharmilee M., “Wearable Technology and How This Can Be Implemented into Clinical Practice”, **Current Allergy and Asthma Reports**, Y. 2020, C. 20, S. 8, s. 36-46.
- GRUNDY, Quinn ve diğerleri, “Data Sharing Practices of Medicines Related Apps and the Mobile Ecosystem: Traffic, Content, and Network Analysis”, **The BMJ Journal**, Y. 2019, C. 364, S. 1, s. 1-11.
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku Cilt II Özel Hükümler**, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- HARRIS, Tess ve diğerleri, “A Primary Care Nurse-Delivered Walking Intervention in Older Adults: PACE (Pedometer Accelerometer Consultation Evaluation)-Lift Cluster Randomised Controlled Trial” **PLoS Med**, Y. 2015, C. 12, S. 2, s. 1-23, <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001783>.
- İSPİRLİ TURAN, Ayşe/ DOĞANALP ÇOBAN, Selma “Dijital Yaşam Teknolojileri Bağlamında Akıllı Saat Kullanıcılarının Deneyimleri Üzerine Nitel Bir Çalışma”, **Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2023, C. 13, S. 1, s. 531-551.

- KAPOOR, Vidhi ve diğerleri “Privacy Issues in Wearable Technology: An Intrinsic Review”, *International Conference on Innovative Computing and Communication*, Y. 2020, **SSRN Electronic Journal**: <https://ssrn.com/abstract=3566918>.
- KARLI, İhsan/ DOĞRU, Sema/ DOĞRU, Yusuf Bahadır, “Akıllı Telefonların Uygulama İzinleri Üzerine Bir Farkındalık Çalışması”, **Online Academic Journal of Information Technology**, Y. 2018, C. 9, S. 30, s. 153-167.
- KAYA, Özge Nefise, **Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Hasta ve Hasta Yakınlarına Gerçeğin Söylenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KAYABAŞ, Oğulhan/ CUĞ, Mutlu/ BUDAK, Cemalettin, “Fotopletismografi Teknolojisine Dayalı Kalp Atım Hızı Ölçümü Yapan Giyilebilir Akıllı Saatlerin Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi: Huawei Honor Band 5 vs Xiaomi Mı Smart Band 5”, **Spormetre The Journal of Physical Education and Sport Sciences**, Y. 2022, C.20, S. 1, s.105-118.
- KULULAR İBRAHİM, Merve Ayşegül/ GÖKDAŞ, Elife Filiz, “Büyük Veri ve Mobil Uygulamalarda İşlenen Kişisel Verilerin (Sağlık Verileri) Hukuka Uygunluk Sorunu”, **Adalet Dergisi**, Y. 2024, C. 1, S. 72, s. 543-570.
- LANGLEY, Matthew, “Hide Your Health: Addressing the New Privacy Problem of Consumer Wearables”, **Georgetown Law Journal**, Y. 2015, C. 103, S. 3, s. 1641-1660.
- LEU, Agnes /GÄCHTER, Thomas/ ELGER, Bernice, “SwissDRG: Missbrauchsgefahr bei der Datenweitergabe an Krankenversicherer?”, **Jusletter**, Y. 2014, S. Mart, s. 1-12.
- LUBARSKY, Boris, “Re-Identification of “Anonymized Data”, **Georgetown Law Technology Review**, Y. 2017, C. 1, S. 1, s. 202-213.
- MARKS, Mason, “Emergent Medical Data: Health Information Inferred by Artificial Intelligence”, **UC Irvine Law Review**, Y. 2021, C. 11, s. 995-1066.
- ÖGET, Mehmet, “*Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu*”, **İzmir Barosu Dergisi**, Cilt 85, Sayı 3 (2020): 189-259.
- MISHRA, Tejaswini ve diğerleri, “Pre-Symptomatic Detection Of COVID-19 from Smartwatch Data”, **Nature Biomedical Engineering Journal**, Y. 2020, C. 4, S. 1, s. 1208-1220.
- MOREY, Timothy/ FORBATH, Theodore/ SCHOOP, Allison, “Customer Data: Designing for Transparency and Trust”, **Harvard Business Review**, Y. 2015, S. Mayıs, s. 96-105.
- NELSON, Elizabeth C. ve diğerleri, “Is Wearable Technology Becoming Part of Us? Developing and Validating a Measurement Scale for Wearable Technology Embodiment”, **JMIR Mhealth Uhealth**, Y. 2019, C. 7, S. 8, s. 1-12.
- NORBERG, Patricia A./ HORNE, Daniel R./ HORNE, David A., “The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions Versus Behaviors”, **The Journal of Consumer Affairs**, Y. 2007, C. 1, S. 41, s. 100-126.

- NURGALIEVA, Leysan/ O'CALLAGHAN, David/ DOHERTY, Gavin, "Security and Privacy of mHealth Applications: A Scoping Review", **IEEE Access Journal**, Y. 2020, C. 8, s. 104247-104268.
- ORAK, Beşir, **Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması**, Yetkin, Ankara, 2020.
- ÖZER, DENİZ, Miray, "Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Aydınlatma Yükümlülüğü", **Erciyes Akademi**, Y. 2022, C. 36, S. 3, s. 1424-1445.
- PIWEK, Lukasz/ ELLIS, David A./ ANDREWS, Sally Andrews/ JOINSON, Adam, "The Rise of Consumer Health Wearables: Promises and Barriers", **PLoS Med**, Y. 2016, C. 13, S. 2, s. 1-9, <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001953>.
- PRATT, Lauren Caverly, "An Update is Required to Continue Using This Regulation: Why the HIPAA Privacy Rule Should be Modified to Protect a Broader Range of Health Data", **Belmont Health Law Journal**, Y. 2023, C. 5, s. 101-120.
- ROBILLARD, Julie M. ve diğerleri, "Availability, Readability, and Content of Privacy Policies and Terms of Agreements of Mental Health Apps", **Internet Interventions**, Y. 2019, C. 17, S. Eylül, s. 1-8, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2214782918300162?via%3Dihub>.
- ROCHER, Luc ve diğerleri, "Estimating the Success of Re-identifications in Incomplete Datasets Using Generative Models", **Nature Communications**, Y. 2019, C. 10, S. 1, s. 1-9. <https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3>.
- SHIPP, Laura/ BLASCO Shipp, "How Private Is Your Period? A Systematic Analysis of Menstrual App Privacy Policies", **Proceedings on Privacy Enhancing Technologies**, Y. 2020, C. 4, S. 1, s. 491-510.
- SIFAoui, Asma/ EASTIN, Matthew S., "Whispers from the Wrist": Wearable Health Monitoring Devices and Privacy Regulations in the U.S.: The Loopholes, the Challenges, and the Opportunities", **Cryptography**, Y. 2024, C. 8, S. 2, s. 26-44.
- SMITH, Michael D./ WALDO, Jim, "Anonymity, De-Identification, and the Accuracy of Data", **Harvard On Digital**, Y. 2023, S. Ağustos, <https://www.harvardonline.harvard.edu/blog/anonymity-de-identification-accuracy-data>.
- SOCLOW, Brian R., "Wearable Tech Will Change Pro Sports and Sports Law", **Law360** (2015), https://www.loeb.com/en/insights/publications/2015/09/wearable-tech-will-change-pro-sports--and-sports__.
- SOLOVE, Daniel, "The Myth of the Privacy Paradox", **George Washington Law Review**, Y. 2021, C. 89, S. 1, s. 1-51.
- SPANN, Steven, "Wearable Fitness Devices: Personal Health Data Privacy in Washington State", **Seattle University Law Review**, Y. 2016, C. 39, S. 4, s. 1411-1432.
- SWEENEY, Latanya, "Simple Demographics Often Identify People Uniquely", **Carnegie Mellon University Data Privacy Working Paper 3** (Pittsburgh: 2000), https://kilthub.cmu.edu/articles/journal_contribution/Simple_Demographics_Often_Identify_People_Uniquely/6625769?file=12123218.

- TERRY, Nicolas P./ WILEY, Lindsay F., “Liability for Mobile Health and Wearable Technologies”, **Annals of Health Law**, Y. 2016, C. 25, S. 2, s. 62-97.
- TROIANO, Alexandra, “Wearables and Personal Health Data: Putting a Premium on Your Privacy”, **Brooklyn Law Review**, Y. 2017, C. 82, S. 4, s. 1715-1753.
- TU, Jiaobing/ GAO, Wei, “Ethical Considerations of Wearable Technologies in Human Research”, **Adv Healthc Mater**, Y. 2021, C. 10, S. 17, s. 1-8, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/adhm.202100127>.
- TUROW, Joseph ve diğerleri, “Americans Cannot Consent to Companies’ Use of Their Data”, **International Journal of Communication**, Y. 2023, C.17, s. 4796-4817.
- ÜNAL YEŞİLYURT, Esra, “The Privacy Paradox is Not Real”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, Y. 2023, C. 5, S. 1, s. 47-56.
- VAIDHYANATHAN, Siva, **The Googlization of Everything: (And Why We Should Worry)**, University of California Press, California, 2011.
- YADAV, Vivek, “Wearable Health Technology Data Privacy; Investigating the Balance between the Benefits of Wearable Health Devices and the Privacy Concerns they Raise”, **International Journal of Science and Research**, Y. 2022, C. 11, S. 12, s. 1363-1371.
- YELMEN, Adem, “Kişisel Sağlık Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C.18, S.2, s. 743-806.
- YILMAZ, Sabire Sanem, **Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- YÜKSEL, Gürbüz, “Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması”, **Sağlık Akademisyenleri Dergisi**, Y. 2018, C.6, S.1, s. 1-10.
- ZURAW, Rachel/ SKLAR, Tara, “Digital Health Privacy and Age: Quality and Safety Improvement in Long-Term- Care”, **Indiana Health Law Review**, Y. 2020, C. 17, s. 85-99.

Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanmasını Öngören İBK m. 394/II'nin Kökeni^(*)

The Origins of Swiss Co Article 394/II: Extending the Provisions on Mandate to Unregulated Contracts for Services

M. Hasanali AKAY^(**)

Öz:

Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen borçlunun bağımsız olduğu işgörme sözleşmelerinden biridir. Vekâlet sözleşmesinde borçlu alacaklıya belirli bir sonucun elde edilmesini değil, yalnızca faaliyet yürütmeyi taahhüt eder. Bu sözleşmenin kapsamı, yalnızca hukukî fiillerle sınırlı olmayıp maddî fiilleri de içerir. Mimarlık, avukatlık, hekimlik gibi sözleşmeler, borçlunun ediminin niteliğine göre vekâlet niteliğinde olabilir. Vekâlet sözleşmesinin bunun dışındaki ikincil işlevi ise BK (Borçlar Kanunu) m. 502/II (İBK -İsviçre Borçlar Kanunu- m. 394/II) hükmüyle ortaya çıkmaktadır: Kanunda özel olarak düzenlenmemiş işgörme sözleşmeleri, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerine tabidir. Bu düzenleme, vekâleti yalnızca belirli mesleklerle sınırlı olmaktan çıkarıp ona genel işgörme sözleşmesi niteliği kazandırmıştır. Söz konusu gelişmenin kökeni, 1911 tarihli İBK'ye dayanmaktadır. 1881 tarihli ilk düzenlemede serbest meslekler hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilirken, vekâlet yalnızca hukukî işlemlerle sınırlı tutulmuştu. Ancak Roma hukukundaki *mandatum* kurumunun güven ilişkisine dayalı yapısı ve *opera liberales* (serbest meslekler) ayrımı İsviçre hukukuna, oradan da Türk hukukuna aktarılmıştı. Zürih Medenî Kanunu'nda yer alan *Honorarvertrag* ise serbest mesleklerin ayrı bir sözleşmede düzenlenmesine örnek teşkil etmiştir. 1911'de yapılan reformla vekâletin kapsamı genişletilmiş, sözleşme maddî fiilleri de kapsar hâle gelmiş, hizmet sözleşmesine ise zaman unsuru eklenmiştir. 1971 reformu ile

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.08.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 23.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1772747

Bu makaleye atf için; AKAY, M. Hasanali, “Vekâlet Hükümlerinin Kanunda Düzenlenmeyen İşgörme Sözleşmelerine Uygulanmasını Öngören İBK m. 394/II'nin Kökeni”, *İMHFD*, C. 10, S. 2, 2025, s. 1373-1394

Bu makale, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanıp 2023 yılında kabul edilen “*Yazılım Bakımı Sözleşmesine Vekâlet Hükümlerinin Uygulanması*” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

^(**) Arş. Gör. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: hasanali.akay@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0009-0009-8111-3720

hizmet sözleşmeleri bağımlı iş ilişkilerine özgülenmiş, tüm serbest meslekler vekâlet kapsamına alınmıştır. Nihayet İBK m. 394/II (BK m. 502/II) hükmü sayesinde, vekâlet sözleşmesi günümüzdeki genel işgörmeye sözleşmesi halini almıştır.

Anahtar Kelimeler:

Vekâlet, İşgörmeye Sözleşmeleri, Vekâletin İkincilliği, Mandatum, Operae Liberales.

Abstract:

The contract of mandate is regulated in the Turkish CO as one of the independent contracts for the performance of services, under which the debtor undertakes not to achieve a specific result for the creditor, but merely to carry out an activity. In this respect, the scope of the contract is not limited only to legal acts, but also includes material acts. Contracts such as architecture or medical practice may qualify as contract of mandate. The secondary function of the contract of mandate, beyond this, is revealed by Article 502/II CO: service contracts that are not specifically regulated by law are subject to the provisions on mandate, to the extent that their nature is compatible. This regulation has transformed the contract of mandate from being limited only to certain professions into a general contract for the performance of services. The origin of this development goes back to the Swiss CO of 1911. In the first enactment of 1881, liberal professions were considered within the scope of the contract of employment, while the contract of mandate was restricted solely to legal acts. However, the trust-based structure of the Roman *mandatum* and the distinction of *operae liberales* were transmitted into Swiss. With the 1911 reform, the scope of the mandate was expanded: the contract came to include material acts as well, while the element of time was added to the contract of employment. With the reform of 1971, employment contracts were confined to dependent labor relations, and all liberal professions were brought under the scope of mandate. Ultimately, thanks to Article 394/II of the Swiss Code of Obligations the contract of mandate has evolved into today's general contract for the performance of services.

Keywords:

Mandate, Mandatum, Operae Liberales, The Subsidiarity Of Mandate, Service Contracts.

Extended Summary:

The contract of mandate, regulated under the Turkish Code of Obligations, is classified as one of the contracts for performing services independently, alongside the contract for work. Unlike the contract for services (employment), which presupposes a relationship of subordination, the contract of mandate is defined as an agreement where the debtor undertakes an activity without guaranteeing a specific result. This activity may consist of either a legal act or a factual act, which explains why contracts such as medical treatment or legal representation fall within its scope. Beyond its primary function, the mandate also has a secondary, subsidiary role stemming from Article 502/II of the Turkish Code of Obligations: provisions on mandate apply, where appropriate, to other contracts for services not specifically regulated by law. This feature makes the mandate a “general contract for services.”

The historical roots of this subsidiary principle can be traced to Swiss law, which served as the model for the Turkish Code. In the first Swiss Code of Obligations of 1881, “liberal professions” such as physicians, lawyers, and engineers were included under the contract of services. Mandate, at that time, was narrowly limited to legal acts. This distinction drew upon Roman law, where the *mandatum* was originally a gratuitous contract based on trust, and where the notion of *operae liberales* (liberal services) marked a conceptual boundary between “free” professions performed by members of the elite and “non-liberal” services carried out by lower classes. While liberal professions received “honor” rather than remuneration, servile tasks were compensated by wages. This hierarchical distinction profoundly influenced continental legal thinking and ultimately shaped the treatment of professional services in Swiss and Turkish law.

The Zurich Civil Code, one of the most influential cantonal codifications prior to Swiss federal Code of Obligations, contained a distinctive category of contract called *Honorarvertrag* (contract for liberal services). Professions such as doctors, lawyers, and teachers were explicitly mentioned, highlighting the social and legal recognition of their unique status. Although the federal Swiss Code of 1881 unified the law by abolishing this separate category, the conceptual distinction persisted. Article 348 of the 1881 Code placed liberal professions under the contract of services, emphasizing that they were not to be assimilated into the narrower sphere of mandate. At this stage, the general framework for contracts involving the performance of services was grounded in the contract of services rather than the mandate.

The turning point came with the 1911 revision of the Swiss Code of Obligations. Article 394/II was introduced, expressly extending the provisions of mandate to contracts for services not otherwise regulated by law. Simultaneously, the scope of mandate was broadened to cover not only legal but also factual acts. At the same time, the contract of services was redefined, with the inclusion of a “time element” as a defining feature: the debtor was obliged to render performance over a specific period. This innovation blurred the boundaries between mandate and services, since both now applied to contracts involving the performance of activities. The decisive distinction lay in the element of duration for services, which mandate did not require. Liberal professions, still formally linked to the services contract through Article 361, could nevertheless fall within the mandate’s scope depending on their characteristics.

This complex framework persisted until the 1971 reform. The reform fundamentally reshaped the contract of services by introducing the modern concept of subordination: the employee was legally dependent on the employer. Consequently, the scope of the services contract was confined to employment relationships characterized by hierarchical dependency. Liberal professions were entirely excluded from its ambit, and with the repeal of Article 361, they were subsumed under the mandate. From this point onward, the mandate emerged as the sole general contract for independent services in Swiss law.

This historical trajectory explains the present position in Turkish law. The mandate contract serves both as a distinct agreement for cases where a person undertakes an activity without guaranteeing a result, and as a residual framework applicable to unregulated contracts for services. Its Roman origins, the conceptual legacy of liberal professions, and the evolution of Swiss legislation all converge to explain why Turkish law treats mandate as the general contract for services. Thus, the contract of mandate represents not only a technical category within the law of obligations but also a reflection of the historical and social distinctions between dependent and independent work.

GİRİŞ

Vekâlet sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda yer alan iş görme sözleşmelerinden biridir. Kanunda işgörme sözleşmeleri; eser, hizmet ve vekâlet sözleşmeleri olmak üzere üçlü bir yapı halinde düzenlenmiştir. Günümüzde hizmet sözleşmesi, sadece bağımlı iş görme ilişkilerini kapsadığından, bağımsız iş görme sözleşmeleri bakımından artık yalnızca eser ve vekâlet sözleşmelerinden söz edilebilir. Vekâlet sözleşmesinin temel özelliği, borçlunun belirli bir sonucu garanti etmek yerine, alacaklı yararına bir faaliyet yürütmeyi üstlenmesidir. Bu faaliyetin konusu bir hukukî fiil olabileceği gibi maddî fiil de olabilir. Dolayısıyla gerek hekimlik gerek avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin kapsamında kalır.

Vekâlet sözleşmesinin bağımsız ve müstakil bir işgörme sözleşmesi olarak sahip olduğu işlev dışında, BK m. 502/II (İBK m. 394/II) hükmünden doğan ikincil bir işlevi de vardır. Hüküm gereği “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” Vekâlet sözleşmesinin bu özelliği, doktrinde vekâletin ikincilliği veya talilîği (*principe de subsidiarité*) olarak isimlendirilmektedir¹. Bu hükümden ortaya çıkan talilîk ilkesi gereği, Kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine, vekâlet hükümleri uygulanır. Böylelikle vekâlet sözleşmesi, bir genel işgörme sözleşmesi niteliği kazanmaktadır.

Vekâlet hükümlerinin BK m. 502/II dolayısıyla bir sözleşmeler türüne veya grubuna uygulanması ve başka bir sözleşme bakımından buna benzer bir hükmün kanunumuzda bulunmaması, bu düzenlemenin nasıl ortaya çıktığına ilişkin merak uyandırmaktadır. Bu bakımdan mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanununda hükmün ortaya çıkışı ve gelişimi değerlendirilmelidir.

İBK m. 394/II hükmü, 1911 tarihinde İsviçre Borçlar Kanununda yapılan revizyonla ortaya çıkmıştır. 1881 tarihli İBK'de daha sonra vekâletin sahip olacağı bu işlev hizmet sözleşmesindeydi. 1881 tarihli İBK m. 348 hükmü hizmet sözleşmesi hükümlerinin serbest (özgür) mesleklere uygulanmasını öngörüyordu. Serbest meslekler ise hekimlik, mühendislik gibi borçlunun bir faaliyet yürüttüğü ve belirli statü sahiplerinin yaptıkları işlerdi. Bu kanunda vekâlet daha

¹ TERCIER, Pierre, BIERI, Laurent, CARRON, Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5. éd., Schulthess, Zürich, 2016, N. 4318; WERRO, Franz, “le contrat de mandat”, *Commentaire romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, Ed. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, Art. 394, N. 20; ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 593.

çok hukukî fiillere, hizmet sözleşmesi ise borçlunun alacaklı için bir faaliyet yürütmeyi üstlendiği işgörmelere yönelmekteydi.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmelerine uygulanmasını öngören hüküm, 1881 tarihli İBK m. 348'in aşamalı olarak vekâlet sözleşmesine taşınmasıyla oluştu. Dolayısıyla konuyu aydınlatabilmek için, bu hükümde kullanılan serbest veya özgür meslek kavramının da anlaşılması gerekir. Günümüzde işgörmeye edimleri özgür veya özgür olmayan şeklinde bir ayırıma tabi tutulmadığından, bu kavramın o dönem için ne ifade ettiği veya kökenin ne olduğu da merak uyandırmaktadır. Bunun için ilk olarak vekâlet sözleşmesinin Roma hukukundaki tarihi, ardından *operae liberales* olarak isimlendirilen serbest veya özgür meslekler kavramları incelenecektir. Bu şekilde vekâlet sözleşmesi ve serbest mesleklerle vekâlet arasındaki ilişki ortaya çıkarılabilecektir.

Özgür ve özgür olmayan mesleklere ilişkin bu fikrî yapı, İsviçre hukukunda ilk defa Zürih Medeni Kanununda somutlaşmıştır. İBK'nin hazırlanmasında da önemli etkisi olan bu Kanunda, özgür veya serbest meslek sözleşmesi olarak tercüme edilebilecek *Honorarvertrag* isimli bir sözleşme bulunmaktadır. İşgörmeye sözleşmelerinin bir kısmını, borçlunun statüsü veya mesleğine bağlı olarak ayrı bir sözleşme kapsamına alan bu düzenleme, hem eski İBK m. 348'e hem de sonraki İBK m. 394/II'ye kaynaklık eden fikri ortaya koymak açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda, Zürih Medeni Kanunundaki işgörmeye sözleşmeleri ve özellikle bu kanundaki *Honorarvertrag* kısaca anlatılacaktır.

Ardından, İsviçre'deki ilk federal Borçlar Kanunu olan 1881 tarihli İBK incelenecek ve son başlıkta İBK m. 394/II hükmünün ortaya çıktığı 1911 tarihli İBK kapsamında hüküm değerlendirilecektir. 1911 tarihli İBK'nin ilk halinde hizmet sözleşmesi henüz bağımlılık ilişkisine özgülenmemişti. Kanunda düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmeleri vekâlet sayılmakla birlikte, daha sonra ilga edilen İBK m. 361 hükmü, serbest meslek sözleşmelerinden, hizmet sözleşmesi vasfını taşıyanlara hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını öngörmekteydi. Dolayısıyla aynı iş için, kimi zaman hizmet kimi zaman da vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün sayılıyordu. Şöyle ki vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin birbirinden ayrılması önemli bir mesele halini almıştı ve her iki sözleşme zaman unsuruyla birbirinden ayrılmaktaydı. İBK'deki bu tanımlama zorluğunu ortadan kaldıran veya ayırım yapmayı kolaylaştıran düzenleme ise 1971 yılındaki revizyonla yapılmıştı. Böylelikle hizmet sözleşmesi bağımlı çalışmalara özgüldü ve günümüzdeki düzenleme ortaya çıktı. Önemi ne binaen, 1911 düzenlemesi ve 1971'deki reform sonrası ortaya çıkan durum da ayrı ayrı incelenecektir.

I. MANDATUM'UN ROMA HUKUKUNDAKİ TARİHÇESİ VE OPERAE LIBERALES

Serbest meslekler (*operae liberales*) kavramının anlaşılması, bu kavramın en çok ilişkilendirildiği sözleşme olan vekâlet (*mandatum*) sözleşmesinin kökenini aydınlatmayı da gerekli kılar. Aracılık işlerine duyulan ihtiyaçtan doğan *mandatum*'un, bir grup meslek sahibinin yaptığı işlerle ilişkilendirilen bir sözleşmeye dönüşmesi ancak bu şekilde anlaşılabilir. Dolayısıyla bu bölümde ilk olarak vekâlet sözleşmesinin Roma hukukundaki kökeni ve kısa tarihi, ardından da *operae liberales* aktarılabacaktır.

A. Vekâletin Ortaya Çıkışı ve Roma Hukukundaki Evrimi

Tarihî açıdan bakıldığında, herhangi bir sözleşmenin karakterini, ona duyulan ihtiyaç ve sonraki dönemlerde diğer muamelelerle birlikte hukuk içinde edindiği konum belirlemektedir. Bu bağlamda sözleşmelerin karakterini belirleyen ana unsur hukuk uygulamasıdır. Roma hukukunda vekâlet veya daha doğru tabirle *mandatum* da benzer şekilde incelenmelidir. Bu muamelenin nasıl ortaya çıktığı, hangi ihtiyaçların belirleyici olduğu, onunla beraber ortaya çıkan diğer muameleler ve bunların tarihî süreçte geçirdiği evrim, bugüne kadar gelen kavramsal yapıyı oluşturmaktadır.

Roma hukukunda *mandatumun* kökeni tartışmalı bir konudur². Bu konu incelenirken, Roma hukukunda onunla aynı dönemde, fakat farklı bir kurum olarak ortaya çıkan, daha sonraki dönemlerde ise *mandatum* ile kavramsal olarak birleşecek olan *procuratio* işlemine değinmek gerekir. Türkçeye her ikisini de vekil olarak tercüme ettiğimiz *procurator* ve *mandator*, ortaya çıktığı alan itibarıyla ayrı ayrı incelenmesi gereken işlemlerdir³. *Procuratio* daha çok aracılık işlerine duyulan ihtiyaçtan ortaya çıkmıştır. Benzer bir şekilde *mandatum* da Romalıların kendi işlerini başkalarına yaptırma ihtiyacından ortaya çıkmıştır⁴. Eski devirlerde Roma vatandaşlarının işlerini kendilerinin yapması, sürekli olarak şehirde kalmaları, hukukî muamelelerin sayısının az olması gibi sebeplerle *mandatum* nispeten geç bir zamanda ortaya çıkmıştır⁵. Bir şehir devleti olan

² Ayrıntılı bilgi için SCHNEEBERGER, Thomas René, *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten*, Peter Lang AG, Bern, 1992, s. 7 ve özellikle dn. 4'teki yazarlar. Ayrıca vekâletin *officium* ya da *amicitia* kaynaklı olduğunu tartışan, Schneeberger, s. 10-11 ve s. 14-15.

³ GIVERDON, Claude, "L'évolution du contrat du mandat", Doktora Tezi, *Paris Üniversitesi*, 1947, s. 9; KARADENİZ, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Sevinç, Ankara, 1976, s. 210 ve özellikle dn. 90 ve oradaki yazarlar.

⁴ RADO, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 151.

⁵ UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 1999, s. 193.

Roma'da, aile babasının fiil ehliyeti tam olan tek kişi olmasına karşın, kendi adına işlerini aile evlatlarından veya kölelerinden birine yaptırması, sınırlı olan bu ihtiyacı karşılamaya yetmiştir⁶. Ayrıca bu devrin hayat telakkileri, bunlara bağlı olarak şekillenen hukukî formalizm, tarım ekonomisine dayanan toplum yapısının bir sonucu olarak ticaretin sınırlı olması da vekâletin ya da daha geniş ifadeyle bir başkası için aracılık yapma fikrinin daha sonra ortaya çıkışına sebep olmuştur⁷.

Eski Roma'nın dar toplum yapısı içerisinde, yoğun bir güven ilişkisine dayanan bu anlaşıma, başlarda herhangi bir hukukî yaptırıma sahip değildi. Az sayıda hak ehliyetine sahip aile babasının yaşadığı bu dönemde, anlaşmanın kendisine bağlı bir yaptırımdan daha çok, kişinin kaybedeceği onuru, güvenilirliği ve dostluğu daha mühimdir. Aslında vekil, bu dönemde bile, vekâletle edindiği yetkilere aykırı davrandığı takdirde kötü niyetli kabul edilirdi. Özellikle *pietas* (dinibütünlük), *reverentia* (saygı), *amicitia* (dostluk) gibi kavramların esas teşkil ettiği bu toplumda kişinin kendisine duyulan güvenin sarsılması, icra edilebilir bir yaptırım olmasa dahi, vekili doğru davranmaya teşvik edecek düzeydedir⁸.

⁶ Aile evladı (*filius familias*) ve kölenin, aile reisi (*pater familias*) adına yaptığı hukukî işlemler, temsil veya vekâlete ilişkin kuralların dışında tutularak aile reisini bağlayabilmektedir. Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010, s. 135-136.

⁷ GIVERDON, N. 11. Diğer yandan *ius civile* tarafından vekâletin henüz bir rızai akit olarak tanınmadığı dönemde *fiducia cum amico* (hatır için inançlı işlem) bir aracılık işi yürütmeye yaryacak şekilde, hatta vekâlet için de yapılmaktaydı, OĞUZ, Arzu, "Roma ve Türk Hukuklarında İnançlı İşlem ve Vekâlet" **AÜHF**, C. 41, S. 1, 1990, s. 225 vd., s. 236. Bunun *Ius Civilen*in katılığından kurtulmanın bir yolu olması muhtemeldir. Bu şekilde *Ius Civilen*in tanımadığı bir hukukî ilişkiye girmek yerine, bir inanç anlaşmasıyla, bugünkü vekâlet ilişkisine benzer bir ilişki kuruluyordu. Günümüzde vekâletin inançlı işlemleri de kısmen kapsar hale gelmesi ise, kurumların kökeniyle tezat oluşturur gibi görünmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Oğuz, s. 225 vd. Yine Romalıların malvarlıklarını idare etmek için "atadıkları" kölelere verilen isimler de aracılık işlerine olan ihtiyacın daha geç çıktığını destekler mahiyettedir. *Pater familias* için tarım işletmelerini idare eden kölelere *vilicus* denilmiş, şehirlerdeki evleri idare eden köleler de *atriensis* olarak isimlendirilmiştir, GIVERDON, N. 13..

⁸ GIVERDON, N. 46, vekil, sahip olduğu yetkiye aykırı davrandığında *mala fides* sahibi sayılır. Dolayısıyla *mandatum* kapsamında var olan katı ve yoğun güven ilişkisini sarsan vekil "şerefsiz" sayılmıştır. Aynı yönde, SCHNEEBERGER, s. 23 vd. Bu güven ilişkisinin daha sonraki dönemde de devam ettiğini gösteren, HONİG, Richard, **Roma Hukuku**, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938, s. 270, *actio mandati directay*ı kaybeden vekil için, bu husus şeref ve haysiyeti bozucu etki doğurmaktadır. *Infamis* kavramı için bkz. UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 85. Bu durumu Almanca, "Verlust der bürgerlichen Ehre"/ "Minderung der Ehre"/ "rechtserhebliche Bescholtenheit" olarak ifade ederek *infamis* olmayı hak ehliyetini kaybetmeye yakın bir şekilde okuyan, SCHNEEBERGER, s. 24. Bir çeşit sivil ölüm gibi değerlendirilebilecek olan bu kurum, belki de daha sonra kilise hukuku içerisinde ortaya çıkacak olan aforozun kavramsal kökeni de olabilir. *Infamis* olan kişi başkasının davasını yürütemez ve ayrıca kendi davası için de vekil atayamazdı. Dolayısıyla kısmi bir hak ehliyeti kaybı söz konusuydu. *Infamis*'in bu tür işler yapması *ius civile* tarafından yasaklanmıştı.

Bir başkası için iş yapma ihtiyacı, Roma'nın genişlemesine paralel olarak ortaya çıkmıştır. Romalıların savaşlar sırasında ve kolonilere gittikleri zaman zarfında malvarlıklarının idaresi, bir başkasının aracılığına duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır⁹. Kölelerin işleri idare etmekle beraber hak ehliyetine sahip olmaması, diğer yandan aile evlatlarının da *sui iuris* olmadıkları için her hukukî işlemi yapamaması, tam ehliyetli bir başka kişinin, asil adına işlem yapmasını gerektirmiştir. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla *manus dare*, yani el vermek anlamına gelen kelimelerden türetilen *commendatio* işlemi ortaya çıkmıştır¹⁰.

Ticari hayatın cumhuriyetin sonlarında gelişmesi, küçük Roma şehrindeki anlayışı da değiştirmiş, mutlak güvenden daha çok borç saiki önem kazanmaya başlamıştır¹¹. Profesyonel olarak aracılık faaliyeti yürüten *procurator*, faaliyetini sürekli bir şekilde değil, geçici olarak yürütmekteydi. Aile reislerinin Roma'da bulunmadığı dönemlerde, onun işlerini artık hatır veya dostluk amacıyla değil, doğrudan bir kazanç amacıyla ve borç olarak üstleniyordu. İmparatorlukla beraber, Romalılar şehirden daha uzun süre ayrılmaya başladılar. Bunun sonucu, *procurator*'un faaliyetine duyulan ihtiyacın da sürekli ve daha önemli hale gelmesi oldu¹². Özellikle büyük servet sahipleri, malvarlığı değerlerinin bir kısmını, farklı *procurator*'lere vermektedir. Bunda Roma'da ortaya çıkan zenginliğin ve bütün bir malvarlığını idare etmenin de zorluğu yadsınamaz niteliktedir¹³. Yine imparatorlukla beraber, *mandator* ve *procurator* kurumları arasındaki ayırım etkisini yitirmiş, *Corpus Iuris Civilis*'te i her iki kurum tamamen birleş-

⁹ GIVERDON, N. 12; PFISTER, Laurent, "Un contrat en quête d'identité, Jalons pour une histoire de la qualification du mandat", *Le mandat, un contrat en crise?* Ed. Nicolas Dissaux, Economica, Paris, 2011, s. 3.

¹⁰ SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961, s. 554; PICHONNAZ, Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, 2. Baskı, Schulz Éditions romandes, Genève Zurich, Bâle, 2020, N. 2543; MARTINEK, Michael, OMLOR, Sebastian, "vorbem zu p. 662 ff," *J von Staudingers - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, p. 662-675b*, Sellier - de Gruyter, 2017, N. 2. Yazarlar, sözleşmenin adını aldığı el verme veya el sıkışmanın, taraflar arasındaki güven ilişkisini sağlamak amacıyla yapıldığını belirtmektedir. *Quirites* hukukundaki bu şekilcilik, Roma'nın dininden kaynaklanmaktadır. Romalılar, bağlanma iradelerini tanrıların huzurunda, bir çeşit ibadet veya dini kurallara bağlı bir şekilde göstermekteydi. Bu minvalde bir tür ayin olan *manus dare* (el verme) ya da başka bir deyişle *commendatio* (karşılıklı el vermek- *manus dare*'nin isim hali) bu dinsel anlayışın bir göstergesidir. *Commendatio* sözlükte birine güvenmek, birini yetkilendirmek veya birine iş vermek anlamlarına gelir. Bkz. Dictionnaire Gaffiot, *commendo* (çevrimiçi) <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=350>, E.T. 25.08.2025.

¹¹ Bu durumun ortaya çıkmasında *ius gentium* ve doğu (Yunan) hukukunun etkisinin büyük olduğuna ilişkin, OĞUZ, s. 261 ve dn. 138 ve 139. Ayrıca aksi görüşte, Paul Girard'a atıfla GIVERDON, N. 15, s. 14 dn. 2.

¹² GIVERDON, N. 16.

¹³ GIVERDON, N. 14. *Procurator ad res administrandas* bir malvarlığının idaresini, *procurator litis* ise hukukî menfaatlerin korunmasını üstlenirdi.

miştir¹⁴. *Iustinianus* hukukunda *procurator* tayini için, vekâlet verilmesinin zorunlu olduğu düşünülmeye başlanmıştır¹⁵. Artık *mandator* ve *procurator* bir başkasının mallarının idaresiyle sorumlu olan aynı kişidir. Ayrıca bir başkasının işini gören *gestor* özü itibarıyla *mandator*dan farklı bir iş yapıyor olsa da, *Iustinianus* hukukunda bu müesseseler de birbirinin içine geçmiştir¹⁶.

Bütün bu evrim ve vekâletin geçirdiği değişikliğe rağmen, *Digesta*'da vekâlet ücretsiz olarak düzenlenmiştir. Bunda hala özgür ve üst sınıftaki kişilerin vekil olabilmemesinin ve geleneği koruma düşüncesinin etkisi olmalıdır¹⁷. Bu düzenlemenin günümüze kadar olan etkisi ise aşikârdır. İsviçre ve Türk hukukunda vekâlet ilke olarak ücretsiz şekilde düzenlenmiştir. Yine Alman Medeni Kanununda vekâlet tamamen ücretsiz bir sözleşmedir.

Görüldüğü üzere *mandatum*, aslında aracılık işlerine mahsus bir sözleşmedir. Bu sözleşme eski dönemlerde olduğu gibi sadece aracılık işlerini hedefleyen bir yapıda kalsaydı, muhtemelen sadece hukukî fiiller için öngörülen bir işlem olurdu¹⁸. Buna karşın, kökeninde başkası için aracılık işleri yürütme ihtiyacı olan *mandatum*'un diğer işgörmeler, yani borçlunun iş sahibi için bir hizmeti üstlendiği işgörmeye sözleşmeleri için de akdedilebilmesi¹⁹, muhtemelen sözleşmenin Roma toplumunun üst sınıfındaki kimselere yönelik olması ile alakalıdır.

¹⁴ GIVERDON, N. 17. Fransız Medeni Kanununda vekâlet sözleşmesinin tanımının yapıldığı 1984. madde bu etkiyi hala göstermekte ve madde "*Le mandat ou procuration...*" ifadesiyle başlamaktadır.

¹⁵ GIVERDON, N. 20, ancak *mandatum* kelimesi başka bir anlam daha kazanarak, hukukî işlem sırasında verilen yetkiyi de ifade etmeye başlamıştır.

¹⁶ GIVERDON, N. 21. Yine *procurator omnium bonorum* (genel vekil) ve *procurator unius rei* (tek bir iş için vekil) ayrımı da ilk defa *Iustinianus* hukukunda ifade edilmiştir, bkz. GIVERDON, N. 22.

¹⁷ (PAULUS, D. 17, 1, 1, 4) *Mandatum, nisi gratutum nullum est*: Ücretsiz olarak kararlaştırılmadığı takdirde vekâlet hükümsüzdür. GIVERDON, N. 26 ve N. 29 vd.; HONIG, s. 270; Oğuz, s. 262, dn. 144. WERRO, Franz, *Le mandat et ses effets*, Éditions universitaires, Fribourg, 1993, N. 30 ve 151. Vekâletin bu özelliği daha sonra PFISTER, s. 3, dn. 5. Ayrıca, WERRO, *mandat*, N. 151. Yazar 1. yy'dan itibaren onurlandırma ücreti mahiyetinde bir karşılığın kararlaştırılabildiğini, bunun vekâlete ek bir sözleşme ile yapıldığını söylemektedir. Vekâlette ücrete hak kazanabilmek için ek bir anlaşma yapma gerekliliğinin, *Code Napoléon* öncesindeki Fransız hukukunda da kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bkz. POTHIER, du mandat, N. 23.

¹⁸ Fransız hukukunda vekâlet bu şekilde sadece hukukî fiillere özgü bir sözleşmedir. Buna karşın Alman hukukunda hem hukukî hem de maddî fiiller vekâletin konusunu oluşturabilir. Bkz. AKAY, M. Hasanali, "Fransız ve Alman Medeni Kanunları ile Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında İş Görmeye Sözleşmelerinin Genel Düzeni", *Terazi Hukuk Dergisi* S. 223, 2025, s. 10-23, s. 18.

¹⁹ SCHNEEBERGER, s. 16, özellikle dn. 71, yazar burada yaptığı atıflarla, hukukî işlemlere yönelik vekâletin maddî fiillere yönelik vekâletten daha fazla olduğunu dile getirmiştir. Hatta *operae liberales*'e ilişkin kaynakların azlığını da bu sebebe bağlamaktadır.

B. Vekâletin “Ayırt Edici Unsuru” Olarak *Operae Liberales*

Sınıflı bir toplum yapısına sahip olan Roma’da, toplumun üst kesiminde olanların yaptığı işlerden bir ücret almaları uygun bulunmamaktaydı. Bu kişiler yaptıkları işleri, bir asalet ve onur göstergesi olarak yaparlardı. Dolayısıyla, bu toplum düzeni içerisinde işi yapan kişi ve işin kendisi bakımından, yapılan işin ismi değişmekteydi. Bazı işler, ancak özgür kimseler tarafından yapılırdı. Dava-da birini savunmak, bir yapının planını çizmek gibi işler böyleydi. Bu işler, *artes* veya *operae liberales* olarak isimlendirilirdi²⁰. Bu işleri yapanlara, diğer sözleşmelerde olduğu gibi ücret (*merces*) ödenmezdi. Onların aldıkları ücret de bu sebeple *honor*²¹; bu tür işleri yapan da *magistratus* (büyük, efendi) olarak isimlendirilirdi. Bu özgür veya serbest mesleklerin karşısında ise özgür olmayan işler (*operae illiberales*) yer alırdı ve bu alt tabaka işleri yürütenler *ministeria* (küçükler) olarak adlandırılırdı. Taş kırma işçiliği, rençberlik, maden işçiliği gibi bu işleri yapanlara ise *honor* değil, *merces* yani bir ücret ödenirdi²².

İBK m. 394/II düzenlemesinin tarihî kökeni olarak kabul edebileceğimiz bu üst ve aşağı tabaka işler ayırımına ilişkin tereddütler ve belirsizlikler olduğunu da söylemek gerekir. Roma’da hangi işin özgür mesleklerden sayıldığı, hangisinin alt mesleklerden olduğu uzun tartışmaları gerektirir. Mesela hekimlik, önceleri Yunanistan’dan gelen savaş esirleri tarafından icra edilen bir işken, muhtemelen daha sonraları bu özgür meslekler arasına dâhil olmuştur²³. Yine bu tereddütleri veya belirsizliği destekler mahiyette, *mandatum*’da *honor*’un dava edilememesine ilişkin özelliği de zamanla değişmiştir. Özellikle doğu hukuklarının etkisiyle, ikinci ve üçüncü yüzyıldan itibaren *honor*, *cognitia extra ordinem* usulüyle dava edilebilir hale gelmiştir²⁴. Bu husus bugün hizmet sözleşmesi

²⁰ *Operae liberales* ve bunun Roma hukukundaki konumuna ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. BERNARD, Antoine, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris, 1936; KARADENİZ, s. 64 vd.

²¹ HONIG, s. 265; RADO, s. 152; MARTINEK, OMLOR, Vorbem zu p. 662 ff, N. 3. Digestada D. 17. 1. 6 bölümün başlığı da *honorarie* şeklindedir ve metinde, isim halinde *honor* şeklinde ifade edilmiştir. GAIUS, 3, 162, OĞUZ, s. 262. Türk doktrininde, Almanca veya Fransızcadan iktibasla *honorar* ifadesi kullanılmakla birlikte, bu çalışmada Digesta’da geçen haliyle *honor* tercih edilmiştir. Ayrıca *honor*’un hukukî niteliği ve *merces*’ten farkına ilişkin olarak detaylı anlatım için bkz. Schneeberger, s. 28 vd.

²² GIVERDON, N. 31.

²³ Hekimlik sözleşmesinin hukukî niteliğine ve diğer tartışmalara ilişkin bkz. Karadeniz, s. 84 vd.

²⁴ HONIG, s. 270; GIVERDON, N. 31. *Honor*’un postklasik dönemden beri, hukuken korunan bir karşı edim olduğuna ilişkin, SCHNEEBERGER, s. 33. Ayrıca D. 17. 1. 6, “*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.*”: Bir minnet ifadesi olarak vekile *honor* veriliyorsa, bu durumda dava açılabilir. Buradan anlaşıldığı üzere, *Iustinianus* hukukunda *honor*, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde dava edilebilir hale gelmiştir. Her ne kadar, yukarıda dipnot 17’de Paulus’a atıfla vekâletin ücretsiz olmadığı takdirde hükümsüz olacağı söylense de, *honor*’u *merces* ile bir tutmamak gerekir. Zikredilen maddenin so-

olarak isimlendirdiğimiz *locatio conductio operis faciendi* ve *mandatum* arasındaki farkı belirlemeyi güçleştirmiştir. Zira bu haliyle her iki sözleşmenin konuları kesişmektedir²⁵. Ancak her iki sözleşmeyi birbirinden ayıran hususlardan en önemlisi, borçlunun sosyal konumudur²⁶.

Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin kısa tarihini görmek, bugünkü Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde vekâlet kurumunun anlaşılması açısından önemli olduğu gibi, İsviçre ve Türk hukuklarında bir nebze daha mühimdir. Özellikle BK m. 394/II hükmünün aslında Roma'da var olan özgür meslekler kavramı üzerinden şekillenmesi, bunu göstermektedir. Aslında aracılık işleri için ortaya çıkan ve yoğun güven ilişkisi barındıran bir sözleşmenin, belirli kişilerin yaptıkları işler için akdedilmesi, belki de kanunumuzdaki hukukî fiil ve maddî fiil vekâletinin doğmasına sebep olmuştur. Tüm bunlara karşın, *mandatum*'un aslında özgür meslekler için ortaya çıkmadığını, özellikle aracılık işlerine duyulan ihtiyacın, bu sözleşmeyi doğurduğunu unutmamak gerekir²⁷.

II. İSVİÇRE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİNDE İŞGÖRME SÖZLEŞMELERİ VE İBK M. 394/II'NİN KÖKENLERİ

A. Zürih Medeni Kanununda İşgörmeye Sözleşmeleri ve *Honorarvertrag*

1881 yılında İsviçre'de federal borçlar kanunu kabul edilene kadar, kantonların her biri ayrı hukuka sahipti²⁸. Federal borçlar kanununa en fazla etki eden

nunda, tarafların istemeleri halinde, bunu *locatio* olarak borçlanabileceklerinin ifade edilmesi de bu savı destekleyici niteliktedir. SCHNEEBERGER, s. 7 vd. ve dn. 8, yazar M.Ö. 2. yy'ın ikinci yarısında vekâletin dava edilebilir hale gelmiş gibi görüldüğünü, daha sonra *lex Aebutia*'da bunun açıkça kabul edildiğini söyleyip bu durumun aynı zamanda hukukta iradî sözleşmelerin doğduğu zamanla da paralellik gösterdiğini söylemektedir.

²⁵ GIVERDON, N. 29. Yani sadece bir başkası adına üçüncü kişiyle bir hukukî ilişki içine girme değil, vekil bugünkü maddî fiil vekâleti gibi, bir işi görmeyi de üstlenebilirdi.

²⁶ DESSEMENTET, François, "Les contrats de service", *Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987, s. 114-115; PFISTER, s. 3-4.

²⁷ SCHNEEBERGER, s. 18. Yazar, vekâletin *operae liberales* olarak isimlendirilen serbest mesleklerle bir tutulmasını sert bir dille eleştirmekte, bu yaklaşımdakilerin kaynakları yeteri düzeyde okumadığını belirtmektedir. Vekâleti serbest meslek sözleşmesi olarak görme eğilimi için bkz. HONSELL, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 335. Ayrıca bkz. UYAN, Göktürk, *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği*, Beta, İstanbul, 2006, s. 104 vd.

²⁸ CARLEN, Louis, *Rechtsgeschichte der Schweiz, Eine Einführung*, Francke Verlag, Bern, 1988, s. 95-96, İsviçre'de medeni hukukun gelişimi, federal Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hazırlanana kadar, her kantonda farklılık göstermiştir. Fribourg, Tessins, Wallis, Neuenburg (Neuchâtel) gibi bazı kantonlar Code Napoléon'un etkisinde kalırken, Luzern, Aargau, Bern ABGB'den esinlenerek kanton medeni kanunlarını yapmışlardır. Bunun dışında, Zurich, Schaffhausen, Nidwalden gibi doğal hukuk doktrininin güçlü olmadığı, tarihçi okul tesirinde kanunlaşmaya girişen kantonlarla beraber, Uri, Schwyz, Obwalden gibi

düzenleme ise Zürih Medeni Kanunuydu²⁹. Zürih Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunundan önce olduğu için, Cermen hukukunun ilk kanunlaştırma hareketi sayılmaktadır³⁰.

Zürih Medeni Kanununda işgörme sözleşmeleri pandektist çalışmalardan etkilenmişti. Bugünkünden farklı olarak Kanunda dört ayrı işgörme sözleşmesi mevcuttu. Bağımlılık ilişkisi içerisinde, bir emir altında çalışılan işler için hizmet sözleşmesi (*Lohndienstvertrag*) düzenlenmişti. Bu sözleşmenin bir nevi zıddı olarak görülebilecek diğer bir sözleşme ise çalışanın bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunmadığı *Honorarvertrag* (*Freidienstvertrag*)³¹, özgür veya serbest hizmet sözleşmesiydi. Her iki sözleşmede ortak olan husus, borçlunun alacaklıya bir faaliyetin yürütülmesini, bir işin görülmesini borçlanmasıydı³². Bir eserin üretilmesi veya bir sonucun ortaya çıkarılmasından ziyade bir iş için emeğini sarf etmek söz konusuydu. Eser sözleşmesi (*Verdingung eines Werkes*)³³ ise borçlunun bir şey imal etmeyi, bir ürün ortaya koymayı üstlendiği sözleşmeydi. Yüklenicinin (*Uebernehmer*) borcu bütün bir eseri imal ederek alacaklıya teslim etmektir.

Serbest hizmet sözleşmesi veya serbest meslek sözleşmesi olarak tercüme edebileceğimiz *Honorarvertrag*, Zürih Medeni Kanununda, hizmet sözleşmesinin devamında, onun ardından düzenlenmişti. 1567. madde, sayma yoluyla hekim, öğretmen, mühendis, avukat, kimyager ve acentelerin bu sözleşmeyle bağlı olacağını düzenlemişti. Bunların dışında alacaklıya hizmet bağıyla bağlı olan kimseler dışındaki (*keine Herrschaftsverhältnis*) tüm serbest ve karşılığında bir

hiçbir şekilde medeni kanunu olmayan kantonlar da bulunmaktadır. Bu durum İsviçre Medeni Kanunu öncesinde iş görme sözleşmeleri ve vekâlet üzerine “özel hukuk tarihi” üzerine karşılaştırmalı bir çalışma yapılmasına yetecek kadar fazla malzeme sağlamaktadır. Ayrıca İsviçre hukuk geleneğinin oluşumunu takip etmek ve hangi hukukların tesirinin olduğunu tespit etmek de bu şekilde mümkün olabilir.

²⁹ SCHMID, Bruno, “Johan Caspar Bluntschli”, *Historisches Lexikon der Schweiz* (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/007303/2010-09-22/>, E.T. 25.08.2025.

³⁰ SCHULER, Eva Petrig, “Kodifikation”, N. 3, *Historisches Lexikon der Schweiz* (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/>, E.T. 25.08.2025.

³¹ Zürih Medeni Kanunundan önce Avusturya Medeni Kanununda da *Freidienstvertrag* (özgür hizmet sözleşmesi) isimli bir sözleşme vardı. Zürih Medeni Kanunu’nda Avusturya hukukundaki bu düzenlemeden esinlendiğine dair yeterli kaynak bulunmasa da, tarihi, sosyolojik ve dilsel yakınlık sebebiyle sözleşmenin bu şekilde isimlendirilmesinin Avusturya hukuku kaynaklı olduğu akla yakın gelmektedir.

³² Cermen hukuklarının ilk kanunlaştırması olması hasebiyle, bu düzenleme bugünkü BGB’deki hizmet sözleşmesini akla getirmektedir. BGB’de hizmet sözleşmesi her ne kadar tek bir sözleşme olarak düzenlense de iki farklı sözleşmenin hükümlerini barındırır. Hizmet sözleşmesinin bazı hükümleri sadece bağımlı olarak çalışan işçiler için uygulanırken, diğer bazılarıysa bağımsız çalışanlar içindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKAY, s. 15-16.

³³ Zürih Medeni Kanunu m. 1572. hükmünde yükleniciye örnek olarak da el işçisi, tekniker, sanatkar gibi meslekler de verilmiştir.

ücret değil de, “*honor*” verilen işler *Honorarvertrag* kapsamına alınmıştı. Bu noktada, Roma hukukunda var olan ayırımın yaşıtılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun bugünkü vekâlet ve hizmet/iş sözleşmesi ayırımına benzediği göze çarpmaktadır. Ancak henüz iş hukukunun kendisini tam olarak göstermemiş olması, 19. yy. ortasındaki Zürih’in sosyal koşulları, Avrupa’nın genel olarak sınıflı toplum yapısına sahip olması gibi hususlar, bu düzenlemeyi doğrudan bugünküyle özdeş görmeyi zorlaştırmaktadır³⁴.

Bu sözleşmelerin dışında, Zürih Medeni Kanununda vekâlet sözleşmesi de bulunmaktaydı. Tıpkı daha sonra kabul edilecek Alman Medeni Kanununda olduğu gibi, bu kanunda vekâlet sözleşmesi ücretsiz³⁵ ve her zaman sona erdirilebilir³⁶ bir şekilde, “işgörmekten doğan talepler” başlığı altında, diğer işgörmeye sözleşmelerden farklı bir yerde düzenlenmişti³⁷. Özellikle sözleşmenin ücretsiz olması ve her zaman sona erdirilebilmesi, Roma hukuku geleneğini koruma çabasını da göstermektedir.

Zürih Medeni Kanununda işgörmeye sözleşmelerinin düzeni, serbest meslek sahiplerinin diğer çalışanlarla aynı hukuka tabi olmamaları ve çalışmalar arasında bir sosyal statü farkının varlığı açısından önemlidir. *Honorarvertrag* düzenlemesinde somutlaşan bu telakkî, 1881 tarihli İBK’de de etkisini göstermiş ve bir sonraki başlıkta aktarılabilecek olan, hizmet-vekâlet sözleşmesi yapısının doğmasına yol açmıştır. İşgörmeye sözleşmelerine bu şekilde yaklaşılması, muhtemelen isim değişikliğiyle bugünkü İBK m. 394/II hükmüne giden yolu hazırlamıştır³⁸.

³⁴ BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, III. Band (Forderungen und Schulden)*, Fr. Schultess, Zürich, 1855, m. 1560, N. 2’de yazar, her iki sözleşmedeki işgörmelerin tabiat itibarıyla birbirinden farklı olduğunu söylemektedir. Zürih Medeni Kanununda yer alan hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun, bugünkü kanunlarda da yer alan bağımlılık unsuruyla tam olarak aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. O dönemdeki hizmet sözleşmesinde bir şahsî bağımlılık söz konusuydu. Bugünkü hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurundan farklı ise, o dönemde işi yapan kişiye ve işin statüsüne bağlı olarak işin tabiatının değişmesidir.

³⁵ BLUNTSCHLI, m. 1156, N. 2, eğer sözleşmede bir ücret kararlaştırılmışsa o halde “ıvazlı çalışma ve işgörmeler üzerine” başlığını taşıyan dokuzuncu bölümün konusunu oluşturur. Ayrıca, ödeme olması halinde işlemin hukukî niteliği değişir, m. 1179, N. 2.

³⁶ BLUNTSCHLI, m. 1183, s. 203, yazar, *Digesta*’da Julianus’a (Jul. in L. 31, 2D. *de procuratoribus*-III,3)’e atıf yaparak her zaman sona erdirilebilmenin, vekâletin Roma’dan beri önemli bir hususiyeti olduğunu söylemektedir.

³⁷ *von den Forderungen auf Geschäftsbesorgungen* başlığını taşıyan sekizinci bölümde vekâletle birlikte kredi mektubu (m. 1189) ve vekâletsiz işgörmeye (m. 1206) de düzenlenmişti.

³⁸ Benzer düşüncede, DESSEMONTET, s. 116.

B. 1881 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörme Sözleşmeleri: Hizmet Sözleşmesi Kapsamında Kalan Serbest/Özgür Meslekler

1881 tarihli İBK’de işgörme sözleşmeleri, bugünkünden oldukça farklı şekilde düzenlenmişti. Daha çok sonraki yıllarda yürürlüğe girecek olan Alman Medeni Kanunu sistemini andıran bu Kanunda, işgörme sözleşmeleri hizmet, eser ve vekâletten oluşuyordu. Serbest meslekler Zürih Medeni Kanununda olduğu gibi bir sözleşmeye isim vermese de, Kanunun bu tabirden ve ayırımdan kurtulamadığı ve hizmet sözleşmesi hükümleri içerisinde serbest meslekler kavramına yer verilmiştir. Bu açıdan, Zürih Medeni Kanununda var olan ikili hizmet sözleşmesi yapısı, yerini işlerde birliği esas alan tek bir hizmet sözleşmesine bırakmıştır³⁹.

Hizmet sözleşmesi (*du louage de services/Dienstvertrag*), m. 338’le başlamakta ve 11. başlık altında yer almaktaydı. Hizmet borçlusunun alacaklıya belirli hizmetleri bir ücret karşılığında sunduğu işler hizmet sözleşmesi kapsamındaydı. Borçlunun faaliyet yürütmeyi üstlendiği tüm işler için bu sözleşme geçerliydi. Tüm çalışmaların hizmet sözleşmesi kapsamında yer aldığını, vekâlet veya başka bir sözleşmenin konusunu oluşturmadığını vurgulamak amacıyla olsa gerek, m. 348’de serbest mesleklerin de hizmet sözleşmesi kapsamında yer aldığı düzenlenmişti⁴⁰. Hizmet sözleşmesinin bağımlı veya özgür/bağımsız çalışanlar açısından geçerli sözleşme olması, sözleşmenin sonlandırılması açısından önemli bir özellik taşıyordu. Bu sözleşme, vekâlette olduğu gibi her zaman sonlandırılmıyor, m. 346 gereği yalnızca haklı sebeplerin varlığı halinde sona erdirilebiliyordu.

Eser sözleşmesi (*du louage d’ouvrage par suite de devis ou de marché/Werkvertrag*) ise bugünkü eser sözleşmesine yakın bir şekildeydi. Kanunun

³⁹ Bu Kanunun meclis görüşmelerine ulaşılamadığından, hükmün gerekçesi açıkça anlaşılamamaktadır. 19. yüzyılın sonu, Avrupa’da sol siyasi hareketlerin güç kazandığı bir dönemdir. Sosyal eşitlik gibi kavramlar da bu bağlamda önem kazanmıştır. Dolayısıyla, İBK’nin işlerin benzer şekilde algılanmasına yönelik bu eğilime uygun davranmış olmalıdır. Serbest veya özgür mesleklerle diğer işler arasındaki ayrımın kaldırılması bu şekilde anlaşılmaya müsaittir.

⁴⁰ 1881 tarihli İBK’nun, *louage d’ouvrage*’ı düzenleyen bölümünün sonunda yer alan 348. maddesi şu şekildedir: “Meslekî bilgi, zanaat kabiliyeti veya bilimsel müktesebatla icra edilebilen (*professions libérales*)... iş görme akitlerine de bu bölüm hükümleri uygulanır”. SCHNEIDER, Albert, FICK, Heinrich, *Code Fédéral des Obligations et la loi sur la capacité civile*, traduit de l’allemand par E. Stocklin, Imprimerie H. Trembley, Genève, 1882, s. 280, art. 338. “Kanun, diğer hukuk düzenleri ve *ius commune*’nin yaptığı gibi, hizmet kiralama (*louage de service*) ve *honoraires* sözleşmeler arasında, yani maaşlı çalışılan aşağı sınıf işler ile serbestçe görülen (hekimlik, mühendislik, öğretmenlik...) ve *honoraire* alınan işler arasında ayırım yapmamaktadır. Aksine vekâlet dışında paralı görülen tüm işleri, m. 348 kapsamında bir araya getirmiştir.”

350. maddesine göre yüklenicinin bir eseri üretmeyi borçlandığı sözleşme eser sözleşmesiydi. Yine aiptan sorumluluk ayrıca düzenlenmemiş, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerine yollama yapılmakla yetinilmişti (m. 362). Bugünkü düzenlemede de var olan, yüklenicinin tüm bedeli ödeyerek sözleşmeyi sonlandırma hakkı gibi düzenlemeler bu Kanunda da yer almaktaydı (m. 369). Bu bakımdan eser sözleşmesinin, diğer işgörmeye sözleşmelerine nazaran bugünkü düzenlemeye daha yakın olduğu söylenebilir.

1881 tarihli İBK’de bugünkünden farklı olan bir diğer sözleşme ise vekâletti (*du mandat/Auftrag*). Vekâlet sözleşmesi, biraz da Fransız ve Avusturya hukukundan esinlenen bir şekilde hukukî fiillere yönelikti⁴¹. Bu farklılık, sözleşmenin tanımındaki bir kelimenin eksikliğinden kaynaklansa da, hizmet sözleşmesiyle arasında açık bir ayırım ortaya çıkarmaktaydı.

C. 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda İşgörmeye Sözleşmeleri

İBK m. 394/II hükmü, 1911 tarihli Kanunla getirildi. Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen işgörmeye sözleşmelerine uygulanması, öncelikle onun maddî işgörmeleri de kapsamını gerektiriyordu. Zira 1881 tarihli İBK’de vekâlet yalnızca hukukî fiillere ve aracılık işlerine özgüydü. Bu doğrultuda İBK m. 394/I hükmüne, “hizmetleri görme” (*rendre les services*) ifadesi eklenmiştir. Böylelikle hukukî fiil vekâleti ve maddî fiil vekâleti kavramları ortaya çıkmıştır⁴².

⁴¹ SCHNEIDER, FICK, s. 311, Art. 392; WERRO, **mandat**, N. 46, hukukî işleme ilişkin vekâletin ifası için gerekli olan maddî fiiller de vekâletle ifa edilebilir. Yani vekâlet sadece hukukî işlemlere hasredilmişti cümlesini, doktrinadaki bu şerh ile birlikte kurmak gerekir. Aynı yönde, bkz. SUTER, Robert, “Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht”, Doktora tezi, **Bern Üniversitesi**, 1904, s. 18. Bu görüş doğrultusunda mahkeme kararlarının, kimi maddî fiilleri de vekâletin kapsamına dâhil ettiğine ilişkin olarak FICK, Fritz, **Commentaire du Code fédéral des Obligations du 30 Mart 1911**, adaptation française de la 4e édition allemande par Max=E. Porret, Delachaux & Niestlé S.A., Neuchâtel, 1911, Art. 394, N. 2. Ayrıca kanunda hizmet sözleşmesi kapsamına alınmasına rağmen, serbest mesleklerin vekâlet kapsamında olduğunu savunan görüşler için bkz. HABERTISCH, Johannes; **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Traduit par Ch. Gilliéron, Tome II, J. Marti, Moudon, 1886, s. 152; HAFNER, Heinrich, **Schweizerische Obligationenrecht**, Verlag von Orell Füssli, Zürich, 1883, Art. 392, N. 2. 1881 t. İBK m. 348’in açık bir şekilde düzenlemesine rağmen, HABERTISCH, s. 254’te (İBK m. 394/I hükmünün Fransızcasındaki “...*gerer les affaires dont il s’est chargé...*” tabirinden yola çıkarak) “*gestion d’affaire*” yani hukukî işlemlerin yerine getirilmesinin vekâlette önemli olduğunu, hizmette ise borçlu ile alacaklı arasındaki şahsî ilişkinin önem arz ettiğini söyleyerek, sözleşmenin konusu olan işler açısından herhangi bir fark olmadığını belirtmektedir. Serbest mesleklerle bazen hizmet bazen de vekâlet hükümlerinin uygulanabileceğini, hangi sözleşme kapsamında yer alacağını belirlemenin zor olduğuna dair, ROSSEL, Virgile, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, F. Payot, Lausanne, 1922, N. 448 ve 449. Sonuç olarak, uygulamada vekâlet sözleşmesi hukukî işlemlere özgülenmiş; ancak vekâletin serbest meslekleri, özellikle doktor ve avukatın yaptığı sözleşmeleri de kapsamı, kimi yazarlar tarafından savunulmuştur. Bkz. aşağıda dn. 46, özellikle FF 1909 III s. 775’de bahsedilen husus.

⁴² WERRO, **mandat**, N. 50.

Bu yeni vekâlet sözleşmesi hem konu itibariyle daha geniş hem de İBK m. 394/II hükmüyle kanunda düzenlenmeyen işgörmelere uygulanacak hükümleri barındırıyordu. Sözleşmenin konusu ve uygulama alanındaki bu genişlemeye rağmen, vekâlet hükümlerinde önemli bir değişiklik yapılmamıştır. 1881 tarihli İBK’de hukukî fiillere ve aracılık işlerine özgülenen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin, daha sonraki düzenlemede hem hukukî hem de maddî fiilleri kapsayan vekâlete taşınması hayret vericidir⁴³. İsviçre hukukçuları ve onları takiben Türk hukukçuları, vekâlet hükümlerinin bu yapısı karşısında, bazı hükümleri yorum yoluyla genişletmiştir. Sözleşmenin kapsamına ilişkin TBK m. 504’deki hükmün daha geniş yorumlanması ve maddî fiil vekâletlerini de kapsamaya buna örnek teşkil eder. Buna rağmen, vekâlet hükümlerinin bir kısmının maddî fiil vekâletlerine uygulanmasının imkansız olması gibi sonuçlar ortaya çıkmıştır. TBK m. 509’da yer alan edinilen hakların vekâlet verene geçişine ilişkin hüküm, mantikî imkânsızlık sebebiyle aracılık işlerine yönelen vekâlet sözleşmeleri dışında, özellikle de maddî fiil vekâletlerinde uygulanma imkânına sahip değildir.

1911 yılında hizmet sözleşmesine ilişkin de önemli bir değişiklik yapılmıştır. Fransızca metindeki *louage de service* (hizmet kirası) ifadesi, *contrat de travail* (iş sözleşmesi) şeklinde değiştirilmiştir⁴⁴. İsim değişikliğinden daha önemli olan husus, bu yeni hizmet sözleşmesinin tanımına zaman unsurunun eklenmesidir. Zaman unsuruyla hizmet sözleşmesinde işçi, bir işi veya faaliyeti “bir zaman zarfında” üstlenen kişi haline gelmiştir.

Bu değişiklik vekâlet sözleşmesiyle hizmet sözleşmesinin birbirinden ayrılmasını zorlaştırmıştır. Önceki kanunda konuları birbirinden farklı olan

⁴³ Her iki düzenlemedeki vekâlet sözleşmesi hükümleri arasında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır (LEUENBERGER, Christoph, “Dienstleistungsverträge”, **Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel**, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987, s. 47). Hızlı bir karşılaştırmayla göze çarpan farklılıklar şunlardır:

- Vekâletin tanımının yapıldığı, m. 392’nin yerine gelen m. 394’e ikinci fıkra eklenmiş ve “kanunda düzenlenmeyen işlere vekâlet hükümlerinin uygulanması” öngörülmüştür.
- 1911 tarihli İBK ile m. 396/II hükmü getirilmiş ve vekilin, özellikle vekâletin icrası için gerekli olan hukukî işlemleri yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık, davalarda yetkiye ilişkin 1881 tarihli İBK m. 394/III kaldırılmıştır.
- Vekilin özen ölçüsünü hizmet sözleşmesine atıfla belirleyen 1911 tarihli İBK m. 398/I hükmü 1881 tarihli İBK’de mevcut olmaması açısından bir yenilik arz eder.
- 1881 tarihli İBK’de bulunan, başkası için sözleşme yapmanın sürekli olmayan bir şekilde borçlanıldığı işlemleri vekâlet hükümlerine tabi tutan 405. madde hükmü kaldırılmıştır.

⁴⁴ Bu isimlendirme 1971’de yapılan değişikliğe kadar devam etmiş, 1971’de yapılan değişiklikle hizmet sözleşmesine bağımlılık unsurunun eklenmesiyle, sözleşmenin adı *Arbeitsvertrag* olarak değiştirilmiştir. Ayrıca Werro Almanca *Dienstvertrag* tabirini, sözleşmede herhangi bir bağımlılık unsuru aranmadığı için Fransızca *contrat de travail*’dan daha isabetli bulmaktadır WERRO, **mandat**, N. 53.

vekâlet ve hizmet sözleşmeleri, artık aynı konuda yani maddî hizmet edimlerinde akdedilebilir olmuştur. Hizmet sözleşmesi için henüz bir bağımlılık unsurundan da bahsedilemeyeceği için, hem bağımsız hem de bağımlı çalışanlar hizmet sözleşmesi akdedebiliyordu. Her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmaya yarayan kıstas ise hizmet sözleşmesinde borçlunun bir zaman zarfında faaliyetini yürütmeyi borçlanması, diğer yandan vekâlet sözleşmesinde böyle bir unsurun bulunmamasıydı⁴⁵. Dolayısıyla faaliyet yürütme veya geniş anlamıyla hizmet sözleşmeleri hem hizmet hem de vekâletin konusunu oluşturabiliyordu.

Öte yandan serbest mesleklerin hizmet sözleşmesi kapsamında yer aldığını öngören 1881 tarihli İBK m. 348 hükmü, 1911 yılında tamamen kaldırılmamıştır. Hüküm 1911'deki değişikliklerle m. 361'e taşınmıştır. Özgür veya serbest meslekler (*professions libérales*) başlığını taşıyan bu maddeye göre, bu meslekleri icra edenler, hizmet sözleşmesinin esaslı unsurunu barındıran bir sözleşme yaptıkları takdirde, hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır. Hükümün eski 348. maddeden esaslı tek farkı, vekâlet sözleşmesiyle hizmet sözleşmesini ayırmak için konulan "hizmet sözleşmesi niteliğinde olan" ifadesidir.

Oldukça karmaşık görünen bu düzenleme, 1971 yılına kadar İsviçre'de uygulanmış; ayrıca 818 s. Türk Borçlar Kanununa da mehzaz teşkil etmiştir. Düzenlemenin niçin bu şekilde yapıldığı ise belirsizlik içerisinde⁴⁶. Özellikle

⁴⁵ FICK, art. 319, N. 32, yazara göre işgörenin belirli bir süreyle veya süresiz olarak faaliyetlerini işverene bırakması halinde bir hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Eser veya hizmet sözleşmelerinde ise işgörenin zamanını işverene hasretmesi söz konusu değildir. Aynı yönde, WERRO, **mandat**, N. 53. Bu açıdan süre unsurunun İsviçre doktrininde vekâlet ve hizmet sözleşmesini ayırmaya yarayan bir kıstas olarak kullanılması, 1971 reformunda önceki düzenlemeden kaynaklanır. WERRO, **CoRo**, N. 6. Yazar, 1911 düzenlemesinde hizmet sözleşmesinin, süreye dayanan tüm iş görme edimlerini kapsamaması sebebiyle böyle bir ayırım olduğunu belirtmektedir. Benzer bir yaklaşım için ROSSEL, s. 405. Ayrıca FF 1909, III, s. 775'te de bu hususa yer verilmiş, süreli olmayan ve bir eseri üretmeye veya dönüştürmeye yönelik olmayan tüm iş görme sözleşmelerinin vekâlet olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca ROSSEL, s. 435, işçinin zamanını işverene adayarak bir nispette bağımlı çalışmasına karşın, vekâletin böyle bir husus barındırmamasını sözleşmeler arasındaki ayırım hususunda ele almaktadır. Hizmet sözleşmesi açısından hala geçerli kabul edilen, zamana bağımlı olarak çalışma unsuru için bkz. BİLGE, Necip; **Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 287.

⁴⁶ 1905'deki ilk kanun projesinde, serbest meslek sahiplerinin yaptığı sözleşmeler hizmet sözleşmesi kapsamında kalmaktaydı. Sadece serbestçe iş gören doktor, mimar, avukat vb. meslekleri icra edenlerin artık 394/II hükmü kapsamında vekâlet sözleşmesi akdettiklerine ilişkin, Feuilles Fédérales 1905 II, 1, s. 35.

Feuilles Fédérales 1909 III, s. 775'te ise, 394/II hükmünü koyarak bir üretimin borçlanılmadığı ve bir zamana tabi olmayan tüm işlerin vekâlete tabi tutulduğu söylenmiştir. Komisyona göre, hem Fransız hem de Alman hukukundakinden farklı mahiyette bir vekâlet sözleşmesine sahip olan İsviçre hukukunda, vekâlet kavramı yeteri kadar açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Hem doktrin hem de yargı kararlarında, Alman hukukunun da etkisiyle artan belirsizliği ortadan kaldırmak için, vekâletin, eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi kapsamı dışında kalan tüm işleri kapsamasına karar verilmiştir. Bunun ortak hukukla uyumlu olmasa da, en azından gerekli açıklığı sağladığı savunulmuştur. Sonuç olarak, 1881'de hem işçilerin hem de serbest çalışanların akdettiği hizmet sözleşmesinin uygulama alanı 1911'de daraltılmış ve

hizmet sözleşmesine zaman unsurunun neden eklendiği ve İBK m. 394/II hükmünün neden ihdas edildiği konusunda açık bir gerekçe bulunmamaktadır. Öğretide serbest meslekler olarak tarif edilen hekim, avukat ve mimar gibi meslek sahiplerinin 19. yy sonu ve 20. yy başında önemli bir baskı grubu olduğu; bu sebeple serbest mesleklerin vekâlet hükümleri kapsamına alındığına yönelik ifadelere rastlanmaktadır⁴⁷.

D. İsviçre Borçlar Kanununda 1971’de Yapılan Değişiklikler

İBK’de 1971 yılında hizmet sözleşmesi hükümleri kapsamlı bir şekilde değiştirilmiştir. Hizmet sözleşmesini düzenleyen hükmün Fransızca metninde daha önce iş sözleşmesine (*contrat de travail*) dönüştürülen ifade, Almanca metinde de artık aynı şekli almış ve *Dienstvertrag* (hizmet sözleşmesi), *Arbeitsvertrag* (iş sözleşmesi) şekline evrilmiştir. Bu değişiklikte bağımsız olarak da yürütülebilen hizmet sözleşmesi ortadan kalkmış; yerine bağımlılık unsurunun ağır bastığı iş sözleşmesi getirilmiştir. İşçi artık işverene veya iş sahibine hukukî açıdan bağımlı olarak çalışan kişidir.

1971’de hizmet sözleşmesinin birçok hükmü ilga edilmiştir. Serbest mesleklerin bir kısmını hizmet sözleşmesi kapsamına alan İBK m. 361 de bu hükümler arasındadır. Böylelikle, en azından hizmet sözleşmesiyle vekâlet sözleşmesi arasında ayırım yapmaya yarayan zaman unsuru dışında, daha keskin bir unsur olan bağımlılık unsuru ortaya çıkmıştır⁴⁸.

Kanunda yapılan bu reformla, hizmet sözleşmesinin uygulama alanının vekâlet sözleşmesi lehine daraldığı görülmektedir. Vekil, hizmet sözleşmesi kapsamında kalma endişesi taşımadan, zamana yayılmış işleri de üstlenebilecektir⁴⁹. Bu açıdan sadece hizmet sözleşmesinde yapılan bu değişikliğin, neredeyse vekâlet sözleşmesinin hukukî niteliğini değiştirdiği söylenmektedir⁵⁰.

vekâlet genel işgörmeye sözleşmesi olmuştur. Aynı yönde, LEUENBERGER, s. 48-49; ÖZEN, Burak, “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, **Nuri Çelik’e Armağan**, Beta, İstanbul, 2001, s. 598 vd., s. 601, dn. 6. Ayrıca serbest mesleklerin toplumdaki farklı algısının önceki düzenleme sebebiyle değişmediğini, bunun için vekâlet sözleşmesinin bu sözleşmelere daha uygun görüldüğünü aktaran, DESSEMONTET, s.116.

⁴⁷ Üstü kapalı bir şekilde bunu ifade eden, DESSEMONTET, s. 205.

⁴⁸ TERCIER, BIERI, CARRON, N. 4284. Bu bağımlılığın, maddi ve ekonomik bağımlılık değil bir hukukî bağımlılık olduğunu özellikle vurgulayan, WERRO, **mandat**, N. 68. Bu hususun özellikle vurgulanması, Zürih Medeni Kanununda da var olan ve yukarıda dn. 34’te bahsedilen bağımlılıkla, hukukî bağımlılığın aynı olmadığını söylemek içindir.

⁴⁹ WERRO, **mandat**, N. 70 vd.

⁵⁰ WERRO, **mandat**, N. 66.

Bu haliyle vekâlet sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu ve daha sonra bu değişiklikleri benimseyen Türk Borçlar Kanununda, borçlunun bir faaliyet yürütmeyi üstlendiği tek sözleşme halini almış; İsviçre hukukundaki vekâlet-hizmet ikiliği artık ortadan kalkmıştır. Hizmet sözleşmesi sadece işverenin emir ve talimatlarına hukukî olarak bağlı olan kişiler içindir. Diğer yandan, 361. maddenin ilgasıyla Kanunda da yer verilmeyen bir ifade olan “serbest meslekler”, İBK m. 394/II gereği tümüyle vekâlet sözleşmesi kapsamında yer almaktadır⁵¹.

SONUÇ

Vekâlet sözleşmesinin tarihî gelişimi ve günümüzdeki konumu incelendiğinde, Roma’dan modern kanunlaştırma hareketlerine doğru bir evrim göze çarpmaktadır. Roma hukukunda ortaya çıkan *operae liberales* kavramı, özgür kişilerin bağımsız bilgi ve emeklerini belli bir ücret veya karşılık karşılığında sunmalarını ifade etmekteydi. Bununla birlikte, 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başında şekillenen serbest meslekler (*professions libérales*) anlayışı tam anlamıyla aynı içerikte değildir. Roma hukukundaki *operae liberales* daha çok sosyal statüye dayalı bir ayrımı ifade ederken, modern dönemde *professions libérales* kavramı kurumsallaşmış meslek örgütleri, mesleki etik kuralları ve bağımsız çalışma biçimiyle tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu iki kavram arasında tarihsel bir bağlantı olsa da, mutlak bir özdeşlikten söz etmek mümkün değildir. Ancak Roma hukukundaki kavramsal yapıyı koruma çabasıyla modern baskı gruplarının ihtiyaçlarının örtüştüğünden bahsetme imkânı vardır.

Vekâlet hükümlerinin kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere uygulanmasının, İsviçre Borçlar Kanunu’na özgü bir özellik olarak ortaya çıktığını belirtmek gerekir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, vekâletin kapsamını genişleterek yalnızca hukukî işlemleri değil, maddî fiilleri de içine almış; ayrıca 394/II hükmüyle serbest mesleklerin ve kanunda düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerinin tamamını bu sözleşme tipinin içinde değerlendirmiştir. Buna karşılık, Alman ve

⁵¹ WERRO, **mandat**, N. 67 ve 71. Ayrıca, WERRO, **CoRo**, Intro, N. 6 ve Art. 394, N. 3. Yazar, bu değişikliklerle vekâlet sözleşmesinin “*petit contrat*”, yani küçük sözleşme olmaktan çıktığını söylemektedir. Sözleşmelerin *grand* (büyük) ve *petit* (küçük) olarak isimlendirilmesi, Fransız hukukunda yaygındır. Werro, tüm bu değişikliklerden sonra vekâlet sözleşmesinin İsviçre hukukunda sahip olduğu geniş alanı işaret ederek ironik bir şekilde kullanmaktadır. Ona göre, sözleşmelerin uygulanma sıklığı ve önemi dikkate alınarak küçük veya büyük sözleşme şeklindeki sınıflandırmasında, vekâlete *grand* sıfatı de kafi gelmektedir. Fransız doktrininde satış, evlenme, kira ve adi ortaklık “büyük sözleşmeler” arasında yer alırken, vekâlet, vedia, ariyet, karz gibi sözleşmeler “küçük sözleşmeler” arasında yer alır. Kavramla ilgili detaylı bilgi için bkz. CARBONNIER, **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**, LGDJ, 2013, Paris.

Fransız kanunlarında vekâletin bu şekilde geniş bir uygulama alanının olmadığı söylenmelidir. Bu karşılaştırma, İsviçre hukukunun vekâlet sözleşmesini, sözleşmeler içerisinde özel olarak ele alan farklı bir yaklaşım geliştirdiğini ortaya koymaktadır. Ancak bu özellik, kişisel güvenin önemli olduğu vekâletin, günümüzde ticarî ve karşılık beklenerek yapılan işlere uygulanması, onun esas karakteriyle uyumsuz görünmektedir. Dolayısıyla bu güven ilişkisine yakınlık veya bundan uzaklığı gösteren tipik ve atipik vekâlet tanımlarının ortaya çıkması kaçınılmaz olmuştur.

Vekâletin hukukumuzda da tartışma konusu olan birçok özelliğinin, aslında Roma'daki tarihî köklerinden kaynaklandığını görmek mümkündür. Bir yandan aracılık işlerine, diğer yandan da üst sınıf işlere yönelik bir sözleşme olan vekâlet, İsviçre hukukunda her iki grup işler, yani hem hukukî hem de maddî fiillere yönelik olarak devam etmektedir. Daha da önemli olan husus, bu sözleşmenin 20. yy başındaki ihtiyaç veya eğilimler dikkate alınarak ve ilk etapta serbest meslekler diye bir grubun varlığı düşünülerek uygulama alanının genişletilmesidir. Özellikle üzerinden yüzyıldan daha fazla bir zaman geçtikten sonra, asıl sorulması gereken soru ise, İBK m. 394/II hükmünün gerçekçi bir ihtiyaç ve kanunun sistematigi sebebiyle mi, yoksa tarihsel mirasın etkisiyle mi kanunda yer aldığıdır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKAY, M. Hasanali, “Fransız ve Alman Medeni Kanunları ile Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında İş Görmeye Sözleşmelerinin Genel Düzeni”, **Terazi Hukuk Dergisi** S. 223, 2025, s. 10-23.
- ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, III. Band (Folderungen und Schulden)**, Fr. Schultess, Zürich, 1855.
- CARLEN, Louis, **Rechtsgeschichte der Schweiz, Eine Einführung**, Francke Verlag, Bern, 1988.
- DESSEMONTET, “François, Les contrats de service”, **Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel**, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987.
- Dictionnaire Gaffiot, (çevrimiçi): <https://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=350>, E.T. 25.08.2025.
- FICK, Fritz, **Commentaire du Code fédéral des Obligations du 30 Mart 1911**, adaptation française de la 4e édition allemande par Max=E. Porret, Delachaux & Niestlé S.A., Neuchatel, 1911.
- GIVERDON, Claude, “L’évolution du contrat du mandat”, **Doktora Tezi**, Paris, 1947.
- HABERTISCH, Johannes, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, Traduit par Ch. Gilliéron, Tome II, J. Marti, Moudon, 1886.
- HAFNER, H., **Schweizerische Obligationenrecht**, Verlag von Orell Füssli, Zürich, 1883.
- HONIG, Richard, **Roma Hukuku**, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938.
- HONSELL, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- KARADENİZ, Özcan, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Sevinç, Ankara, 1976.

- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010.
- LEUENBERGER, Christoph, “Dienstleistungsverträge”, **Procès-verbal de la 121e assemblée annuelle à Neuchâtel**, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel, 1987.
- OĞUZ, Arzu, “Roma ve Türk Hukuklarında İnançlı İşlem ve Vekâlet” **AÜHFD**, C. 41, S. 1, 1990, s. 225-284.
- PFISTER, Laurent, “Un contrat en quête d’identité, Jalons pour une histoire de la qualification du mandat”, **Le mandat, un contrat en crise?**, Ed. Nicolas Dissaux, Economica, Paris, 2011.
- PICHONNAZ, Pascal, **Les fondements romains du droit privé**, 2. Baskı, Schultess Éditions romandes, Genève Zurich, Bâle, 2020.
- RADO, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ROSSEL, Virgile, **Manuel du Droit Fédéral des Obligations**, F. Payot, Lausanne, 1922.
- SCHMID, Bruno, “Johan Caspar Bluntschli”, **Historisches Lexikon der Schweiz** (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/007303/2010-09-22/>, E.T. 25.08.2025.
- SCHNEEBERGER, Thomas René, **Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten**, Peter Lang AG, Bern, 1992.
- SCHNEIDER, Albert, Fick, Heinrich, **Code Fédéral des Obligations et la loi sur la capacité civile**, traduit de l’allemand par E. Stoecklin, Imprimerie H. Trembley, Genève, 1882.
- SCHULER, Eva Petrig, “Kodifikation”, **Historisches Lexikon der Schweiz** (çevrimiçi) <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009605/2021-09-22/>, E.T. 25.08.2025.
- SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, The Clarendon Press, Oxford, 1961.
- SUTER, Robert, “Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht”, **Doktora tezi**, Bern Üniversitesi, 1904.
- TERCIER, Pierre, BIERI, Laurent, CARRON, Blaise, **Les contrats spéciaux**, 5. éd., Schultess, Zürich, 2016.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 1999 (Umur, Roma).
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- UYAN, Göktürk, **İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği**, Beta, İstanbul, 2006.
- WERRO, Franz, “le contrat de mandat”, **Commentaire romand Code des obligations I: Art. 1-529 CO**, Ed. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012 (Werro, CoRo).
- WERRO, Franz, **Le mandat et ses effets**, Éditions universitaires, Fribourg, 1993 (Werro, mandat).

Dijitalleşen Yargılama Süreci: İsviçre ZPO 2025 Revizyonu ve 6100 Sayılı HMK’da e-Duruşma Uygulamalarının Geleceği^(*)

The Digitalization of Judicial Proceedings: The 2025 Revision of the Swiss Civil Procedure and the Future of e-Hearings Under the Turkish Code of Civil Procedure No. 6100

Serpil IŞIK^(**)

Öz:

Dijitalleşme, modern toplumlarda birçok alanda köklü dönüşümler yaratırken, yargılama süreçleri de bu durumdan doğrudan etkilenmiştir. Teknolojinin sağladığı imkânlar, mahkemelerin işleyişini ve bilgi akışını tekrardan şekillendirmiş; böylece daha şeffaf, hızlı ve erişilebilir bir yargı sisteminin oluşmasına katkı sağlamıştır. Özellikle, e-Duruşma uygulamaları, fiziki duruşmalara alternatif oluşturarak zamandan ve maliyetten tasarruf sağlamıştır. Türk medenî usûl hukukunda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin ilk yasal düzenleme, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 149’uncu maddesiyle getirilmiştir. HMK m. 149 hükmü, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla kapsamlı biçimde değiştirilmiş ve özellikle Covid-19 pandemisi sonrasında e-Duruşma uygulaması hızla yaygınlaşmıştır. İsviçre hukukunda ise, dijitalleşmenin yargılama sürecindeki rolü, 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu (ZPO) revizyonuyla bir kez daha gözler önüne serilmiştir. İsviçre ZPO 2025 revizyonuyla dijital yargılama araçlarının medenî yargıda kullanımına ilişkin düzenlemeler kanunî güvenceye bağlanarak uygulamada öngörülebilirlik sağlanmıştır. ZPO’ya eklenen 141a, 141b ve 170a maddeleri dijital yargılamaya ilişkin usûlî ve teknik esasları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Böylece, uygulamaya rehberlik edecek kapsamlı bir yasal çerçeve oluşturulmuştur. Her ne kadar, HMK’daki e-Duruşma düzenlemelerinin geçmişi tarihsel olarak İsviçre ZPO’ya kıyasla daha eski olsa da İsviçre ZPO 2025 ile getirilen e-Duruşma modeli, teknik ve usûlî açılardan daha gelişmiş olması sebebiyle dikkat çekicidir. Bu çerçevede çalışmamızda,

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.06.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 21.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1712889

Bu makaleye atıf için: IŞIK, Serpil, “Dijitalleşen Yargılama Süreci: İsviçre ZPO 2025 Revizyonu ve 6100 Sayılı HMK’da e-Duruşma Uygulamalarının Geleceği”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1395-1449

^(**) *Arş. Gör. Dr.*, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: isikserpil1988@hotmail.com
Orcid: 0000-0003-4329-1138

01.01.2025 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre ZPO revizyonu kapsamında dijital yargılama araçlarının kullanımına dair gelişmeler incelenmekte; bunların Türk medenî usûl hukukuna olası etkileri değerlendirilmektedir. Bu şekilde, konuya ilişkin İsviçre ve Türk hukuk sistemleri karşılaştırmalı olarak analiz edilerek, aralarındaki farklı yönler tespit edilmektedir. Böylelikle, Türk hukukunun dijitalleşme sürecine yönelik somut öneriler sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Dijital Yargılama, e-Duruşma, İsviçre ZPO 2025 Revizyonu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, e-Duruşma Uygulamalarının Geleceğine Dair Öneriler.

Abstract:

Digitalisation has brought about profound changes in many areas of modern society, and judicial processes have been directly affected by this. The opportunities provided by technology are reshaping the way courts work and how information flows, paving the way for a more transparent, faster and more accessible judicial process. In particular, e-court applications are replacing physical court hearings, thereby saving time and money. In Turkish civil procedure law, the conduct of court hearings via audio and video transmission was first given a legal basis by Article 149 of the Code of Civil Procedure (HMK) No. 6100, which entered into force on 1 October 2011. Article 149 of the HMK was comprehensively amended by the Law Amending the Civil Procedure Code and Certain Other Laws No. 7251; particularly, the e-hearing method has rapidly gained widespread adoption following the COVID-19 pandemic. In Swiss law, the role of digitalisation in the judicial process has been highlighted with the revision of the Swiss Federal Civil Procedure Code (ZPO), which will enter into force on 1 January 2025. With the provisions introduced by the 2025 revision of the Swiss ZPO, the use of digital judicial tools in civil proceedings has been subject to legal safeguards, ensuring predictability in practice. In this context, the new Articles 141a, 141b, and 170a added to the ZPO detail the procedural and technical principles governing digital proceedings. Thus, a legal framework has been established to guide implementation. The history of e-hearing regulations in the HMK is historically older than that of the Swiss ZPO. However, the e-hearing model introduced by the Swiss ZPO 2025 is noteworthy for being more advanced in technical and procedural terms. Within this framework, our study examines developments in the use of digital trial tools under the Swiss ZPO revision that entered into force on 1 January 2025 and assesses their potential impact on Turkish civil procedure law. In this way, the Swiss and Turkish systems are analysed comparatively; differences are identified, and concrete recommendations are made for the digitalisation process of Turkish law.

Keywords:

Digital Adjudication, e-Hearings, Swiss ZPO 2025 Revision, Code of Civil Procedure, Recommendations for the Future of e-Hearings.

Extended Summary:

The pervasive integration of digital technologies into all areas of social life has also triggered structural transformations within the legal domain. In line with the objectives of accelerating judicial procedures, enhancing accessibility for the parties, and upholding the principle of procedural economy, the use of digital tools in judicial proceedings is becoming increasingly widespread. In recent years, e-Hearing practices have taken center stage as an inevitable reflection of the digitalization of court proceedings. The conduct of hearings through audio and video transmission first acquired a legal basis in civil proceedings with the enactment of Article 149 of the Code of Civil Procedure No. 6100 ("CCP"), which entered into force on October 1, 2011.

Article 149 of the Code of Civil Procedure explicitly regulates the possibility for parties, witnesses, experts, or specialist to participate in hearings via audio and video transmission. Although this provision provided a legal foundation for conducting hearings remotely, the

widespread implementation of this method was largely prompted by the Covid-19 pandemic. In addition to the pandemic, the Judicial Reform Strategy Document announced in 2019 also contributed to significant reforms in this area in 2020. Following the enactment of Law No. 7251 on the Amendment of the Code of Civil Procedure and Certain Laws, which was published in the Official Gazette on July 28, 2020, Article 149 of the CCP - governing hearings conducted through audio and video transmission- was substantially amended. Subsequently, the necessary technical infrastructure was promptly developed in the courts, and the system known as “e-Hearing” enabled parties and their legal representatives to participate in hearings online.

Similarly, with the revision of the Swiss Code of Civil Procedure that entered into force on January 1, 2025, a remarkable step was taken toward the systematic and statutory integration of digitalization into civil proceedings. Through this revision, new provisions - Article 141a, 141b, and 170a of the Swiss CCP - were introduced, explicitly regulating the conduct of hearings via audio and video transmission. Accordingly, from January 1, 2025 onwards, the use of electronic tools in judicial proceedings in Switzerland was granted a statutory framework for the first time. As can be observed, the history of e-Hearing practices under the Turkish Code of Civil Procedure dates back further than that under the Swiss CCP. However, the model introduced by the 2025 revision of the Swiss Code - due to its innovative and systematic structure - offers significant insights for the further development of Turkish civil procedure law.

The newly introduced Articles 141a, 141b, and 170a of the revised Swiss CCP conceptualize remote hearings via audio and video transmission not merely as a matter of convenience, but as a procedurally regulated institution. These provisions incorporate safeguards such as the requirement of party consent, the absence of overriding public or private interests, the enumeration of situations requiring mandatory recording, data security, and the protection of minors. Such detailed regulations aim to ensure full respect for the right to a fair trial, even in digital environments. By contrast, while Article 149 of the Turkish CCP offers a general legal framework for remote hearings, it lacks sufficient technical and legal standards at the statutory level. As a result, essential procedural matters related to e-Hearings in Turkish law are regulated by secondary legislation.

To advance the practice of e-Hearings in Turkish law, Article 149 of the CCP should be restructured. Issues such as participation in hearings via audio and video transmission, the examination of witnesses and experts, mandatory recording, the protection of personal data, and the prohibition of hearing children via this method must be addressed in detail at the statutory level. Additionally, a duty should be imposed on courts to provide reasoned decisions when accepting or rejecting e-Hearing requests, thereby preventing arbitrariness in practice.

In conclusions, the e-Hearing is not merely a technological facility but a procedural law institution that aligns with fundamental procedural principles such as immediacy, equality of arms, and publicity. Effective and secure integration of this method into the Turkish legal system requires not only technical infrastructure but also clearly defined legal guarantees and implementation standards. In this regard, the 2025 revision of the Swiss CCP should be regarded as a systematic and comprehensive model capable of guiding the digitalization process of Turkish civil procedure law.

GİRİŞ

Dijital teknolojilerin toplumsal hayatın her alanına sirayet etmesi hukuk dünyasında da yapısal dönüşümleri beraberinde getirmiştir. Yargılama prosedürlerinin hızlandırılması, taraflar için daha erişilebilir hale getirilmesi ve usul ekonomisi ilkesinin sağlanması amaçları doğrultusunda dijital yargılama araçlarının kullanımı giderek yaygınlaşmıştır. Son yıllarda, e-Duruşma uygulamaları dijitalleşen yargılama süreçlerinin kaçınılmaz bir parçası olarak gündemin üst sıralarına yerleşmiştir.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹ 149'uncu maddesiyle ilk kez medenî yargı bakımından yasal bir zemine kavuşmuştur². Bahsi geçen düzenleme, tarafların, tanıkların, bilirkişilerin veya uzmanların ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılabileceğini açıkça düzenlemiştir³. Ancak, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım yönteminin fiilen uygulanmaya başlanması büyük ölçüde Covid-19 pandemisinin etkisiyle olmuştur⁴. Pandeminin yanı sıra, 2019 yılında açıklanan Yargı Stratejisi Belgesi'nin de sonucu olarak⁵ 2020 yılında bu alanda önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir⁶. 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁷ ("7251 sayılı Kanun") sonrasında, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını düzenleyen HMK m. 149 hükmü yeni bir çehre kazanmıştır⁸. Bunun üzerine, mahkemelerde vakit kay-

¹ RG. 04.02.2011, S. 27836.

² ARSLAN, Aziz Serkan, **Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (E-Duruşma) (HMK M. 149)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 29.

³ KIYAK, Emre, "Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usuli Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 205, Kasım 2021, s. 1462; VAROL KARAOSMANOĞLU, Gökçe, "Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi", **AndHD**, C. 8, S. 1, 2022, s. 75.

⁴ ARSLAN, Aziz Serkan, "Ses ve Görüntü Nakli Yolu ile Duruşma ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", **AD**, S. 71(2), 2023, s. 741.

⁵ MIDİK, Barış, "Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler", **Lexpera Blog**, 2020 (s. 1-8) (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, E.T. 03.06.2025.

⁶ ARSLAN, **Duruşma**, s. 741.

⁷ RG. 28.07.2020, S. 31199.

⁸ ÖZTEK, Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28'inci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149'uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler", **AD**, S. 66, 2021/1, s. 652.

betmeden gerekli altyapı çalışmalarına başlanmış; e-Duruşma⁹ olarak adlandırılan sistem sayesinde taraf ve vekillerine çevrim içi olarak duruşmalara katılma olanağı tanınmıştır¹⁰.

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda¹¹ ise 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe giren¹² revizyon ile medenî yargıda dijitalleşme, sistematik ve kanuni çerçeveye oturtularak dikkat çekici bir adım atılmıştır¹³. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu revizyonuyla birlikte ZPO Art. 141a, ZPO Art. 141b ve ZPO Art. 170a şeklinde yeni hükümler ihdas edilerek ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası kanunda açıkça düzenlenmiştir¹⁴. Böylelikle, 01.01.2025 tarihinden itibaren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda gerçekleştirilen kanuni değişiklikler sayesinde adli yargıda elektronik araçların kullanımı için kapsamlı bir hukuki temel oluşturulmuştur¹⁵.

Görüldüğü üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda e-Duruşma uygulamalarının geçmişi, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'na nazaran daha eskidir. Bununla birlikte, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda 01.01.2025 tarihinde gerçekleştirilen revizyon ile elektronik araçların medenî yargıda kullanımına ilişkin kanun koyucunun sunduğu model, yenilikçi ve sistematik yönlerinin gelişmişliği nedeniyle Türk hukuku açısından değerlendirilmeye değerdir. Bu sebeple, çalışmamızda, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklikler çerçevesinde ses ve görüntü nakli

⁹ Belirtmek gerekir ki, ceza yargılamasında “Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi” (SEGBİS) olarak bilinen uygulama, medenî usul hukukunda “e-Duruşma” olarak adlandırılan yöntemle karşılık bulmuştur (ARSLAN, *Duruşma*, s. 740).

¹⁰ ARSLAN, E-*Duruşma*, s. 29.

¹¹ SR 272.

¹² SIEGENTHALER, Thomas: “ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel - Wirkung und Nebenwirkungen”, *Baurecht*, Heft 3, 2024, s. 93.

¹³ MARKUS, Alexander R., “Revision der ZPO - Ende der Übung, wie weiter?”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Heft 63, 2023, s. 221.

¹⁴ DOMEJ, Tanja, “Videokonferenzen im Zivilprozess”, *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, Heft: 11-12, 2022, s. 486 vd.; HONEGGER-MUNTENER, Patrick/RUFIBACH, Matthias/SCHUMANN, Julius: “Die Revision der ZPO (2/2: XI-XX.)”, *Aktuelle Juristische Praxis*, Heft 10, s. 1180; STEINER Martina Patricia/BECKER, Andreas, “Der arbeitsrechtliche Prozess - was ändert sich in rund einem Jahr mit der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)?”, *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, Heft 1, 2024, s. 23; GUYAN, Peter, “Art. 170a ZPO - Einvernahme mittels Videokonferenz”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Heft 69, 2025, s. 13.

¹⁵ MATTHYS, Janis/SANTEN, André, “Technische Störungen bei der Durchführung von Videokonferenzen in Zivilverfahren”, *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, Heft 3, 2025, s. 133; EICHEL, Florian, “Gerichtsöffentlichkeit bei Videoverhandlungen im Zivilprozess”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Heft 120, 2024, s. 211.

yoluyla duruşma icrasına ilişkin ZPO Art. 141, Art. 141b, Art. 170a hükümleri incelenerek bunların Türk medenî usûl hukuku açısından ne tür etkiler doğurabileceği değerlendirilecektir. Bu doğrultuda, İsviçre ve Türk Medenî Usûl Hukuklarında öngörülen hükümler (ZPO Art. 141a, Art. 141b, Art. 170a; HMK m. 149) karşılaştırılarak bunların aralarındaki benzerlikler ile farklılıklar tespit edilecektir. Böylelikle, Türk hukuku açısından medeni yargıda dijitalleşmenin ve e-Duruşma uygulamalarının geleceğine ilişkin değerlendirmeler yapılarak somut öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

I. İSVİÇRE ZPO 2025 REVİZYONU ÇERÇEVESİNDE DİJİTAL YARGILAMAYA GEÇİŞ SÜRECİ

A. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu: Yasama Süreci, Gerekçeleri ve Yenilikçi Düzenlemelere Genel Bir Bakış

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte daha önce kantonlara göre şekillenen medenî usûl hukuku İsviçre genelinde ilk kez yeknesak hale getirilmiş ve kodifiye edilmiştir¹⁶. 2014 yılında İsviçre Parlamentosu, o zamana kadarki deneyimlerine dayanarak, yürürlükte olan İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun uygulanabilirliğini değerlendirmesi ve gerekli görülmesi halinde değişiklik önerilerinde bulunması amacıyla Federal Konseyi görevlendirmiştir¹⁷. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun kapsamlı şekilde revize edilmesine yönelik Mart 2018'de başlatılan istişare süreci tamamlanmış ve revizyon tasarısı 29.01.2020 tarihinde yayımlanmıştır¹⁸. İsviçre Federal Konseyi, 26.02.2020 tarihinde İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda öngörülen revizyona ilişkin taslak metni kabul etmiştir¹⁹. Bunun üzerine Tasarı 2023 ilkbaharında bir uzlaşma konferansı düzenlenmeden önce her iki meclis tarafından toplam üç defa görüşülmüştür²⁰. Nihayetinde İsviçre Parlamentosu 17.03.2023 tarihindeki son oylamada İsviçre Federal

¹⁶ STAEHELIN, Daniel/VON MUTZENBECHER, Florence, "Die Revision der ZPO vom 17. März 2023", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Heft 16-17, 119, s. 815; GUNGERICH, Andreas, "Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung", *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, Heft 1, 2021, s. 13.

¹⁷ WEBER, Philipp, "Die ZPO-Revisionsvorlage 2023", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Heft 159, 2023, s. 378.

¹⁸ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 815.

¹⁹ ENZ, Benjamin V., "Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen de lege lata und im Lichte der ZPO-Revision", *Die Praxis des Familienrechts*, 2022, s. 835.

²⁰ *Bundesrat*, Geschäft (20.026) «Zivilprozessordnung. Änderung» eingereicht am 26.2.2020, unter «Chronologie», (Çevrimiçi) <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200026>> E.T. 03.06.2025.

Medeni Usul Kanunu revizyonunu kabul etmiştir²¹. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu revizyonu referandum sürecinin sona ermesiyle birlikte 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe girmiştir²².

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu revizyonu ile birlikte “*uygulamada elverişliliğin ve hukuki korumanın güçlendirilmesi*” amaçlanmaktadır²³. Bu kapsamda, İsviçre ZPO 2025 revizyonu usûl kanununun uygulanabilirliğini arttırmayı, adalete erişimi kolaylaştırmayı ve tarafların masraflarını azaltmayı hedefleyen düzenlemeler içermektedir²⁴. Bununla birlikte, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nda gerçekleştirilen revizyon ile köklü bir sistem değişikliği öngörülmemiştir²⁵. Toplamda 408 maddeden oluşan İsviçre ZPO’nun 55 maddesinde dikkati çeken noktasal iyileştirmeler gerçekleştirilmiştir²⁶. Söz konusu iyileştirmeler yalnızca teknik düzenlemelerle sınırlı olmayıp aynı zamanda yargı teşkilatını doğrudan etkileyen yapısal değişiklikleri de içermektedir²⁷.

Görüldüğü üzere, İsviçre ZPO 2025 revizyonu Federal Mahkemesi İçtihatlarının benimsenmesiyle sınırlı kalmamış Federal Konsey’in orijinal taslağının çok ötesine geçerek önemli yenilikler getirmiştir²⁸. Özellikle, uluslararası ticaret

²¹ WEBER, Philipp, “Rechtsetzung und Rechtsentwicklungen 2024/2025-ZPO & SchKG”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 68, 2024, s. 374; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 816; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1180; SCHNEIDER, Silas, **Die familienverfahrensrechtlichen Auswirkungen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 17. März 2023**, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, (Herausgeber: Cordula Lötscher, Daniela Thurnherr, Wolfgang Wohlers), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2024, s. 1; HONEGGER-MUNTENER Patrick/RUFIBACH, Matthias/SCHUMANN, Julius, “Die Revision der ZPO (1/2:I-X.)”, **Aktuelle Juristische Praxis**, Heft 10, 2023, s. 1159; ZURCHER, Laura Jessica, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?”, **Die Praxis des Familienrechts**, 2024, s. 542; WEBER, **ZBJV**, s. 279.

²² SIEGENTHALER, s. 93; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 816; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1180.

²³ MURARO, Gaudenz, “Praktische Auswirkungen der ZPO-Revision 2025 im Mietrecht”, **Mietrechtpraxis**, Heft 1, 2025, s. 7; MARTI, Arnold, “ZPO-Revision”, **Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes**, Heft 1, 2021, s. 17; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s.815; ZURCHER, s. 542.

²⁴ STURNY, Thimo/ZENDELI, Dzevrije, “Revision der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) per 1. Januar 2025”, **Recht relevant für Verwaltungsräte**, Heft 1, 2025, s. 17.

²⁵ GUNGERICH, s. 16.

²⁶ GUNGERICH, s. 16.

²⁷ Değişikliklerin tamamı için bkz.: ÖZTEK, Selçuk/NAMLI, Mert, “İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)”, **TBB**, S. 154, 2021, (s. 173-228).

²⁸ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1180. Zira, İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile bir taraftan Federal Mahkeme İçtihatlarının kanun metnine işlenmesi yoluyla uygulama birliğinin sağlanması amaçlanırken diğer taraftan da modern yargılamanın ihtiyaçlarına cevap verebilmek adına dijitalleşme eksenli yeniliklere yer verilmiştir (HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1180).

yargısının geliştirilmesi ve dijital yargılama araçlarının mahkemelerde kullanımına yönelik hükümler ihtiva etmesi, İsviçre ZPO 2025 revizyonunun odak noktasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, öne çıkan düzenlemelerden biri belli şartlar altında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin usullerin kabul edilmiş olmasıdır²⁹. Aşağıda, 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu revizyonu çerçevesinde, dijital yargılama ve e-Duruşma uygulamalarına ilişkin kanun koyucunun getirdiği değişiklikler ile bu süreçte yaşanan gelişmeler ele alınacaktır.

B. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu ile Dijital Yargılamaya İlişkin Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi

1. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu Öncesindeki Hukuki Durum ve Reform Sürecine Geçiş Dönemi Uygulamaları

a. 01.01.2011 tarihli İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Dönemi

01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu kabul edildiği tarihteki haliyle yargılamada teknolojik araçların kullanımı bakımından oldukça geleneksel bir kanundu³⁰. Bu sebeple, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu uyarınca bir davanın elektronik ortamda yürütülmesine ilişkin açık bir kanuni dayanak söz konusu değildi³¹. İsviçre’de “Covid-19 Yargı ve Usul Hukuku Yönetmeliği’nin” (Covid-19 Verordnung Justiz und Verfahrensrecht)³² yürürlüğe girmesinden önce mahkemelerin duruşmaları videokonferans yoluyla gerçekleştirme imkânları bulunmamaktaydı³³. Yine, İsviçre ZPO 2025 revizyonuna kadar dijital araçların yargılamada kullanımına ilişkin düzenlemelerin İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’na dahil edilmediği görülmektedir³⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, 2020 yılındaki bir içtihadında da Federal Konsey’in 28.06.2006 tarihli bildirisinde esas duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleştirilme olasılığını değerlendirmiş; ancak bu yöntemin İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’na dahil edilmediğini açıkça ortaya koymuştur³⁵.

²⁹ STEINER/BECKER, s. 23.

³⁰ DOMEJ, s. 486.

³¹ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822.

³² SR 272.81, AS 2020 1229.

³³ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822.

³⁴ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822.

³⁵ BGE 146 III 194 (DOMEJ, s. 487; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822).

İsviçre Federal Mahkemesi 06.07.2020 tarihli kararında esas duruşmanın *-en azından bütün tarafların rızası olmadan-* videokonferans yoluyla yapılmasının kanuni bir dayanağının olmadığını ifade etmiştir³⁶. Federal Mahkeme'ye göre 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu uyarınca esas duruşma mahkeme üyeleri, taraflar ile çağırılan diğer kişilerin tamamının hazır bulunduğu ve bir mahkeme salonunda yürütülen yargılama olarak tanımlanmıştır³⁷. Görüldüğü üzere, ZPO kapsamında duruşmaya çağırılan kişilerin fiziksel olarak mahkeme salonunda hazır bulunmak zorunda olduğu Federal Mahkeme'nin içtihatlarına yansımıştır³⁸. Hatta esas duruşmanın usulüne uygun bir şekilde yürütülmemesinin mahkemece verilen kararın bozulmasına sebep olacağı ifade edilmiştir³⁹. Ayrıca, Federal Mahkeme verdiği kararda, esas duruşmanın videokonferans yoluyla yapılmasının pek çok pratik ve hukuki sorunu da beraberinde getireceğini vurgulayarak bu sorunların açıklığa kavuşturulmasının yasama organının görevi olduğunu belirtmiştir⁴⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bahsi geçen kararı o tarihte geçerli olan hukuka göre doğru olsa da Covid-19 ve sonrasında yaşanan gelişmeler videokonferans yoluyla duruşma yapılmasını zorunlu kılmıştır⁴¹.

b. İsviçre'de Covid-19 Döneminde Duruşmaların İcrası

İsviçre'de Covid-19 pandemisinin etkilerini yoğun bir şekilde hissettirmeye başlamasıyla birlikte ivedilikle videokonferans yöntemiyle duruşmaların icrasına imkân tanıyacak kanuni düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur⁴². Covid-19 pandemisi sırasında yargılamaların sorunsuz bir şekilde işleyişini sağlamak amacıyla kanun koyucu tarafından 16.04.2020 tarihli "*Koronavirüsle Bağ-*

³⁶ BGE 146 III 194 E. 3.7 (DOMEJ, s. 487). WEIBEL/SINGH, ZPO Art. 170a, s. 1655; BLONSKI, Dominika, "Entwicklungen im Datenschutzrecht | Le point sur le droit de la protection des données", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 117, Heft 19, 2021, s. 920.

³⁷ GNOS, Urs P./HOHLER, Dominik/KUMMER, Angela/BRAZEROL, Riccardo, *Gesellschaftsrecht - Entwicklungen 2020*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2021, s. 124.

³⁸ DOMEJ, s. 487; GNOS/HOHLER/KUMMER/BRAZEROL, s. 124.

³⁹ BGER 4A_182/202 E.3.1.

⁴⁰ BGE 146 III 194 E.4.3 (CHEVALLEY, Cyrill A. H./SEILER, Benedikt: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025, Art. 141b, s. 1312).

⁴¹ WEBER-STECHER, Urs, "Gerichtsverhandlungen mittels Videokonferenz?", *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Heft 56, 2021, s. 705; LIENHARD, Andreas/KETTIGER, Daniel, "Justiz in Krisenzeiten - Digitalisierung fördern", *Recht im Spiegel der NZZ*, Nr.84, 09.04.2020, s. 8.

⁴² DOMEJ, s. 486.

lantılı Olarak Yargı ve Usul Hukukunda Alınan Önlemlere İlişkin Yönetmelik" (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht)⁴³ yürürlüğe konulmuştur. Bahsi geçen yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte, İsviçre Federal Konseyi tarafından, en azından videokonferans yoluyla tanık dinlenmesine ve duruşma yapılmasına geçici bir süreyle de olsa kanuni bir zemin oluşturulmuştur⁴⁴.

Covid-19 pandemisinden bağımsız olarak teknolojik imkânların ve hukuk davalarının uluslararası niteliğinin giderek artması sebebiyle İsviçre Federal Konseyi mahkemelerde ses ve görüntü nakli için elektronik araçların kullanımını sağlayan yasal bir dayanak oluşturulması konusunda özel bir ihtiyaç olduğunu görmüştür⁴⁵. Buradan hareketle, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun revizyonu sürecinde mahkemelerde ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçların kullanımına dair kalıcı bir yasal düzenleme getirilmesi yoluna gidilmiştir⁴⁶.

2. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu Sonrasında Yaşanan Gelişmeler

a. İsviçre'de 01.01.2025 Tarihinde Yürürlüğe Giren ZPO Revizyonu Çerçevesinde Mahkemelerin Ses ve Görüntü Nakline Yarayan Araçları Kullanma İmkânı

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu revizyonu ile birlikte medenî yargıda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım ilk kez 01.01.2025 tarihinden itibaren yasal bir zemine kavuşmuştur⁴⁷.

İsviçre'de mahkemelerde elektronik araçların kullanımına dair yasal dayanak revize edilen İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun "*Ses ve görüntü aktarımı için elektronik araçların kullanımı*" başlıklı 141a ve 141b maddelerinde düzenlenmiştir⁴⁸. Böylelikle, İsviçre ZPO'ya elektronik araçların kullanımına ilişkin ilkeleri ve şartları düzenleyen iki yeni hüküm eklenmiştir⁴⁹. ZPO Art.

⁴³ SR. 272.81.

⁴⁴ WEIBEL, Thomas/SINGH, Prabhjot K., **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4.Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025, Art. 170a, s.1655; SCHERRER, Dorothe, "Die Justiz des Kantons Zürich im Banne von «Corona»", **Causa Sport**, Heft 2, 2020, s. 211.

⁴⁵ WEIBEL/SINGH, **ZPO Art. 170a**, N. 2.

⁴⁶ WEBER, **ZBJV**, s. 394.

⁴⁷ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s.822; MATTHYS/SANTEN, s. 133.

⁴⁸ WEBER, **ZBJV**, s.395; MATTHYS/SANTEN, s. 133; SPUHLER, Karl, "ZPO-Revision Halbzeit", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, Heft 19, 2021, s. 943.

⁴⁹ HUBER-LEHMANN, Melanie, "Änderungen der ZPO per 1. Januar 2025", **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 68, 2024, s. 329; SPUHLER, **SJZ**, s. 943.

141a'da, elektronik araçların kullanımı bakımından genel ilkelere yer verilmiştir. ZPO Art. 141b'de ise videokonferans yönteminin gerçekleştirilmesine ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Bu kapsamda tarafların her ikisinin de rızasının bulunması durumunda mahkemelerin duruşmaları videokonferans ya da diğer sesli ve görüntülü iletişim araçlarıyla gerçekleştirmelerine olanak tanınmıştır⁵⁰ (ZPO Art. 141a; ZPO Art. 141b).

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile birlikte Art. 170a hükmünde videokonferans yoluyla tanıkların dinlenmesine ilişkin de özel düzenlemeler getirilmiştir⁵¹. Ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçların mahkemelerde kullanımına ilişkin getirilen düzenlemeler tanıkların dinlenmesinde, delillerin toplanmasında ve bilirkişilerin dinlenmesi için de benzer şekilde uygulanacaktır⁵² (ZPO Art. 171a; ZPO Art. 187 Abs. 1; ZPO Art. 193).

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu 2025 revizyonu ile birlikte ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçların mahkemelerde kullanımına izin verildiği durumlarda mahkeme celbinde erişilebilirlik durumunun da açıkça belirtilmesi gerektiğine dair yeni bir düzenleme (ZPO Art. 133 (d)) getirilmiştir⁵³. ZPO m. 133 (d) kapsamında getirilen “erişilebilirlik” kavramı, tarafın elektronik araçlarla yapılacak duruşmaya katılabilmesi için gerekli teknik imkânlara sahip olup olmadığı ve bu araçlara fiilen erişiminin bulunup bulunmadığını ifade etmektedir. Düzenlemenin amacı, mahkeme celbinin, tarafın teknik koşulları önceden bilmesini ve buna göre hazırlık yapmasını sağlamaktır. Bu hususun celpte belirtilmemesi, usul ekonomisi ve tarafların hak arama özgürlüğü açısından sorun doğurabilecektir. Bu sebeple, mahkemelerde ses ve görüntü nakline yara-

⁵⁰ SUESS, Cyrill/MEYER Richard M./RECHSTEINER Tamara, “Die Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Heft 63, 2023, s. 289.

⁵¹ BORLA-GEIER, Eva, **OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023, Art. 170a, N. 1; MATTHYS/SANTEN, s. 133; ZAUGG, Niklaus J./WALT, Timo, “Art. 170a Einvernahme mittels Videokonferenz”, *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkomentar*, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023, N.2; SUESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 289. ZPO Art. 170a hükmü, 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve derhal geçerlidir (WEIBEL/SINGH, **ZPO Art. 170a**, N.2). Dolayısıyla hükmün yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan davalar için de geçerlidir (ZPO Art. 407f).

⁵² GUYAN, s. 15; WEIBEL/SINGH, **ZPO Art. 170a**, N. 4; MORDASINI-ROHNER, Claudia Maria/BOOG, Severin, “Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierter ZPO”, *Basler Juristische Mitteilungen*, 2024, s.7; SUESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 289.

⁵³ BACHOFNER, Eva, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025, Art. 133, s. 1230; MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7.

yan elektronik araçların kullanılması halinde erişilebilirlik meselesinin mahkeme celbinde açıkça belirtilmesi ZPO Art. 133 (d) hükmünde zorunlu kılınmıştır.

Diğer taraftan, İsviçre ZPO’da duruşmaların başlangıcında veya devamı sırasında teknik bağlantı sorunlarının yaşanması durumunda bunun sonucunun ne olacağı meselesi düzenlenmemiştir⁵⁴. Bu tarz sorunların yaşanması ihtimalinde, doktrinde *Mordasini-Rohner/Boog* tarafından İsviçre ZPO Art. 147 Abs. 1 anlamında yargılamanın bir tarafın yokluğunda gerçekleştirilmiş sayılamayacağı görüşü ileri sürülmektedir⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası sırasında teknik aksaklıkların yaşanması durumunda bağlantı sağlayamayan tarafın haksız yere “*duruşmaya katılmamış sayılmaması*” gerektiği savunulmaktadır⁵⁶.

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nda 2025 yılında gerçekleştirilen revizyon ile getirilen yeniliklerden biri de ZPO Art. 298 Abs. 1 hükmünde öngörülen çocukların dinlenmesi bakımından ses ve görüntü nakli yoluyla elektronik araçların kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin düzenlemedir⁵⁷. İsviçre ZPO Art. 298 Abs. 1 hükmünde getirilen düzenleme aslında taslakta yer almayan bir değişikliktir⁵⁸. İsviçre Federal Konseyi, ZPO revizyonuna ilişkin taslakta var olmamasına rağmen parlamentonun getirdiği bu eklemeyi olumlu bir şekilde karşılamıştır⁵⁹. Netice itibarıyla, çocukların dinlenmesi ZPO Art. 298 Abs. 1 uyarınca istisnasız bir şekilde mahkemede yüz yüze gerçekleştirilmek zorundadır⁶⁰.

b. İsviçre’de 01.01.2025 Tarihinde Yürürlüğe Giren Medeni Yargıda Elektronik Ses ve Görüntü Aktarım Araçlarının Kullanımına İlişkin Yönetmelik (VEMZ)

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile medeni yargıda ses ve görüntü aktarım araçlarının kullanımına ilişkin gerçekleştirilen değişiklikler bakımından Federal

⁵⁴ MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7.

⁵⁵ MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7.

⁵⁶ MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7.

⁵⁷ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822; MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7; JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 11; FLEISCHER, Thomas, **OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023, Art. 298, N. 4; BIERL, Marjolein/BOLLINGER-BÄR, Roxana, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkomentar**, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023, Art. 298, N. 3; HUBER-LEHMANN, s. 328.

⁵⁸ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822.

⁵⁹ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822.

⁶⁰ HUBER-LEHMANN, s. 328.

Konsey, teknik ve veri koruma gerekliliklerini 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe giren “*Medeni Yargıda Elektronik Ses ve Görüntü Aktarım Araçlarının Kullanımına İlişkin Yönetmelik*” (*Verordnung vom 16. Oktober 2024 über den Einsatz elektronischer Mittel zur Ton- und Bildübertragung in Zivilverfahren-* (“VEMZ”))⁶¹ ile somutlaştırmıştır⁶².

Bahsi geçen yönetmelik, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının düzgün ve mümkün olduğunca sorunsuz bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için mahkemelerin ve tarafların sahip olmaları gereken altyapıyı düzenlemektedir⁶³. Buna göre, gerekli olan altyapı tarafların birbirlerine belge sunmalarına izin vermelidir⁶⁴. Ses ve görüntünün aktarıldığı sunucular İsviçre’de veya Avrupa Birliği’ne üye ülkelerden birinde bulunmalıdır⁶⁵. Bu husus, videokonferans yönteminin özel sağlayıcılarının veya aktarıma katılan sunucuların ikametgahı veya merkezi için de geçerlidir⁶⁶. Ses ve görüntünün nakledilmesi, nakil işlemi boyunca özel olarak (*uçtan uca*) şifrelenmiş bir şekilde sağlanmalıdır⁶⁷.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasında kayıt işlemleri yalnızca mahkeme tarafından gerçekleştirilebilir⁶⁸. Ayrıca, yargılama sonunda kaydedilen verilerin gecikmeksizin mahkemeye aktarılması ve yasal sorumluluklar dışında derhal imhâ edilmesi gerekmektedir⁶⁹. Ses ve görüntü nakline yarayan araçlar yoluyla duruşmalara katılım bakımından her kişinin sisteme bireysel olarak giriş yapması ve kendi teknik donanımını kullanması zorunludur⁷⁰ (VEMZ Art. 4 Abs. 1).

İsviçre’de yürürlüğe giren VEMZ isimli yönetmelik, ses ve görüntü nakli sırasında düzenli bir süreç yaşanması için mahkemenin yargılama sırasında

⁶¹ AS 2024 577; SR 272.2.

⁶² STURNY/ZENDELI, s. 17; WEBER, **ZZZ**, s. 374; HUBER-LEHMANN, s. 329; CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1314-1315; MABILLARD, Ramon, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025, s. 3901.

⁶³ WEBER, **ZZZ**, s. 375.

⁶⁴ Art. 2, Abs. 2, 3 VEMZ.

⁶⁵ Art. 3, Abs. 1(a) VEMZ.

⁶⁶ Art. 3, Abs. 2 VEMZ.

⁶⁷ Art. 3, Abs. 1(b) VEMZ.

⁶⁸ Art. 10 Abs. 1 VEMZ. Mahkeme, bu kayıtları, üçüncü kişilere yaptırabilir. Ancak, bu kişilerin verileri sadece mahkemeye iletilmesi ve ardından derhal imha etmeleri gerekmektedir (VEMZ Art. 10 Abs. 2). Kayıtların usul işleminden sonra dosyaya eklenmesi ve tüm güvenlik risklerine karşı korunması mahkemenin sorumluluğundadır (VEMZ Art. 10 Abs. 3(a) (b)).

⁶⁹ Art. 3 Abs. 2(c) VEMZ.

⁷⁰ Ancak, taraflar ve vekilleri ortak giriş ve donanım kullanımı gerçekleştirebilirler (VEMZ Art. 4 Abs. 2).

alabileceği önlemleri de hükme bağlamaktadır⁷¹. Doktrinde Weber'e göre, bu şekilde İsviçre ZPO Art. 124 Abs. 2'de öngörülen yargılamanın sevk ve idaresi-ne ilişkin yetki de en iyi şekilde korunmuş olmaktadır⁷².

C. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda Getirilen Dijital Yargılamaya İlişkin Yeni Düzenlemelerin Uygulama Esasları

1. Videokonferans Yoluyla Duruşmalara Katılım (ZPO Art. 141a; ZPO Art. 141b)

a. Genel Olarak

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun dokuzuncu kısmında yer alan “*usuli işlemlerin biçimleri*”ne ilişkin ikinci bölümde “*sesli ve görüntülü iletişim sağlayan elektronik araçların kullanımı*”nı konu alan ZPO Art. 141a ve 141b maddelerinin düzenlendiği beşinci bir alt başlık ihdas edilmiştir⁷³. İsviçre ZPO 2025 revizyonu kapsamında kabul edilen Art. 141a ve 141b hükümleri, modern ve taraf odaklı medenî usûl hukuku anlayışı doğrultusunda atılmış önemli bir adımdır⁷⁴.

Medeni yargılama hukukunun dijitalleşmesine hizmet etmek amacıyla İsviçre ZPO Art. 141a ve ZPO Art. 141b hükümlerinde getirilen yeni düzenlemeler, elektronik araçların (özellikle videokonferans yönteminin) kullanılmasına ilişkin açık bir hukuki dayanak teşkil etmektedir⁷⁵. Böylelikle, mahkemeler belirli şartlar altında ses ve görüntü nakli yoluyla sözlü yargılama işlemlerini gerçekleştirebilirler veya tarafların bu tür araçlarla yargılamaya katılmalarına izin verebilirler⁷⁶.

⁷¹ Art. 5 VEMZ.

⁷² WEBER, **ZZZ**, s. 375. VEMZ Art. 11 uyarınca, bu yönetmelik 01.01.2025 tarihinde görülmekte olan davalar bakımından da uygulanacaktır (WEBER, **ZZZ**, s. 374; LOTSCHER, Cordula, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Löttscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4.Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025, Art. 407f, s. 3943).

⁷³ JENNY, Reto M./ABEGG, Mike, **OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023, Art. 141a, N. 1.

⁷⁴ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 1.

⁷⁵ SPUHLER Karl, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkomentar**, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023, Art. 141a, N. 1.

⁷⁶ BURRI, Marga, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Löttscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025, s. 2626; JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 1.

b. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu Kapsamında Ses ve Görüntü Nakline Yarayan Elektronik Araçların Yargılamada Kullanımına İlişkin Temel İlkeler (ZPO Art. 141a)

İsviçre ZPO Art. 141a, ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçların yargılamada kullanımına ilişkin temel ilkeleri hükme bağlamaktadır⁷⁷. “*Temel İlkeler*” (*Grundsätze*) kenar başlıklı ZPO Art. 141 hükmünde şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır:

“1. Mahkeme, aksi kanunda kararlaştırılmadıkça ve tarafların tümünün rızası bulunduğu takdirde, sözlü usul işlemlerini talep üzerine veya re’sen, özellikle videokonferans yoluyla olmak üzere, ses ve görüntü aktarımına imkân veren elektronik araçlar vasıtasıyla gerçekleştirebilir ya da yargılamaya katılan kişilere bu tür araçlar yoluyla katılım izni verebilir.

2. Bu Kanunun tarafların şahsen duruşmada hazır bulunmalarını öngördüğü hallerde, elektronik araçların kullanımı ancak tarafların rızasıyla ve üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin buna engel teşkil etmemesi şartıyla mümkündür.

3. Bu Kanuna göre duruşmanın aleni olduğu hallerde, mahkeme, talep üzerine duruşma salonuna fiziken erişim imkânı sağlar. Ayrıca, mahkeme, önceden bir talep olmasa dahi, elektronik araçlar yoluyla da erişim imkânı tanıyabilir.”

Görüldüğü üzere, İsviçre’de artık mahkemeler kanunda aksi düzenlenmedikçe tarafların ortak rızalarıyla duruşmaları videokonferans veya benzeri sesli ve görüntülü iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirebilirler⁷⁸. Ancak, belirtmek gerekir ki, ZPO Art. 141a uyarınca mahkemelerin sesli ve görüntülü iletişim araçlarını kullanma imkânı sadece sözlü usul işlemleri ile sınırlandırılmaktadır⁷⁹. Bu bağlamda, esas duruşma çerçevesinde taraflar veya mahkemece gerçekleştirilecek olan tüm sözlü usul işlemleri kastedilmektedir⁸⁰. Bunlar özellikle, tarafların ilk sözlü beyanları (ZPO Art. 228) ve buna ilişkin replik ile duplikler (ZPO Art. 228 Abs. 2), esas duruşmada dava değişikliği (ZPO Art. 230), delil ikamesi

⁷⁷ WEBER, **ZBJV**, s. 395.

⁷⁸ HUBER-LEHMANN, s. 328.

⁷⁹ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1181; HUBER-LEHMANN, s. 328; JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 7. Karş.: DOMEJ, s. 488.

⁸⁰ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 7.

(ZPO Art. 231), sözlü son beyanlar (ZPO Art. 232) ve mahkeme tarafından kararın sözlü olarak açıklanması ve gerekçelendirilmesi (ZPO Art. 239) gibi usuli işlemlerdir⁸¹.

Medeni yargıda, ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçların kullanımı tarafların hepsinin rızasının bulunması şartıyla mümkündür⁸² (ZPO Art. 141a Abs. 1). Mahkemece, re'sen veya talep üzerine elektronik araçlar vasıtasıyla sözlü yargılama işlemlerine katılma izni verilebilir⁸³.

ZPO Art. 141a Abs. 1 hükmünde geçen “ses ve görüntü aktarımına imkân veren elektronik araçlar” ifadesinden kastedilenin ne olduğu meselesi kanun metninden açıkça anlaşılmaktadır⁸⁴. Zira, ZPO Art. 141a Abs. 1 hükmünde, “... özellikle videokonferans yoluyla olmak üzere...” ifadesine yer verilmektedir. Dikkat edilirse, burada kullanılan “özellikle” kelimesi ses ve görüntü nakline imkân veren başka elektronik araçların da kullanılmasının mümkün olduğuna işaret etmektedir⁸⁵. Nitekim, görüntü olmaksızın yapılan telekonferans yönteminin de bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkündür⁸⁶ (ZPO Art. 141 Abs. 1).

ZPO Art. 141a Abs. 2 hükmü uyarınca, tarafların şahsen hazır bulunmalarının kanunen öngörüldüğü işlemler bakımından ek bir şart daha getirilmektedir⁸⁷. Buna göre, tarafların duruşmada fiziken hazır bulunmaları kanunda öngörülmüşse elektronik araçların kullanılabilmesi için tarafların rızasına ek olarak *üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin buna engel teşkil etmemesi* şartı da aranmaktadır (ZPO Art. 141a Abs. 2). Bu durum kanaatimizce özellikle boşanma davalarında önem kazanmaktadır. Nitekim, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda sulh görüşmeleri videokonferans yoluyla yapılabilmektedir. Ancak, bu gibi hallerde tarafların duruşmada şahsen hazır bulunma zorunluluğu nedeniyle videokonferans yoluyla duruşma icrasının mümkün olabilmesi için *üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin var olmaması* gerekmektedir⁸⁸.

⁸¹ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 7.

⁸² SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 2; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO (2/2)**, s. 1181; DOMEJ, s. 488.

⁸³ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO (2/2)**, s. 1181; SPUHLER, **SJZ**, s. 943; DOMEJ, s. 488.

⁸⁴ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 15.

⁸⁵ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 15.

⁸⁶ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 15.

⁸⁷ HUBER-LEHMANN, s. 328.

⁸⁸ HUBER-LEHMANN, s. 328.

ZPO Art. 141a Abs. 3 uyarınca, mahkeme İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'na göre aleni olan duruşmalarda talep üzerine veya re'sen elektronik araçlar vasıtasıyla (örneğin, internet üzerinden video yayını yoluyla) erişim izni verebilir⁸⁹. Bu düzenleme sayesinde, elektronik araçların kullanıldığı durumlarda dahi yargılamanın aleniliği güvence altına alınmaktadır⁹⁰. Buna göre, duruşmalara katılım ya fiziksel olarak mahkeme salonunda bulunmak suretiyle ya da elektronik araçlar yoluyla uzaktan sağlanabilecektir⁹¹ (ZPO Art. 141a Abs. 3). Alenî olan duruşmalara elektronik ortamda erişim izni verilmesi bakımından tarafların rızası aranmaz⁹². Zira, medeni yargıda duruşmalar kural olarak alenidir⁹³.

Üçüncü kişilerin de duruşmalara katılımı mümkündür⁹⁴. Nitekim, aleniyet ilkesinin bir yansıması olarak basın mensuplarının elektronik araçlar vasıtasıyla duruşmaları takip edebilmesi bu düzenleme kapsamında değerlendirilebilecektir⁹⁵. Bununla birlikte, elektronik araçlar vasıtasıyla aktarılması mümkün olmayan bazı davalar da bulunmaktadır⁹⁶. Örneğin, aile hukukuna ilişkin yargılamalar kamuya açık olmadığından⁹⁷ bu kapsama girmezler⁹⁸. Nitekim, bu tür davalar zaten doğaları gereği aleni değildir⁹⁹ (ZPO Art. 54 Abs. 4).

Görüldüğü üzere, İsviçre'de ZPO Art. 141a kapsamında öngörülen sistemde kural olarak duruşma mahkeme salonunda açılmakta hâkim veya heyet fiziken salonda bulunmaktadır. Taraflardan biri, tanık veya bilirkişi gibi yargılamaya katılan kişiler elektronik araçlarla uzaktan bağlanabilmektedir. Ancak, tarafların rızası ve teknik altyapının elvermesi hâlinde hâkim dâhil tüm katılımcıların uzaktan katılımı da mümkün görülmektedir. Bununla birlikte, güvenilirlik ve yargılamanın düzeni açısından mahkemelerin çoğu en azından hâkimin salonda hazır bulunduğu hibrit yöntemi tercih etmektedir.

⁸⁹ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 17; SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 4.

⁹⁰ WEBER, **ZBJV**, s. 395.

⁹¹ WEBER, **ZBJV**, s. 395.

⁹² SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 3.

⁹³ Art. 54 Abs. 1 ZPO.

⁹⁴ SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 4.

⁹⁵ SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 4.

⁹⁶ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 17.

⁹⁷ Art. 54 Abs. 4 ZPO.

⁹⁸ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 17.

⁹⁹ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 17.

c. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu Kapsamında Ses ve Görüntü Nakline Yarayan Elektronik Araçların Yargılamada Kullanımına İlişkin Şartlar (ZPO Art. 141b)

Mahkemelerde ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçların kullanımına ilişkin teknik şartlar ve içeriksel gereklilikler ZPO Art. 141b’de öngörülmektedir¹⁰⁰. ZPO Art. 141b hükmünde şu şekilde bir düzenleme getirilmektedir:

“1. Sesli ve görüntülü iletişim sağlayan elektronik araçların kullanımı için aşağıdaki şartların yerine getirilmesi gereklidir:

a. Usul işlemiyle ilgili tüm kişilerin katılımıyla ses ve görüntü aktarımı eşzamanlı olarak gerçekleştirilmelidir.

b. Tanıkların dinlenmesi, tarafların sorgulanması, delil beyanı ve kişisel dinleme işlemlerinde kayıt alınması zorunludur; diğer duruşmalar-da ise, dava konusu uyuşmazlığın serbestçe tartışılması veya uzlaşma girişiminde bulunulması dışında bir amaç güdüliyorsa, istisnai olarak talep üzerine veya re’sen kayıt yapılmasına karar verilebilir.

c. Kişisel verilen korunması ve veri güvenliği temin edilmelidir.

2. İlgili kişilerin rızası bulunmak kaydıyla, istisnai hallerde -özellikle aciliyet ve olayın özel koşulları mevcutsa- görüntü aktarımından fergat edilebilir.

3. Teknik gereklilikler ile veri koruması ve veri güvenliği konusundaki standartlar, Federal Konsey tarafından belirlenir.”

Görüldüğü üzere, İsviçre ZPO 2025 revizyonu kapsamında yürürlüğe giren ZPO Art. 141b hükmüyle yargılamada dijital araçların kullanılması imkanının şekli şartların ötesinde içeriksel güvencelere bağlı olarak gerçekleştirilebileceği vurgulanmaktadır. ZPO Art. 141b’de üç fıkra kapsamında gerek teknik altyapı-ya ilişkin ölçütler gerekse de kişisel veri güvenliği ve usule ilişkin şartlar açıkça ortaya konulmaktadır.

ZPO Art. 141b Abs. 1 hükmünde, mahkemelerde ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçların kullanımına ilişkin teknik koşullar açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, usûl işlemlerine katılan tüm kişilerin eşzamanlı olarak sesli ve görüntülü iletişime dahil olması gerekmektedir¹⁰¹ (ZPO Art. 141b Abs. 1

¹⁰⁰ WEBER, ZBJV, s. 396.

¹⁰¹ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, ZPO (2/2), s. 1183; GUYAN, s. 16; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822.

(a)). Belirtmek gerekir ki, internet üzerinden yapılan ses ve görüntü aktarımlarında küçük gecikmeler kaçınılmazdır¹⁰². Bununla birlikte, bu tür ufak gecikmeler ZPO Art. 141b Abs. 1 (a) uyarınca elektronik araçların kullanılmasına engel teşkil etmemektedir¹⁰³. Öte yandan, iletişimin doğrudanlığını (*Unmittelbarkeit*) zedeleyecek düzeydeki gecikmeler kabul edilemeyecektir¹⁰⁴.

ZPO Art. 141b Abs. 1 (b)'de, tanıkların dinlenmesi, tarafların sorgulanması, delil sunulması veya kişisel beyanların alınması gibi belli usûl işlemleri bakımından kayıt zorunluluğu getirilmiştir¹⁰⁵. Görüldüğü üzere, kayıt zorunluluğu sadece bazı işlemler için öngörülmüştür¹⁰⁶. Diğer hallerde ise, dava konusu uyuşmazlığın serbestçe tartışılması veya uzlaşma girişiminde bulunulması dışında bir amaç güdülüyorsa istisnai olarak talep üzerine veya re'sen kayıt yapılmasına karar verilebilir (ZPO Art. 141b Abs. 1 (b)).

ZPO Art. 141b Abs. 1 (c)'de mahkemelerde ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçların kullanımında teknik gerekliliklerin yanı sıra kişisel verilerin korunması ve veri güvenliğinin sağlanması da bir diğer temel şart olarak öngörülmektedir¹⁰⁷. Ses ve görüntünün eşzamanlı olarak aktarılması, kısmen de olsa kayıt altına alınabilmesi, veri güvenliği ve kişisel verilerin korunmasının teminat altına alınması ZPO Art. 141b Abs. 1 kapsamında temel şartlardır¹⁰⁸. Bu düzenleme göstermektedir ki, kişisel verilerin korunması ve veri güvenliğine ilişkin şartların sağlanması bu sürecin ayrılmaz bir parçasıdır¹⁰⁹. ZPO Art. 141b Abs. 1 (c) ile getirilen düzenleme, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü* (GDPR) ile de uyumludur.

ZPO Art. 141b Abs. 2 hükmünde, istisnai olarak görüntü naklinden feragat edilebilme imkânı tanınmaktadır¹¹⁰. Özellikle acil durumlar veya olayın niteliğinden kaynaklanan özel koşullar mevcutsa ilgili kişilerin açık rızalarının bu-

¹⁰² CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 48; JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141b**, N. 2.

¹⁰³ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141b**, N. 2; CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 48.

¹⁰⁴ CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 48.

¹⁰⁵ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 822; CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 50.

¹⁰⁶ Zira, tanıkların dinlenmesi, delillerin toplanması ve kişisel dinleme işlemlerinde kayıt yapılması zorunludur (CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 50).

¹⁰⁷ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO (2/2)**, s. 1183.

¹⁰⁸ WEBER, **ZBJV**, s. 396.

¹⁰⁹ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO (2/2)**, s. 1183.

¹¹⁰ CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 20; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO (2/2)**, s. 1183.

lunması şartıyla sesli iletişim yoluyla yargılama yapılabilmesi mümkündür (Art. 141b Abs. 2 ZPO).

ZPO Art. 141b Abs. 3'te, bu alandaki teknik gereklilikler ile veri koruması ve veri güvenliği konusundaki standartları belirleme görevinin Federal Konsey'de olduğu hüküm altına alınmıştır¹¹¹.

Görüldüğü üzere, ZPO Art. 141b hükmü İsviçre'de videokonferans yoluyla yargılamanın sadece teknolojik bir gelişme olmadığını aynı zamanda usûl hukuku bakımından getirdiği güvenceler ile kişisel verilerin korunması ve kayıt düzenine ilişkin şartlarla birlikte bir bütün olarak ele alınması gerektiğini açıkça göstermektedir. Bahsi geçen düzenleme, dijitalleşen yargılama sürecinde teknik araçların hukuk devletine uygun bir şekilde nasıl kullanılabileceğine ilişkin yasal bir çerçeve sunmaktadır.

2. Tanıkların Elektronik Araçlar Yoluyla Dinlenmesi (ZPO Art. 170a)

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile birlikte kanuna yeni eklenen 170a maddesine göre, tanıkların dinlenmesi videokonferans veya benzeri teknik araçlarla gerçekleştirilebilecektir¹¹². “*Videokonferans yoluyla tanık dinlenmesi*” kenar başlıklı ZPO Art. 170a hükmünde şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır:

“Mahkeme, bir tanığın videokonferans veya ses ve görüntü iletimine imkân tanıyan diğer elektronik araçlar vasıtasıyla dinlenmesine ya da bu araçlar yoluyla tanığa soru yöneltilmesine karar verebilir. Bu esnada diğer katılımcılar mahkeme salonunda fiziken hazır bulunabilir. Ancak özellikle tanığın güvenliği başta olmak üzere, üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin bu uygulamanın önünde engel teşkil etmemesi gerekir.”

Görüldüğü üzere, İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile ZPO Art. 170a'da öngörülen yeni düzenlemeye göre, mahkeme tanığın dinlenmesini videokonferans veya diğer ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçlar yoluyla gerçekleştirebilir veya tanığa bu tür araçlar yoluyla soru sorabilir¹¹³. Mahkeme, bu imkânı kullanıp kullanmayacağına ve hangi şartlar altında kullanacağına kendisi karar verir¹¹⁴. ZPO Art. 170a'nın lafzı doğrultusunda mahkemenin bu yetkiyi

¹¹¹ CHEVALLEY/SEILER, ZPO Art. 141b, N. 10; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, ZPO (2/2), s. 1183.

¹¹² WEIBEL/SINGH, ZPO Art. 170a, N. 2; BORLA-GEIER, OFK-ZPO, Art. 170a, N. 1; SU-ESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 289.

¹¹³ WEIBEL/SINGH, ZPO Art. 170a, N. 2.

¹¹⁴ ZAUGG/WALT, ZPO Art. 170a, N. 2.

tarafardan birinin talebi üzerine veya re'sen kullanabilmesi mümkündür. Videokonferans yoluyla tanık dinlenmesi mahkemede fiziksel olarak gerçekleştirilen tanık dinlemesine eşdeğerdir¹¹⁵.

İsviçre'de ZPO Art. 170a uyarınca videokonferans yoluyla tanığın dinlenmesi için tarafların rızası şart değildir¹¹⁶. Ancak, üstün gelen kamusal veya özel menfaat ya da özellikle tanığın güvenliği gibi nedenlerle buna karşı çıkılmaması gerekmektedir¹¹⁷. Yukarıda açıkladığımız üzere¹¹⁸, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda videokonferans yoluyla gerçekleştirilecek olan sözlü yargılama işlemleri ancak tüm tarafların rızası ile mümkündür¹¹⁹ (ZPO Art. 141a Abs. 1). Bununla birlikte, tanıklar yargılamada taraf olmadığından ve bu konuda açık bir düzenleme de bulunmadığından videokonferans yoluyla tanığın dinlenmesi için tarafların rızası gerekmez¹²⁰. Doktrinde ise, karşı görüşteki *Huber-Lehmann* ZPO Art. 141a Abs. 1 hükmünün elektronik araçların kullanımına ilişkin genel ilkeleri düzenlediğinden ve ZPO'nun genel hükümleri kısmında yer aldığından, tanığın dinlenmesi bakımından da uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedir¹²¹.

İsviçre'de videokonferans yoluyla tanığın dinlenmesi durumunda alınan kayda dayanarak hazırlanacak olan tutanak sonradan düzenlenebilecektir¹²². Zira bu ihtimalde tutanağın tanık tarafından imzalanması mümkün değildir¹²³.

ZPO Art. 170a hükmü duruşmada bilirkişi görüşünün sunulması ile tanık ifadeleri açısından da kıyasen uygulanır¹²⁴ (ZPO Art. 170a, ZPO Art. 187 Abs. 1, ZPO Art. 193). Görüldüğü üzere, ZPO m. 170a hükmünün yalnızca tanık dinlenmesinde değil, aynı zamanda bilirkişi raporunun sunulması (ZPO Art. 187 Abs. 1) ve tanık ifadelerinin alınması (ZPO Art. 193) sırasında da kıyasen uygulanacağı düzenlenmektedir.

¹¹⁵ ZAUGG/WALT, **ZPO Art. 170a**, N. 2.

¹¹⁶ WEBER, **ZBJV**, s. 396.

¹¹⁷ WEBER, **ZBJV**, s. 396.

¹¹⁸ Bkz.: yuk. I, C, 1, b.

¹¹⁹ HUBER-LEHMANN, s. 328.

¹²⁰ MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7; WEBER, **ZBJV**, s. 396.

¹²¹ HUBER-LEHMANN, s. 328.

¹²² Karş.: Art. 176a ZPO. Ayrıca bkz.: BORLA-GEIER, **OFK-ZPO, Art. 170a**, N. 1.

¹²³ BORLA-GEIER, **OFK-ZPO, Art. 170a**, N. 1.

¹²⁴ GUYAN, s. 15; WEIBEL/SINGH, **ZPO Art. 170a**, N. 4; MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7; SU-ESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 289.

Yurt dışında bulunan kişilerin dinlenmesine yönelik sınır ötesi videokonferans yönteminde, uluslararası adli yardıma ilişkin kurallara riayet edilmesi zorunludur¹²⁵.

D. İsviçre ZPO 2025 Revizyonu ile Getirilen Ses ve Görüntü Nakline Yarayan Elektronik Araçların Yargılamada Kullanımının Olumlu ve Olumsuz Yönlerinin Değerlendirilmesi

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile gerçekleştirilen değişiklikler esasen yargılamayı daha uygulanabilir, hızlı ve çağdaş bir hale getirmeyi amaçlamaktadır¹²⁶. Gerçekleştirilen revizyonun öne çıkan özelliklerinden biri, ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçların hukuk yargısında kullanımına ilişkin İsviçre ZPO'da yasal bir dayanağa kavuşmasıdır¹²⁷.

İsviçre hukukunda, ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçların kullanılmasına ilişkin ZPO'da gerçekleştirilen değişiklikler olumlu iyileştirmelerdendir¹²⁸. Zira, İsviçre hukukunda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların gerçekleştirilmesi seyahat süreleri ile masrafları azaltacak¹²⁹ böylece usûl ekonomisi ilkesine de hizmet edecektir.

İsviçre'de 2025 yılında gerçekleştirilen ZPO revizyonu ile getirilen önemli değişikliklerden biri kantonların uluslararası ticaret mahkemeleri kurmalarına izin verilmesidir¹³⁰. İsviçre'de ZPO 2025 revizyonu ile Art. 141a, 141b, Art. 170a hükümlerinde videokonferans uygulamalarının kabul edilmesi, uluslararası ticaret mahkemesi modelinin etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi bakımından da büyük bir önem taşımaktadır¹³¹. Zira videokonferans yoluyla ZPO Art. 170a hükmü uyarınca tanıkların dinlenmesi ve bilirkişi raporlarının sunulması imkânı¹³² (ZPO Art. 170a, ZPO Art. 187 Abs. 1, ZPO Art. 193) İsviçre'nin hedeflediği uluslararası ticaret yargılaması amacını destekleyen unsurlardan biridir¹³³.

¹²⁵ BORLA-GEIER, **OFK-ZPO, Art. 170a**, N. 2; HUBER-LEHMANN, s. 328.

¹²⁶ STURNY/ZENDELI, s. 17; MARTI, s. 17; MURARO, s. 7; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 815; ZURCHER, s. 542.

¹²⁷ STEINER/BECKER, s. 23.

¹²⁸ MARKUS, s. 221.

¹²⁹ STURNY/ZENDELI, s. 17.

¹³⁰ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, s. 818; STURNY/ZENDELI, s. 17; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO (1/2)**, s. 1160; STEINER/BECKER, s. 23; WEBER, **ZBJV (2023)**, s. 390; GUNGERICH, s. 13.

¹³¹ GUNGERICH, s. 16.

¹³² GUYAN, s.15; WEIBEL/SINGH, **ZPO Art. 170a**, N. 4; MORDASINI-ROHNER/BOOG, s. 7; SU-ESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 289.

¹³³ MORET, Sébastien, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkommentar**, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023, N. 5.

İsviçre ZPO Art. 141a ve Art. 141b ile getirilen yeni hükümler uyarınca tarafların rızasıyla mahkemelerin videokonferans yoluyla duruşma yapabilmesine imkân tanınması, yargılamanın esnekliğini arttırırken *kanaatimizce* usuli güvenceler bakımından yeni değerlendirme alanları yaratmaktadır. Belirtmek gerekir ki, İsviçre'de ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin doktrindeki tartışmalar devam etmektedir¹³⁴. Bu noktada, *doktrinde* çoğunlukla dile getirilen eleştirilerden biri, videokonferans yoluyla dinlenen tanıkların özellikle jest ve mimiklerinin anlaşılmasının zorlaşacağı ve bu yolun fiziksel olarak gerçekleştirilen usullere nazaran daha az güvenilir olduğuna ilişkindir¹³⁵. Bu bağlamda, videokonferans yoluyla gerçekleştirilen hukuk davalarında doğrudanlık ilkesinin nasıl sağlanacağı meselesi önem arz etmektedir. Buna karşılık, İsviçre'de video aktarımının kalitesinin artırılması yoluyla bu sorunun üstesinden gelinebileceği, hatta yapılan araştırmalar sonucunda bazı mahkeme görevlilerinin videokonferans yoluyla mimik ve jestleri daha iyi değerlendirebildikleri ve yüz yüze katılımda olduğu kadar canlı bir izlenim edinebildikleri bile ifade edilmektedir¹³⁶.

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile birlikte duruşmalarda ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçların kullanımının kabul edilmesi her ne kadar doğrudanlık ilkesinden ödün verilmesi olarak görünse de aslında bu durum dijitalleşme sürecinin kaçınılmaz bir parçası olarak değerlendirilmelidir¹³⁷.

II. TÜRK HUKUKUNDA E-DURUŞMA UYGULAMALARININ GELİŞİM SÜRECİ

A. Türk Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmalara Katılımın Hukuki Dayanakları: Genel Bir Bakış

1. Ceza Muhakemesi Hukukunda Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması: SEGBİS

Türk hukukunda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım konusu ilk kez 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹³⁸ (CMK) çeşitli hükümler-

¹³⁴ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, ZPO (2/2), s. 1180; DOMEJ, s. 486; EICHEL, s. 211.

¹³⁵ DOMEJ, s. 491.

¹³⁶ DOMEJ, s. 491.

¹³⁷ SUESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 289.

¹³⁸ RG. 17.12.2004, S. 25673.

rinde¹³⁹ düzenlenmiştir¹⁴⁰. Ceza Muhakemesi Hukukunda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım konusundaki usûl ve esasları düzenlenmek amacıyla “*Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*”¹⁴¹ yürürlüğe girmiştir¹⁴². Söz konusu Yönetmelik, ses ve görüntü bilişim sistemini ifade etmek üzere kısaca “SEGBİS” tabirini kullanmaktadır¹⁴³. Anılan Yönetmeliğin 3’üncü maddesinin (c) bendinde SEGBİS,

“UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi”

şeklinde tanımlanmaktadır. Ceza muhakemesinden farklı olarak özel hukuk yargısında ise ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası ilk olarak 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle bir yasal zemine kavuşmuştur.

Çalışmanın devamında, HMK m. 149 kapsamında düzenlenen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma uygulamasının kapsamı, şartları ve uygulamaya ilişkin temel esasları ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2. Medenî Usûl Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmalara Katılım Bakımından İlk Yasal Düzenleme: HMK m. 149’un 7251 Sayılı Kanun Değişikliğinden Önceki Hali

Medenî usûl hukukunda, duruşmaların ses ve görüntülü iletişim araçlarıyla yürütülmesine ilişkin hukukî dayanak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 149’uncu maddesinde yer almaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilk halinde “*Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma İcrası*” kenar başlıklı 149’uncu maddesinde şu şekilde bir düzenleme yer almaktaydı:

¹³⁹ Bkz.: CMK m. 52, m. 58, m. 147, m. 180, m. 196, m. 219.

¹⁴⁰ DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 143-144, 2016, s.128; GAYRETLİ AYDIN, Seda, “Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, *DEÜHFD*, C. 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, s. 2110; TORAMAN, Barış, “Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında E-Duruşma”, (Editör: Kemal Şenocak), *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (s. 459-523), s. 479; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 75; TIRTIR, Mustafa, “Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi”, *İBD*, C. 94, S. 3, 2020, s. 126.

¹⁴¹ RG. 20.09.2011, S. 28060.

¹⁴² DURSUN, s. 134.

¹⁴³ GAYRETLİ AYDIN, s. 2110.

“(1) Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir.

(2) Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir”.

Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası olarak düzenlenen bu yöntem tanığın, bilirkişinin veya diğer ilgililerin bulundukları yerden ses ve görüntü nakline yarayan iletişim araçlarıyla duruşmalara katılmalarına imkân veren usulü ifade etmektedir¹⁴⁴. HMK m. 149’un ilk halinde tarafların, tanıkların, bilirkişilerin veya uzmanların mahkeme salonundan başka bir yerde bulunmaları durumunda ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmelerine imkân tanınmaktadır¹⁴⁵.

Kanun koyucu, HMK m. 149 hükmünden başka isticvap (HMK m. 172/f. 1) ve yemin (HMK m. 236) özelinde de ses ve görüntü nakli yoluna müracaat edilebileceğini düzenlemiştir¹⁴⁶. İsticvap ve yemin bakımından ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının mümkün olmaması halinde bu işlemlerin istina-be yoluyla yapılması söz konusu olacaktır¹⁴⁷. Ancak, kanun koyucu isticvap ve yemin işlemlerinde HMK m. 149’daki düzenlemeden farklı olarak tarafların rızasını aramamış bu işlemlerin ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleştirilmesini herhangi bir muvafakat şartına bağlı kılmamıştır¹⁴⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin HMK m. 149’da ilk kez medeni yargı bakımında düzenleme getirilmişse de bu konudaki usûl ve esasları ortaya koyan ayrı bir yönetmelik yayımlanmamıştır¹⁴⁹. O dönemde, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası ve diğer usûli işlemler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin¹⁵⁰ 60’ıncı maddesinde düzenleme

¹⁴⁴ VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 75.

¹⁴⁵ KIYAK, s. 1462; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 75; ARSLAN, **Duruşma**, s. 741.

¹⁴⁶ GAYRETLİ AYDIN, s. 2112; TORAMAN, s. 482; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 75.

¹⁴⁷ TORAMAN, s. 482-483; GAYRETLİ AYDIN, s. 2113; ARSLAN, **Duruşma**, s. 741.

¹⁴⁸ GAYRETLİ AYDIN, s. 2113.

¹⁴⁹ TORAMAN, s. 483.

¹⁵⁰ RG. 03.04.2012, S. 28253.

getirilmiştir¹⁵¹. Söz konusu yönetmeliği ilga eden *Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik*'in¹⁵² 218'inci maddesi kapsamında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin esaslara yer verilmiştir¹⁵³.

HMK m. 149 hükmü, e-Duruşma kavramını doğrudan kullanmasa da teknolojik araçların kullanılmasına imkân tanıyarak dijitalleşme sürecine kapı aralamaktadır. E-Duruşma, hukuk yargısı bakımından 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte hukuki zemine kavuşmuştur. Ancak bu yöntemin fiilen uygulanmaya başlanması ve yaygınlık kazanması büyük ölçüde Covid-19 salgınının etkisiyle olmuştur¹⁵⁴. Covid-19 pandemisinin etkisi ve aynı zamanda 2019 yılında açıklanan Yargı Stratejileri Belgesi'nin de sonucu olarak¹⁵⁵ e-Duruşma yönteminin hukuk yargılamasında da yaygınlaşması amacıyla 2020 yılında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir¹⁵⁶.

3. 7251 Sayılı Kanun'la HMK m. 149'da Yapılan Değişiklikler Sonrasında Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma İcrası

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹⁵⁷ ile ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını düzenleyen HMK m. 149 hükmünde köklü değişiklikler yapılmıştır¹⁵⁸.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını öngören HMK m. 149 hükmü 7251 sayılı Kanun değişikliğiyle beraber adeta yeniden düzenlenmiş ve nihayetinde şu şekli almıştır:

“(1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.

¹⁵¹ TORAMAN, s. 483; GAYRETLİ AYDIN, s. 2113; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76.

¹⁵² RG. 06.08.2015, S. 29437.

¹⁵³ VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76; GAYRETLİ AYDIN, s. 2113; TORAMAN, s. 483.

¹⁵⁴ ARSLAN, *Duruşma*, s. 741.

¹⁵⁵ MIDİK, Barış, “Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler”, *LexperaBlog*, 2020 (s. 1-8), (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, E.T. 03.06.2025. TORAMAN, s. 488.

¹⁵⁶ ARSLAN, *Duruşma*, s. 741.

¹⁵⁷ RG. 28.07.2020, S. 31199.

¹⁵⁸ ÖZTEK, s. 652; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Basi, On İki Levha, İstanbul, 2023, N. 1282.

(2) *Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.*

(3) *Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.*

(4) *Mahkeme, fiilî engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak karar verebilir.*

(5) *Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir”.*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 149’uncu maddesinde 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrasında hukuk mahkemelerinde hızla gerekli altyapı çalışmaları başlatılmış ve e-Duruşma olarak bilinen yöntem ile özellikle taraflarla vekillerinin bulundukları yerden çevrim içi olarak duruşmalara katılmaları mümkün kılınmıştır¹⁵⁹.

Türk hukukunda dijitalleşen yargılama sürecinin önemli bir ayağını oluşturan e-Duruşma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 149’uncu maddesine dayanılarak çıkarılan ve 30.06.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik*¹⁶⁰” (“e-Duruşma Yönetmeliği”) ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁶¹. Bu yönetmelik hem tarafların hem de diğer ilgililerin fiziken mahkemede hazır bulunmaksızın duruşmalara etkin katılımını sağlamayı hedefleyen bir altyapı sunmaktadır¹⁶². Bu kapsamda, tarafların ve ilgililerin aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılmaları, beyanlarını sunmaları gibi usûl işlemlerini gerçekleştirmeleri mümkün olmaktadır¹⁶³.

¹⁵⁹ ARSLAN, *Duruşma*, s. 741.

¹⁶⁰ RG. 30.06.2021, S. 31527.

¹⁶¹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 10. Bası, Yetkin, Ankara, 2024, s. 404; KIYAK, s. 1464; ARSLAN, *Duruşma*, s. 741-742; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76.

¹⁶² E-Duruşma Yönetmeliği m. 1, m. 2.

¹⁶³ E-Duruşma Yönetmeliği m. 6.

B. Türk Medenî Usûl Hukukunda e-Duruşma Yönteminin Uygulama Esasları

Türk hukukunda e-Duruşma uygulamasının ne şekilde tatbik edildiği ve bu yöntemin hangi şartlar altında hayata geçirilebildiği, özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 149’uncu maddesi ile e-Duruşma Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirilmelidir.

HMK m. 149/f. 1’de öngörülen “ *tarafların rızasıyla olmak şartıyla*” ifadesi, 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “ *taraflardan birinin talebi üzerine, talep eden tarafın veya vekilinin*” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikte birlikte, HMK m. 149/f. 1 uyarınca, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılım için artık tarafların ortak rızası aranmayıp, mahkemeye yöneltilen tek taraflı bir talep yeterli sayılmıştır¹⁶⁴. Ancak, HMK m. 149’da öngörülen e-Duruşma yönteminin uygulanabilmesi için talep üzerine mahkemece tarafın veya vekilinin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılımına izin verilmesi aranmaktadır¹⁶⁵. Dikkat edilirse, e-Duruşma yönteminin hayata geçirilebilmesi için taraflardan birinin bu husustaki talebi yeterli olmakla birlikte nihayetinde buna ilişkin kararı mutlaka mahkeme verecektir¹⁶⁶. Mahkeme, duruşmanın elektronik ortamda icrasına karar verirken, tarafların menfaatlerini, medenî usûl hukukuna egemen olan ilkeleri *-ve bilhassa doğrudanlık ilkesini-* göz önünde bulundurarak bir kanaate varmak durumundadır¹⁶⁷.

HMK m. 149/f. 2 hükmüne göre, tanıkların, bilirkişilerin veya uzmanların bulundukları yerden ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmelerine ilişkin usûl ve esaslar düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın bulunduğu yerden ses ve gö-

¹⁶⁴ ÖZTEK, s. 653; ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, **TBB**, Y. 33, S. 149, 2020, s. 119; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, **TBB**, Y. 34, S. 150, 2020, s. 275; TORAMAN, s. 488; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76.

¹⁶⁵ ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119.

¹⁶⁶ ÖZTEK, s. 653.

¹⁶⁷ ULUSAN, Banu, “Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **TBB**, 2022/163, s. 156. Zira, e-Duruşma uygulamaları, özellikle doğrudanlık, silahların eşitliği, aleniyet ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile yargılamanın sevk ve idaresi gibi temel usul ilkeleri bakımından değerlendirilmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır (MİRZAYEV, Anar, **Medeni Yargılama da E-Duruşma**, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2023, s. 63).

rüntü nakli yoluyla dinlenmesine karar verebilecektir¹⁶⁸. Görüldüğü üzere, tarafların, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmada dinlenmesi konusunda HMK m. 149/f. 1'de taraflardan birinin talebi üzerine bu hususta mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, tanık, bilirkişi veya uzmanın ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımı bakımından HMK m. 149/f. 2 hükmünde taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkemece re'sen karar verilebileceği düzenlenmiştir¹⁶⁹.

Dikkat edilirse, 7251 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikten önce HMK m. 149/f. 2 uyarınca, tanığın, bilirkişinin veya uzmanın bu yöntemle duruşmaya katılmalarına mahkemece re'sen karar verilebilmesi söz konusu değildi¹⁷⁰. Oysaki, 7251 sayılı HMK değişikliğinden sonra taraflardan herhangi birinin talebi olmasa da tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden dinlenmeleri konusunda mahkemenin re'sen karar verilebilmesi mümkün hale gelmiştir¹⁷¹. E-Duruşma Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde de e-Duruşmanın yalnızca taraf talebiyle değil, aynı zamanda mahkemenin re'sen kararıyla da icra edilebileceği düzenlenmektedir. Özellikle tanıkların veya bilirkişilerin uzaktan dinlenmesini mümkün kılan bu hüküm, hâkimin yargılamayı sevk ve idare ödevini dijital araçlarla uyumlu hale getirmektedir¹⁷². Ancak, HMK m. 149 hükmünde tanığın bilirkişinin veya uzmanın e-Duruşma yöntemiyle bulundukları yerden dinlenebilmeleri için bizzat kendileri tarafından talepte bulunulması uygun görülmemiştir¹⁷³. Yine, HMK m. 149/f. 2 uyarınca tanık, bilirkişi veya uzmanın e-Duruşma yöntemiyle dinlenmesi bakımından rızalarının alınması kanunen zorunlu tutulmamış; diğer bir ifadeyle, kanun koyucu bu kişilere ilişkin olarak ayrıca bir rıza şartına yer vermemiştir¹⁷⁴.

Taraflar, tanıklar, bilirkişiler ve uzmanlar tarafından e-Duruşma talebinde bulunulması için bu taleplerin, duruşma gününden en az iki iş günü önce UYAP

¹⁶⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, s.275; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119; ÖZTEK, s. 655; KIYAK, s. 1463; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. 3, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 3056.

¹⁶⁹ ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119; ÖZTEK, s. 655; TORAMAN, s. 489; ARSLAN, **Duruşma**, s. 745.

¹⁷⁰ ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 120.

¹⁷¹ VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119; ÖZTEK, s. 655.

¹⁷² E-Duruşma Yönetmeliği m. 10.

¹⁷³ KALE, s.148; ÖZTEK, s. 655.

¹⁷⁴ VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 78.

üzerinden yapılması gerekmektedir¹⁷⁵. Talebin kabulü veya reddi ise duruşma-
dan en az bir iş günü önce hâkim tarafından karara bağlanacaktır ve bu karar
kesindir¹⁷⁶. Hâkim, hukuki, fiili veya teknik engel gibi sebeplerle talebi gerekçeli
bir şekilde reddedebilecektir (e-Duruşma Yönetmeliği m. 9/f. 2).

HMK m. 149/f. 3 uyarınca, mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf
edemeyecekleri dava ve işler bakımından, ilgililerin bulundukları yerden eş
zamanlı ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesine re'sen karar verebilme
yetkisine sahiptir¹⁷⁷. Görüldüğü üzere, HMK m. 149/f. 3 hükmünde, tarafların
üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işler bakımından mahkeme-
ye özel bir yetki tanınmaktadır. Anılan düzenlemeye göre, mahkeme, bu tür
yargılamalarda tarafların rızasına ihtiyaç duymaksızın ve re'sen hareketle, ilgili-
lerin bulundukları yerden sesli ve görüntülü iletişim araçları vasıtasıyla eş za-
manlı olarak dinlenmelerine karar verebilecektir¹⁷⁸. Bu düzenleme, özellikle
kamu düzenini ilgilendiren veya taraf iradeleriyle sınırlandırlamayan uyuşmaz-
lık konularında yargılamanın etkinliğini ve erişilebilirliğini artırmayı hedefle-
mekte; mahkemelere, teknolojik imkânlardan faydalanarak duruşma sürecini
daha esnek ve verimli şekilde yönetebilme imkânı sunmaktadır. Ancak belirt-
mek gerekir ki, mahkeme, yalnızca re'sen değil; tarafların yahut ilgililerin bu
yöndeki talebi üzerine de ilgililerin bulundukları yerden ses ve görüntülü ileti-
şim araçlarıyla dinlenmelerine karar verebilir¹⁷⁹.

HMK m. 149/f. 4 uyarınca, mahkeme, fiili engel ve güvenlik gerekçeleriyle
duruşmanın il sınırı dahilinde başka bir yerde icra edilmesine, yargı çevresi
içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonun da görüşünü almak
suretiyle karar verebilir¹⁸⁰.

HMK m. 149 hükmü değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki, kanun koyu-
cu, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına imkân ta-
nımaktadır. Şu hâlde, görüntü nakli olmaksızın yalnızca ses ile iletim yoluyla
duruşmaya katılım mümkün olmayacaktır¹⁸¹.

¹⁷⁵ E-Duruşma Yönetmeliği m. 8.

¹⁷⁶ E-Duruşma Yönetmeliği m. 9.

¹⁷⁷ BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, “7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, **İBD**, C. 94, S. 5, 2020, s. 22; TORAMAN, s.488; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 121; ÖZTEK, s. 660-661.

¹⁷⁸ BUDAK/KARAASLAN, **Usul**, s. 22.

¹⁷⁹ ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s.21; ÖZTEK, s. 661.

¹⁸⁰ GÖRGÜN, Şanal L./BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 13. Baskı, Anka-
ra, Yetkin, 2023, s. 375.

¹⁸¹ BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023, N. 25.

E-Duruşma yoluyla yargılamaya katılan taraf vekilinin kimlik tespiti mahkemece güvenli e-imza veya mobil imza ile UYAP kayıtlarıyla benzer yöntemler kullanılarak yapılmaktadır¹⁸². E-Duruşmaya nereden katılmanın mümkün olduğu önem arz etmektedir. Zira e-Duruşmalar sadece teknik yeterlilikle sınırlı olmayıp, aynı zamanda mekânsal olarak da uygun bir ortamda yapılmalıdır. Katılım sağlanacak olan yerin yönlendirmeden uzak, yüz ifadesi ve davranışların gözlenmesine imkân veren, güvenli ve tarafsız bir yer olması gerekmektedir (e-Duruşma Yönetmeliği m. 11/f. 5). E-Duruşmaya, avukatlık bürosundan, barolarca bu amaç için ayrılan bölümden, adliye bu hususta tahsis edilen yerden veya Yönetmelikteki koşulları sağlayan diğer bir yerden katılmak mümkündür¹⁸³.

E-Duruşma mahkemede yapılan duruşmayla aynı hukuki sonuçları doğurur¹⁸⁴. Ancak, sulh, feragat ve kabul gibi yargılamaya son veren taraf usuli işlemlerinin geçerli olabilmesi için bu beyanların sonraki bir celsede bizzat mahkeme huzurunda imzalanması gerekmektedir (e-Duruşma Yönetmeliği m. 13/f. 4).

Önemli bir yenilik de delil sunumu, imza alma ve duruşma tutanağının elektronik ortamda iletilmesine ilişkindir¹⁸⁵. E-Duruşmada sunulan beyanlar, UYAP'a entegre güvenli elektronik imza ile kayıt altına alınabilir (e-Duruşma Yönetmeliği m. 13/f. 6).

Teknik aksaklıklar halinde ise duruşma yeniden başlatılabilir veya geçerli bir şekilde sonlandırılabilir (e-Duruşma Yönetmeliği m. 13/f. 8). Taraf veya vekilinin kusuru olmaksızın teknik sebeplerden dolayı e-Duruşmanın yapılamaması durumunda ilgili taraf veya vekili açısından HMK m. 150/f. 1 uyarınca dosyanın işlem den kaldırılması hükümleri uygulanmaz¹⁸⁶ (e-Duruşma Yönetmeliği m. 13/f. 9).

E-Duruşma yöntemi, mahkemelerce gerçekleştirilen duruşmayla aynı usul ve esaslara tabidir¹⁸⁷ (e-Duruşma Yönetmeliği m. 14/f. 1). Mahkemelerce yapılan duruşma esnasında kayıt ve yayın yasağı olduğu (HMK m. 153) için e-Duruşma sırasında da fotoğraf çekilemez, hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, yargılamanın mecbur kıldığı durumlarda gerekçesi de belirti-

¹⁸² E-Duruşma Yönetmeliği m. 12/f. 1.

¹⁸³ E-Duruşma Yönetmeliği m. 11/f. 1.

¹⁸⁴ E-Duruşma Yönetmeliği m. 13/f. 1.

¹⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Usûl*, N. 1299.

¹⁸⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Usûl*, N. 1301.

¹⁸⁷ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 406.

lerek mahkeme tarafından e-Duruşmanın kayda alınmasına karar verilebilir¹⁸⁸. Alınan kayıtlar Merkezi Kayıt Sisteminde iki hafta süreyle saklanır ve bu sürenin sonunda geri döndürülemeyecek şekilde silinir¹⁸⁹.

Son olarak, e-Duruşma uygulamasının sürekliliği ve güvenliği Adalet Bakanlığı'nın sistemin kurulması, geliştirilmesi ve idamesine yönelik görev ve yetkileri çerçevesinde teminat altına alınmıştır¹⁹⁰. Katılımcıların teknik kriterlere uygunluğu sağlama yükümlülükleri ise e-Duruşma sürecinin sorunsuz işlemesi için kritik bir unsur olarak öne çıkmaktadır. E-Duruşmaya katılacak olanların mahkemece belirlenen gün ve saatte, e-Duruşmaya katılacağı yer ve e-Duruşma Sisteminde hazır bulunmaları gerekmektedir (e-Duruşma Yönetmeliği m. 17/f. 1 (c)).

C. Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından e-Duruşma Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Tespitler

Türk hukukunda e-Duruşma uygulaması, özellikle Covid-19 sürecinde ortaya çıkan olağanüstü şartların etkisiyle gündeme gelmiş ve kısa sürede uygulama alanı bulmuştur¹⁹¹. Covid-19 pandemisinin yarattığı sosyal mesafe gerekliliği, yargılama faaliyetleri bakımından alternatif yöntemlerin benimsenmesini zorunlu kılmıştır. Böylelikle, duruşmaların ses ve görüntü nakline yarayan araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilmesi bir çözüm olarak öne çıkmıştır. Bu ihtiyaç doğrultusunda, duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasına ilişkin HMK m. 149 hükmünde 7251 sayılı Kanunla değişiklikler gerçekleştirilmiştir¹⁹².

Söz konusu düzenleme, sadece Covid-19 pandemisiyle sınırlı olmaksızın kalıcı değişiklikler öngörmektedir. Buna karşılık, HMK m. 149'da gerçekleştirilen değişikliklerin kalıcı nitelikte olması, doktrinde eleştirilere sebep olmuştur¹⁹³. Doktrinde birçok yazar, düzenlemenin sadece Covid-19 pandemisine yönelik geçici bir dönemle sınırlı tutulması ve olağan yargı düzenine dönülmesi-

¹⁸⁸ E-Duruşma Yönetmeliği m. 14/f. 2.

¹⁸⁹ E-Duruşma Yönetmeliği m. 15/f. 2.

¹⁹⁰ E-Duruşma Yönetmeliği m. 16.

¹⁹¹ ARSLAN, *Duruşma*, s. 741.

¹⁹² ÖZTEK, s. 652; ARSLAN, *E-Duruşma*, s. 29.

¹⁹³ ÇİFTÇİ, Pınar, "Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler", *LexperaBlog*, 2020, (s. 1-23) (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, E.T. 03.06.2025.

nin daha isabetli olacağı görüşünü savunmuştur¹⁹⁴. Doktrinde getirilen eleştirilerde çoğunlukla, hâkimin doğrudanlık ilkesi çerçevesinde taraflar ile tanıkları gözlemleyebilme yetisinin e-Duruşma uygulaması ile zedelenebileceği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, e-Duruşma uygulamasının bazı olumlu yönlerinin var olduğu da göz ardı edilmemelidir. Her şeyden önce, e-Duruşma yöntemi, usûl ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) ve yargıya erişimin kolaylaştırılması bakımından dikkate değer katkılar sunmaktadır¹⁹⁵. Özellikle, mesafe olarak mahkemeye uzak yerlerde bulunan taraflar ve avukatları duruşmaya katılım bakımından fiziksel olarak seyahat zorunluluğundan kurtararak masraftan ve zamandan tasarruf sağlamaktadır¹⁹⁶. Yine, avukatların yoğun duruşma programlarında adliyelerde bekleme sürelerini azaltmaktadır. Bu sayede, yargılama faaliyetinin daha verimli bir şekilde yürütülmesine imkân tanımaktadır.

HMK m. 149 hükmünde 7251 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerden sonra uygulaması artan e-Duruşma yönteminin bir diğer olumlu yönü ise, mahkemelerin iş yükünü azaltarak yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmasına hizmet etmesidir. Duruşmaların çevrim içi yapılabilmesi takvimlerin daha esnek düzenlenmesine olanak sağlamakta ve bu da mahkemelerin işleyişinde önemli bir hızlanmaya sebep olmaktadır.

Eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşıldığında ise bu olumlu yönlerin yanında uygulamada karşılaşılan bazı sorunların varlığı da göz ardı edilmemelidir. Bu doğrultuda, HMK m. 149 her ne kadar e-Duruşma uygulamasına ilişkin genel bir yasal dayanak sağlamış olsa da bahsi geçen düzenleme kanun yapma tekniği bakımından yetersiz kalmaktadır¹⁹⁷. Zira 7251 sayılı Kanun değişikliğinden sonra dahi HMK m. 149 hükmü usule ilişkin güvenceleri ve teknik kriterleri ayrıntılı olarak ortaya koymamaktadır. HMK m. 149'un ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin sadece genel esasları ortaya koyan yapısı, mevzuatta belirsizlikler yaratmakta ve bu durum uygulama birliğini zedeleyerek hukuki

¹⁹⁴ Bkz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, s. 276; DİŞEL, Buse, "İsviçre Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi" **LexperaBlog**, 2020, (s. 1-6) (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/ismet-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisinden-degerlendirilmesi/>, E.T. 03.06.2025; TORAMAN, s. 488.

¹⁹⁵ YILMAZ, s. 3056.

¹⁹⁶ YILMAZ, s. 3056.

¹⁹⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, s. 276.

öngörülebilirliği azaltmaktadır. Nitekim, uygulamada bazı mahkemeler e-Duruşma taleplerini kolaylıkla kabul ederken bazıları hiçbir gerekçe göstermeksizin reddedebilmektedir. Mahkeme kararlarındaki bu keyfiyet, eşitlik ve hak-kaniyet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Teknik altyapıya ilişkin sorunlar da e-Duruşma sisteminin işleyişini ciddi bir şekilde etkilemektedir. Zira e-Duruşma esnasında yaşanan internet kesintileri, görüntü donmaları, sesin kesilmesi gibi teknik sorunlar, duruşmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesini engellemektedir. Bu tür aksaklıklar aynı zamanda tarafların ve vekillerinin beyanlarının tam olarak anlaşılmasını ve tutanağa doğru bir şekilde geçirilmesini zorlaştırmaktadır. Bu durum, adil yargılama hakkının ihlal edilmesi riskini doğurmaktadır.

Bunlara ek olarak, özellikle e-Duruşma uygulamasının hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi imkânını sınırladığı yönünde ciddi endişeler bulunmaktadır. Benzer şekilde, mahkemece tarafların davranışlarının bizzat gözlemlenememesi de yargılamaya hâkim olan ilkelere doğrudanlık ilkesini zedeleyeceği için dava sürecini olumsuz etkileyebilecek bir başka husus olarak değerlendirilmektedir¹⁹⁸. Bilindiği üzere, doğrudanlık ilkesi, delillerin ikamesi ve yargılamaya ilişkin diğer işlemlerin araya üçüncü bir aracının girmesine mahal vermeksizin doğrudan doğruya yargılamayı yürüten mahkeme huzurunda gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır¹⁹⁹. Bu sebeple, hâkimin duruşmadaki psikolojik ve davranışsal gözlemleri, tanık beyanlarının güvenilirliğini takdir edebilmesi açısından büyük bir önem taşır²⁰⁰. Zira yalnızca, duruşmayı bizzat yürüten ve tahkikatı gerçekleştiren mahkemenin doğrudan gözlemlerine dayanan deliller, belirli ölçüde sağlıklı ve isabetli bir şekilde delillerin takdir edilmesine imkân tanımaktadır²⁰¹. Buna karşılık, e-Duruşma uygulamasında bu gözlemlerin sağlıklı bir şekilde yapılamaması, delillerin değerlendirilmesi sürecini zayıflatılmaktadır²⁰². Bu sebeple, *kanaatimizce* hâkimin gözlem yetkisini destekleyecek nitelikte teknolojik çözümler (örneğin, çok açılı kamera sistemleri, dijital izleme araçları) teşvik edilmelidir.

¹⁹⁸ ARSLAN, Aziz Serkan, “Doğrudanlık İlkesi”, **SDÜHFD**, MİHBİR Özel Sayısı, 4(2), 2014, s. 139.

¹⁹⁹ ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2011, §19, s. 189; KURT, Nesibe, “Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruluk İlkesi”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 599.

²⁰⁰ ARSLAN, **Doğrudanlık**, s. 136.

²⁰¹ YILDIRIM, Mehmet Kâmil: **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990, s. 91.

²⁰² ARSLAN, **Doğrudanlık**, s. 139.

Uygulamada, e-Duruşma konusunda yargı mensuplarının teknik konularda yeterince bilgi sahibi olmaması da bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar e-Duruşmaya ilişkin yargı mensuplarına yönelik halihazırda bazı teknik bilgilendirme toplantıları yapılmış olsa da teknolojik gelişmelerin hızla ilerleyen yapısı karşısında bu eğitimlerin sistemin sağlıklı işleyişini güvence altına alacak düzeyde ve süreklilikte olmadığı söylenebilir. Uygulamacıların görüşleri ve literatürdeki değerlendirmeler, teknik bilgi eksikliğinin hâlen önemli bir sorun olduğunu göstermektedir.

Bütün bu değerlendirmelerimiz ışığında *kanaatimizce* adil yargılama hakkı çerçevesinde e-Duruşma sisteminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için hâkim, savcı, avukat ve diğer yargı mensuplarına yönelik daha çok eğitim programı düzenlenmeli; özellikle doğrudanlık ilkesinin dijital ortamda nasıl korunabileceği konusunda farkındalık oluşturulmalıdır. Zira e-Duruşma uygulamasının sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, sadece teknik donanım ile değil, aynı zamanda insan kaynağının yetkinliğine de doğrudan bağlıdır. Bu sebeple hakimler, savcılar, avukatlar ve zabıt katipleri için e-Duruşma süreçleri, teknik araçların kullanımı, veri güvenliği ve adil yargılama hakkı gibi konularda düzenli ve zorunlu hizmet içi eğitim programları düzenlenmelidir. *Kanaatimizce* bu programlar, özellikle hakimlerin doğrudanlık ilkesi çerçevesinde tarafları gözlemlene becerilerini dijital ortamda da sürdürebilmelerini sağlayacak nitelikte olmalıdır.

Netice itibarıyla, Türk hukukunda e-Duruşma uygulaması önemli bir dijital dönüşüm örneği olmakla birlikte, kurum mevcut haliyle hem teorik hem de uygulama bakımından çeşitli sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Diğer taraftan, erişilebilirlik, usûl ekonomisi ve yargılamanın hızlandırılması²⁰³ gibi yönler e-Duruşma yönteminin olumlu taraflarıdır. Çağdaş yargılama sistemlerinde önemli bir yere sahip olan e-Duruşma uygulamasının kalıcı ve etkin bir yargılama modeli olarak benimsenebilmesi için *kanaatimizce* öncelikle altyapının güçlendirilmesi, uygulayıcılar arasında yeknesaklığın sağlanması ve hâkimin taraflar üzerindeki gözlem yetisini arttıracak teknik imkânların geliştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, e-Duruşma, yargılamada hız ve erişilebilirlik gibi amaçlara hizmet etmekten uzak bir yöntem olarak kalacaktır.

²⁰³ YILMAZ, s. 3056.

III. E-DURUŞMA UYGULAMASINA İLİŞKİN İSVİÇRE VE TÜRK MEDENİ USÛL HUKUKU DÜZENLEMELERİNİN KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN SOMUT ÖNERİLER GETİRİLMESİ

A. E-Duruşma Yöntemine İlişkin Usuli ve Teknik Düzenlemelerin Kanun Yapma Tekniği Açısından Karşılaştırılması

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile videokonferans uygulamasına ilişkin olarak ayrıntılı ve sistematik düzenlemeler getirilmiştir²⁰⁴. Bu kapsamda özellikle ZPO Art. 141a ve ZPO Art. 141b düzenlemeleriyle ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımın yasal çerçevesi netleştirilmiş, mahkemelerin elektronik araçları hangi koşullarda kullanabileceği, tarafların rızası, eşzamanlılık, kayıt yapma zorunluluğu, kişisel verilerin korunması ve veri güvenliği gibi konular doğrudan kanun metninde yer bulmuştur²⁰⁵. Ayrıca, İsviçre ZPO Art. 170a hükmüyle tanıkların videokonferans yoluyla dinlenmesine yönelik özel bir düzenleme getirilerek²⁰⁶ uygulamaya ilişkin öngörülebilirlik güçlendirilmiştir.

Türkiye’de ise HMK m. 149 hükmünde 7251 sayılı Kanun değişikliği sonrasında e-Duruşma müessesesinin yasal zemini güçlendirilmiş olmakla birlikte düzenlemenin halen daha sınırlı ve genel çerçevede kaldığı gözlemlenmektedir²⁰⁷. HMK m. 149 hükmü esas itibarıyla ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını mümkün kılmakta tanıkların, bilirkişilerin ve ilgililerin bu yöntemle dinlebileceğini öngörmektedir²⁰⁸. Ancak, HMK m. 149 hükmünde e-Duruşmanın uygulanmasına ilişkin teknik kriterler, kişisel verilerin korunması ve veri güvenliği gibi konularda açık düzenlemelere yer verilmemektedir. Oysaki, İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile getirilen düzenlemeler, kanuni açıdan oldukça ayrıntılı ve uygulamayı yönlendirici niteliktedir. İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile teknik kriterler, kişisel verilerin korunması ve veri güvenliğinin korunması ile kayıt altına alma zorunluluğu konuları Art. 141b hükmünde açıkça ifade edilmektedir²⁰⁹. Böylelikle, İsviçre ZPO’da videokonferans yöntemiyle yapılan duruşmalarda ses ve görüntünün eşzamanlı iletilmesi, belirli usûli iş-

²⁰⁴ MATTHYS/SANTEN, s. 133.

²⁰⁵ Bkz.: Art. 141a ZPO; Art. 141b ZPO. Ayrıntılı bilgi için bkz.: DOMEJ, s. 487; WEBER, **ZBJV**, s. 395; SPUHLER, **SJZ**, s. 943; HUBER-LEHMANN, s. 329.

²⁰⁶ Art. 170a ZPO. Ayrıca bkz.: BORLA-GEIER, **OFK-ZPO, Art. 170a**, N. 1; MATTHYS/SANTEN, s. 133; ZAUGG/WALT, **ZPO Art. 170a**, N. 2; SUESS/MEYER/RECHSTEINER, s. 89.

²⁰⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, s. 278.

²⁰⁸ KIYAK, s. 1462; ARSLAN, **Duruşma**, s. 741; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 75.

²⁰⁹ CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1318ff.; WEBER, **ZBJV**, s. 396.

lemler bakımından kayıt yapma zorunluluğu getirilmesi ve tüm tarafların rızasının aranması gibi şartlar, doğrudan kanun düzeyinde hüküm altına alınmıştır²¹⁰.

Kanaatimizce Türk hukukunda da HMK m. 149 hükmünün kapsamı genişletilmeli, e-Duruşma bakımından teknik ve usuli ilkeler kanun seviyesinde güvenceye kavuşturulmalıdır²¹¹. Aksi halde, e-Duruşma yönteminin keyfi uygulamalara açık hale gelmesi, adil yargılanma hakkı bakımından ciddi sakıncalar doğuracaktır.

B. Taraf Rızasının Aranması Açısından Karşılaştırma ve Değerlendirmeler

İsviçre ZPO 2025 revizyonuyla kanuna dahil edilen videokonferans yöntemi ile Türk hukukunda 7251 sayılı Kanun değişikliğiyle son şeklini alan HMK m. 149 hükmü karşılaştırıldığında, dikkati çeken önemli farklardan biri taraf rızasına ilişkindir. İsviçre hukukunda, videokonferans yoluyla duruşma yapılabilmesi için tüm tarafların rızası şarttır²¹². *Kanaatimizce* İsviçre ZPO Art. 141a Abs. 1'de öngörülen tarafların rızasını arayan düzenleme taraf iradesine ve adil yargılama hakkına sıkı sıkıya bağlı kalındığını göstermektedir. ZPO Art. 141a'da düzenlenen videokonferans yöntemi bakımından her iki tarafın rızasının aranması, duruşmaların adil bir biçimde yürütülmesi ve usuli güvencelerin tam anlamıyla sağlanabilmesi bakımından önem taşımaktadır.

HMK m. 149'un ilk halinde de tıpkı ZPO Art. 141a hükmünde olduğu gibi ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası bakımından her iki tarafın rızasının alınması şartı getirilmekteydi²¹³. Doktrinde taraf rızasının aranmasının doğrudanlık ilkesinin bir gereği olduğu, hâkimin delilleri doğrudan doğruya ve tarafların huzurunda değerlendirmesi gerektiği ileri sürülmekteydi²¹⁴. Ancak bu şart, özellikle husumetli tarafların birlikte rıza göstermelerini zorlaştırdığı için e-Duruşma yolunun önünü tıkayan bir unsur olarak görülmekteydi²¹⁵.

Türk hukukunda e-Duruşma yöntemi için tüm tarafların rızasını arayan yaklaşım 7251 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte terk edilmiştir²¹⁶. Şu an için

²¹⁰ Bkz.: CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1318ff.

²¹¹ Aynı yönde bkz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Değerlendirme**, s. 278.

²¹² SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 2.

²¹³ GAYRETLİ AYDIN, s. 2114.

²¹⁴ KALE, Serdar, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m. 149), **MİHDER**, S. 25, Y. 2013, s. 144.

²¹⁵ GAYRETLİ AYDIN, s. 2115.

²¹⁶ Bkz.: yuk. II, A, 3.

Türk hukukunda e-Duruşma bakımından HMK m. 149/f. 1 uyarınca tek taraflı talep yeterli kabul edilmekte ve karar hâkimin takdirine bırakılmaktadır²¹⁷. Böylelikle, HMK m. 149/f. 1 ile tarafların sadece birinin talebi üzerine mahkemenin takdiriyle e-Duruşma kararı verilebileceği düzenlenmektedir²¹⁸. Böylelikle, tek taraflı talep üzerine mahkemenin e-Duruşma kararı verebilmesi mümkün kılınmaktadır. Ancak, bu durum HMK m. 149 kapsamında e-Duruşma uygulamasının kanun koyucu tarafından daha fazla mahkeme inisiyatifine bırakıldığını göstermektedir²¹⁹. Zira, mahkeme, her iki tarafın menfaatini, yargılama ilkeleri ile bilhassa doğrudanlık ilkesini dikkate alarak e-Duruşma talebi hakkında karar verecektir²²⁰. Özellikle silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, HMK m. 149/f. 1 hükmünde öngörülen taraflardan birinin talebi üzerine e-Duruşma yoluna müracaat edilebilmesi imkânı taraflar arasındaki dengeyi bozacak nitelikte sonuçlar doğurabileceği için eleştirilebilmektedir²²¹. Oysaki İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile ZPO Art. 141a hükmünde öngörülen videokonferans yöntemi bakımından taraflardan birinin talebi yeterli olmayıp her iki tarafın muvafakati aranmaktadır²²².

Kanaatimizce HMK m. 149/f. 1’de taraflardan yalnızca birinin talebiyle ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılabilmesinin mümkün kılınması e-Duruşma yönteminin uygulanabilirliğini artırma potansiyeline sahip olsa da taraflar arasındaki usûlî dengeyi bozabilecek ve yargılamada eşitlik, doğrudanlık, aleniyet ilkelerini riske atabilecek nitelikte olması sebebiyle eleştirilebilmektedir²²³.

C. Üstün Gelen Kamusal veya Özel Menfaatlerin Bulunmaması Şartının Aranması Bakımından Farklılık Bulunması

İsviçre ZPO 2025 revizyonuyla birlikte Art. 141a Abs. 2 ve Art. 170a hükümlerinde yer alan düzenlemeler, videokonferans uygulamasının istisnai du-

²¹⁷ ÖZTEK, s.653; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s.119; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 275; TORAMAN, s. 488.

²¹⁸ ÖZTEK, s. 653; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 275; TORAMAN, s. 488.

²¹⁹ TANRIVER, Süha, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 2024, s. 802.

²²⁰ ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119.

²²¹ Doktrinde, farklı gerekçelerle aynı yönde bir görüş için bkz.: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 275-276.

²²² SPUHLER, *KUKO-ZPO Art. 141a*, N. 2.

²²³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 276.

rumlarda kamusal veya özel menfaatler çerçevesinde sınırlandırılabileceğini açıkça ortaya koymaktadır²²⁴. Buna göre, ZPO Art. 141a Abs. 2 uyarınca, tarafların şahsen duruşmalarda hazır bulunmalarının zorunlu olduğu hallerde, ses ve görüntülü iletişim araçlarının kullanılabilmesi yalnızca tarafların rızasıyla değil, aynı zamanda *üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin bulunmaması* şartına da bağlıdır²²⁵. Benzer şekilde, tanıkların videokonferans yoluyla dinlenmesine ilişkin ZPO Art. 170a hükmü de özellikle tanığın güvenliğini tehdit eden veya ciddi nitelikteki menfaatlerin varlığında bu yönetime başvurulamayacağını öngörmektedir²²⁶. *Kanaatimizce* bu düzenlemeler ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım bakımından yalnızca tarafların rızasına dayanmakla yetinmeyip, hukuki koruma düzeyini bir adım daha ileriye taşıyarak kamu düzeni ve bireylerin özel menfaatlerini gözetken çift taraflı bir denetim mekanizması oluşturmaktadır. Böylelikle, İsviçre ZPO'da dijitalleşmenin sunduğu imkânlarla rağmen, adil yargılanma hakkı ile kişilik haklarının korunması arasında hassas bir denge kurulması amaçlanmaktadır.

Türk hukukunda ise, 7251 sayılı Kanunla değiştirilen HMK m. 149 hükmü incelendiğinde benzer bir “*üstün gelen kamusal veya özel bir menfaatin bulunmaması*” şartına yer verilmediği görülmektedir. HMK m. 149/f. 1 uyarınca taraflardan birinin talebi yeterli görülmuş olup mahkemenin bu talebi kabul etmesi halinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası mümkün kılınmıştır²²⁷. HMK m. 149'da taraf rızasına ek olarak üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin varlığını araştırma veya bu yönde bir denge gözetme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Aynı şekilde HMK m. 149/f. 2'de tanık, bilirkişi veya uzmanın dinlenmesinde de bu tarz bir istisnai menfaat sınırlamasına yer verilmemiştir²²⁸. Dolayısıyla, İsviçre ZPO'da dijital araçların kullanımına sınırlayıcı bir etki yapan *üstün gelen kamusal veya özel menfaatin bulunmaması* şartı HMK'da bulunmamaktadır. Bu durum, e-Duruşma uygulamalarının kapsamı ve sınırları bakımından iki hukuk sistemi arasında önemli bir yaklaşım farkını ortaya koymaktadır. İsviçre ZPO'da e-Duruşmanın uygulanabilirliği, yalnızca teknik uygunluk ve taraf rızası ile değil, aynı zamanda temel hakların korunmasına yönelik bir denge denetimiyle de güvence altına alınmıştır.

²²⁴ ZPO Art. 141a Abs. 2 bakımından bkz.: DOMEJ, s. 488; SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 3; ZPO Art. 170a bakımından bkz.: WEBER, **ZBJV**, s. 396.

²²⁵ DOMEJ, s. 488; SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 3.

²²⁶ WEBER, **ZBJV**, s. 396.

²²⁷ ÖZTEK, s. 653; ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 119; TORAMAN, s. 488; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76.

²²⁸ Bkz. HMK m. 149/f. 2.

Kanaatimizce Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım benimsenmeli ve HMK m. 149 hükmüne tarafların talebi ve rızası dışında ayrıca üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin bulunmaması şeklinde bir şart eklenmelidir. Bu sayede, şiddet mağduru bir tanığın, travmatik etkilerden korunması ya da kamusal güvenliğin tehlikeye girmemesi gibi nedenlerle e-Duruşma yapılmaması gereği doğduğunda, mahkemeler bu durumu yasal bir zeminde gerekçelendirme imkânına kavuşmuş olacaktır. Ayrıca hem taraf hakları hem de kamusal menfaatler arasında daha hassas ve dengeli bir usûl uygulaması sağlanabilecektir.

D. İsviçre Federal Konsey Yönetmeliği (VEMZ) ve Türk Hukukunda e-Duruşma Yönetmeliği Ekseninde Teknik Standartların Hukuki Nitelikleri Açısından Karşılaştırılması

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile ilk kez düzenlenen videokonferans yöntemi açısından ZPO'nun 141b Abs. 3 hükmüyle teknik ve hukuki güvenlik standartlarının Federal Konsey tarafından çıkartılacak olan düzenleyici işlemlerle tamamlanacağı belirtilmiştir²²⁹. Gerçekten de İsviçre Federal Konseyi tarafından çıkartılan 16.10.2024 tarihli Yönetmelik (VEMZ) veri güvenliği, sunucu konumu, şifreleme ve belgelerin elektronik sunumu gibi teknik hususlara dair ayrıntılı düzenlemeler içermektedir²³⁰.

Türkiye'de ise, HMK m. 149 hükmünde e-Duruşma yöntemi genel hatlarıyla düzenlemekle birlikte, uygulamaya dair teknik kriterler, kamuya açıklığının sağlanması ve usûlî güvenceler gibi birçok önemli husus yönetmelik gibi ikincil düzenlemelere bırakılmıştır²³¹. Görüldüğü üzere, e-Duruşmaya dair ayrıntılar, kanun hükmü yerine büyük ölçüde alt düzenleyici işlem niteliğindeki e-Duruşma Yönetmeliği ile belirlenmiştir²³². Buna karşılık, özellikle, ses ve görüntü naklinin güvenliği, kayıt yasağı, belge paylaşım imkânları, sunucuların konumu ve veri iletim güvenliği gibi konuların yönetmelik düzeyinde değil, kanun seviyesinde açıkça düzenlenmesi gerekmektedir²³³.

Türk hukukunda HMK m. 149'da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin sadece genel esasların düzenlenerek önemli ayrıntıların çoğunlukla

²²⁹ CHEVALLEY/SEILER, ZPO Art. 141b, N. 10.

²³⁰ VEMZ hakkında bkz.: STURNY/ZENDELI, s. 17; WEBER, ZZZ, s. 374; HUBER-LEHMANN, s. 329; CHEVALLEY/SEILER, ZPO Art. 141b, s. 1314-1315.

²³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 278.

²³² KIYAK, s. 1464; ARSLAN, *Duruşma*, s. 741-742; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 278; VAROL KARAOSMANOĞLU, s. 76.

²³³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 278.

yönetmeliğe bırakılması *kanaatimizce* normlar hiyerarşisi açısından uygulama belirsizliklerine yol açmakta ve düzenlemenin yargılama güvenceleriyle ilişkisini zayıflatmaktadır.

E. Çocukların Dinlenmesi Konusunda Düzenleme İçerip İçermemesi Bakımından Karşılaştırma

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile çocukların videokonferans yöntemiyle dinlenmesi bakımından ZPO Art. 298 hükmünde yasaklayıcı şekilde bir düzenleme getirilmiştir²³⁴. Buna göre, İsviçre ZPO Art. 298 hükmüne çocukların dinlenmesi bakımından “*Ses ve görüntü nakli için elektronik araçların kullanılması yasaktır*” şeklinde bir ifade eklenmiştir.

İsviçre ZPO Art. 298’da gerçekleştirilen değişiklikle getirilen çocukların videokonferans yöntemiyle dinlenmesini yasaklayan hüküm çocuğun korunması ve ifadesinin güvenli ortamda alınması amacıyla önemlidir. Ayrıca, ZPO Art. 298’de öngörülen bu düzenleme çocuğun üstün yararının korunması ve psikolojik güvenliğinin sağlanması bakımından ehemmiyet taşır. Bu sayede, yargılamada dijital araçların kullanılabilirliği ile hassasiyet gerektiren konular arasında ince bir denge kurulmaya çalışılmıştır.

Türkiye’de ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında benzer bir düzenleme bulunmamaktadır²³⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda çocukların e-Duruşma yöntemiyle dinlenemeyeceğine ilişkin özel bir kanun hükmüne yer verilmemesi *kanaatimizce* önemli bir kanuni boşluk teşkil etmektedir. Bu sebeple, HMK’da öncelikle İsviçre ZPO Art. 298’deki gibi çocukların dinlenme-

²³⁴ JENNY/ABEGG, **OFK-ZPO Art. 141a**, N. 11.

²³⁵ Oysaki, çocuğun dinlenmesi (katılım hakkı), temelini Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden alan bir husustur (ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı**, Beta Basım, İstanbul, 2020, s. 108; COŞKUN ÇUVALOĞLU, Feyza, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Medeni Yargılamada Çocuğun Katılım Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 14 vd.). Çocuk hakları konusunda Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerden biri, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*”dir. Diğeri ise “*Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*”dir. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12’nci maddesinde, adli merciler önünde çocuğun dinlenmesi düzenlenmiştir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3’üncü maddesine göre ise, yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun, adli merciler önünde dinlenebileceği düzenlenmiştir. Her iki sözleşme de Türkiye açısından yürürlükte olup iç hukukun parçası haline gelmiştir. Görüldüğü üzere, Türkiye’nin taraf olduğu çocuk haklarına dair uluslararası sözleşme hükümleri gereğince, çocuk doğrudan doğruya kendisini ilgilendiren meseleler hakkında görülmekte olan bir davada kendi görüşlerini ifade etmek ve kararlarının olası sonuçları hakkında bilgilendirilme hakkına sahiptir. İsviçre gibi ülkelerde çocuğun dinlenmesine ilişkin İsviçre ZPO Art. 298’de ayrıca düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. *Kanaatimizce*, Türkiye’de Hukuk Muhakemeleri Kanununda bu yönde bir usuli düzenleme yapılması gerekmektedir.

sine özgü bir düzenleme yapılmalıdır. HMK'ya eklenecek olan bu yeni düzenlemede aynı zamanda İsviçre ZPO Art. 298'de öngörülen şekilde çocukların ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenemeyeceğine ilişkin açık ve emredici bir ifadeye yer verilmelidir. Böylelikle, İsviçre ZPO Art. 298 örneğinde olduğu gibi çocukların videokonferans yoluyla dinlenmesinin yasak olduğu açıkça kanunda düzenlenerek şu anki uygulamamızda²³⁶ olan şekilde çocukların sadece yüz yüze dinlenebileceğine ilişkin HMK'da da bir hüküm getirilmesi, çocuk dostu yargılama anlayışının güçlenmesine katkı sağlayacağı için *kanaatimizce* daha isabetli olacaktır.

F. Mahkemelerin e-Duruşma Taleplerini Gerekçelendirme Yükümlülükleri Açısından Değerlendirmeler

Türk hukukunda HMK m. 149'da öngörülen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası 7251 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerden sonra önemli ölçüde gelişmiş olsa da uygulamada karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, mahkemelerin e-Duruşma taleplerine yönelik tutumlarında görülen farklılık ve keyfiyet konusundadır²³⁷. HMK m. 149 hükmünde, mahkemelere e-Duruşma taleplerini kabul edip etmeme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanınmakla birlikte, bu takdirin hangi esaslara göre kullanılacağı ve ret kararlarının gerekçelendirilmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK m. 149/f. 1 hükmünde sadece *“Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafların veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.”* denilmek suretiyle genel bir esasa yer verilmiştir. Bu durum, aynı yasal çerçeveye rağmen farklı mahkemelerde aynı talep hakkında birbirinden tamamen farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu durum ise hem uygulama birliğini zedelemekte hem de tarafların adil yargılanma hakkı bakımından hukuki öngörülebilirlik beklentisini boşa çıkarmaktadır.

²³⁶ Türk Hukukunda doktrinde, davaya bakan hâkimin çocuğu dinlemesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür (OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı” Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1228; AKKAYA, Tolga: *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 315; TUNCER KAZANCI, İdil: “Hukuki Dinlenme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi”, *AndHD*, C. 9, S. 1, 2023, s. 72). Uygulamamızda ise, çocuğun dinlenmesi, davaya bakan hâkim tarafından gerçekleştirilmektedir. Hâkim, mahkemede görevli psikolog, pedagog gibi uzmanlar eşliğinde çocuğu dinleyebilir ve görüşlerini alabilir. Burada esas olan, çocuğun yaşına, kavrama gücüne ve olgunluk düzeyine uygun bir yöntemle görüşünün alınmasıdır. Ayrıca, hâkimin karar vermesi bakımından önem arz eden hususlarda çocuğun uzman kişiler tarafından dinlenmesi, hem çocuğun kendisini daha rahat ifade etmesini sağlar hem de sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına imkân tanır.

²³⁷ Bkz.: yuk. II, C.

HMK m. 149'da e-Duruşma konusunda ayrıntılı şartların düzenlenmemesi, mahkemelerin bu husustaki talepleri değerlendirme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olmaları ve nihayetinde mahkemelerce gerekçe gösterilmeksizin e-Duruşma taleplerinin reddedilmesi, HMK m. 27'de öngörülen “*adil yargılanma hakkı*” ve “*silahların eşitliği*” ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Zira e-Duruşma yöntemi, birçok durumda vekillerin ve tarafların makul sürede yargılanma, adalete erişim ve etkin katılım haklarını doğrudan ilgilendirmektedir. Mahkemelerin bu konuda ret kararı verirken teknik, usuli ve dosyanın özelliklerine göre somut gerekçelere dayanması hem kararın denetlenebilirliğini sağlayacak hem de keyfi uygulamaların önüne geçecektir.

İsviçre ZPO'da konunun nasıl ele alındığı ise dikkat çekicidir. Zira, İsviçre ZPO Art. 141a, 141b ve 170a hükümleriyle mahkemelere videokonferans yöntemi konusunda açık ve ayrıntılı bir kanuni çerçeve sunulmaktadır²³⁸. Bu doğrultuda, mahkeme kanunda aksi öngörülmedikçe tüm tarafların rızasının bulunması şartıyla, sözlü usul işlemleri bakımından özellikle ses ve görüntü nakline imkân veren elektronik araçları kullanmak suretiyle duruşma icrasına karar verebilecektir²³⁹. Ayrıca, tarafların şahsen duruşmada hazır bulunmalarının öngörüldüğü hâllerde, elektronik araçların kullanımı bakımından ancak tarafların rızasıyla ve üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin buna engel teşkil etmemesi şartıyla videokonferans yönteminin mümkün olduğu ZPO Art. 141a Abs. 2 hükmünde düzenlenmiştir²⁴⁰. Görüldüğü üzere, mahkemelere tanınan videokonferans yoluyla duruşma yapma imkânı bakımından ZPO Art. 141a Abs. 2'de sadece tarafların rızası yeterli olmamakta, buna ek olarak aynı zamanda üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin de bulunmadığının mahkemece değerlendirilmesi gerektiği bir şart olarak aranmaktadır²⁴¹.

İsviçre uygulamasında mahkemeler ZPO kapsamında videokonferans yoluyla duruşma icrasına karar verirken veya böyle bir talebi reddederken Art. 141a ile Art. 141b'deki şartlara göre hareket etmek ve kararlarını bu kriterlere dayandırmak zorundadır. Bu durum, mahkemelerin takdir yetkisini sınırlandırmamakta aksine mahkemelere tanınan yetkinin belirli esaslar çerçevesinde kullanılmasını yönlendirmekte ve denetlenebilir bir hale getirmektedir.

²³⁸ MATTHYS/SANTEN, s. 133.

²³⁹ Art. 141a Abs. 1 ZPO.

²⁴⁰ Art. 141a Abs. 2 ZPO.

²⁴¹ ZPO Art. 141a Abs. 2 bakımından bkz.: DOMEJ, s. 488; SPUHLER, **KUKO-ZPO Art. 141a**, N. 3; ZPO Art. 170a bakımından bkz.: WEBER, **ZBJV**, s. 396.

Türk hukukunda da HMK m. 149 kapsamında taraflarca açıkça talepte bulunulması durumunda, mahkemenin e-Duruşma talebini reddetmesi ancak makul, ölçülü ve somut olaya özgü gerekçelere dayanması ihtimalinde kabul edilebilir bir uygulama olacaktır. Aksi takdirde, mahkemelerin keyfî ret kararları, tarafların etkili bir şekilde yargılamaya katılma haklarını zedeleyecek, usul ekonomisi ve yargının dijitalleşme hedefleriyle çelişecektir.

G. Kişisel Verilerin Korunması, Kayıtların Hukuki Niteliğinin Netleştirilmesi ve Teknik Konulara İlişkin Açıklık Getirilmesi Bakımından Karşılaştırma

Türk hukukunda e-Duruşma uygulaması, HMK m. 149 ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan e-Duruşma Yönetmeliği ile yasal bir çerçeveye kavuşturulmuş olmakla birlikte, ses ve görüntü kayıtlarının hukuki niteliği, kişisel verilerin korunması gibi konular halihazırda bazı açılardan tartışmalıdır. Mevcut düzenlemeler, bu hususları belirli ölçülerde kapsasa da kanun düzeyinde daha açık ve sistematik hükümlere ihtiyaç duyulduğu açıktır.

İsviçre ZPO Art. 141b Abs. 1 (b) uyarınca, tanıkların dinlenmesi, tarafların sorgulanması, delil niteliğindeki beyanlar ve kişisel dinleme işlemleri ile ilgili olarak kayıt yapılması zorunludur²⁴². Oysaki, Türkiye’de HMK m. 149 hükmü e-Duruşma uygulamasına ilişkin genel bir çerçeve sunsa da hangi hallerde kayıt alınacağına dair bir düzenleme içermemektedir. HMK m. 149’da öngörülen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası bakımından kayıt alınması hususu daha çok fiziki duruşma düzenini hükme bağlayan HMK m. 153 ile ilişkilendirilmektedir. *Kayıt ve yayın yasağı* kenar başlıklı HMK m. 153 hükmünde duruşma sırasında fotoğraf çekilemeyeceği aynı zamanda hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamayacağı açıkça düzenlenmektedir²⁴³. Ancak, bahsi geçen düzenlemede dava dosyasında saklı kalmak şartıyla “*yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde*” mahkeme tarafından kayıt yapılabileceği de öngörülmektedir²⁴⁴. E-Duruşma uygulaması, mahkeme huzurunda yapılan duruşma ile aynı hukuki sonuçları doğurduğu²⁴⁵ için söz konusu istisna, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası bakımından da uygulanabilir niteliktedir²⁴⁶. Ayrıca, e-Duruşma

²⁴² CHEVALLEY/SEILER, ZPO Art. 141b, N. 50. Bkz.: yuk. I, C, 1, c.

²⁴³ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 113; KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 492; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2023, s. 442.

²⁴⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.113; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 442; ARSLAN, **E-Duruşma**, s. 219.

²⁴⁵ E-Duruşma Yönetmeliği m. 13/f. 1.

²⁴⁶ ARSLAN, **E-Duruşma**, s. 220.

Yönetmeliği m. 14/f. 2 ile de “e-Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece kayıt yapılabilir. Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 286ncı maddesi hükümleri uygulanır” şeklinde bir hüküm getirilerek kanun düzeyinde olmasa da kayıt yasağı açıkça ifade edilmiştir²⁴⁷.

Uygulamada da e-Duruşmaya katılmak isteyen taraflara, duruşma sırasında her türlü ses ve görüntü kayıt veya nakil cihazının kullanılamayacağına dair bir bilgilendirme metni gönderilmekte ayrıca bu metnin kabul edilmesi e-Duruşmanın icrası için bir ön koşul olarak kabul edilmektedir.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım sırasında kayıt yasağının istisnaları ise e-Duruşma Yönetmeliği’nin “kayıt alınması ve saklanması” kenar başlıklı 15’inci maddesinde öngörülmektedir²⁴⁸. Buna göre, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde gerekçesi de belirtilerek e-Duruşmanın mahkeme kararıyla kayıt altına alınabileceği düzenlenmektedir. Ayrıca, bu kayıtların Merkezi Kayıt Sisteminde iki hafta süreyle saklanacağı ve sürenin sonunda geri döndürülecek şekilde silineceği hükme bağlanmaktadır²⁴⁹. Bununla birlikte, söz konusu kayıtların ne şekilde ve hangi delil rejimine tabi olacağı, duruşma tutanakları karşısındaki hukuki değeri ve bağlantı sorunları durumunda yargılamanın geçerliliği gibi konularda HMK seviyesinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yine, aynı yönetmeliğin 13. ve 14’üncü maddeleri, ses ve görüntü naklinde yaşanacak teknik kesintiler karşısında e-Duruşmanın yeniden açılabilirliğini ve gerekirse sonlandırılabilirliğini düzenlemektedir²⁵⁰. Ancak, bu durumun tarafların hak kaybına sebep olmaması ve adil yargılanma hakkını zedelememesi için usuli güvencelere daha fazla vurgu yapılması gerekmektedir. Örneğin, teknik kesinti sonrasında duruşmanın hangi aşamadan itibaren tekrar edileceği, kesinti sırasında alınan beyanların geçerliliği ve tarafların bu hususta itiraz hakkına

²⁴⁷ İsviçre ZPO’da hangi hallerde kaydın zorunlu olduğu, hangi hallerde hâkimin takdirine bırakıldığı açıkça belirtilmiştir. Türk hukukunda ise e-Duruşma Yönetmeliği, hâkime geniş bir takdir alanı bırakmıştır; fakat bu alanın sınırları net bir şekilde çizilmemektedir. Bu durum uygulamada farklılıklar ve öngörülemezlik sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla buradaki temel sorun e-Duruşma konusundaki kayıt yapılması yetkisinin kanun düzeyinde daha belirgin ölçütlerle sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğine ilişkindir. Bu bağlamda, kanaatimizce, hangi işlemlerde kaydın zorunlu olduğu hangi işlemlerde hâkimin takdirine bırakıldığı kanunda açıkça düzenlense hem adil yargılanma hakkı hem de uygulamada yeknesaklık sağlanması açısından daha güçlü şekilde teminat altına alınmış olacaktır.

²⁴⁸ ARSLAN, E-Duruşma, s. 220.

²⁴⁹ E-Duruşma Yönetmeliği m.15.

²⁵⁰ Bkz. E-Duruşma Yönetmeliği m. 13, m. 14.

ilişkin açık kurallar getirilmesi *kanaatimizce* adil yargılanma hakkının korunması bakımından önemlidir.

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile getirilen ZPO Art. 141b hükmü, bu meseleleri doğrudan düzenlemiştir²⁵¹. Tanıkların dinlenmesi, tarafların sorgulanması, delil niteliğindeki beyanlar ve kişisel dinleme işlemleri ile ilgili olarak kayıt yapılması zorunlu kılınmış; diğer durumlarda ise duruşmaların kayıt altına alınmasına ancak belli koşullarda izin verilmiştir²⁵² (ZPO Art. 141b Abs. 1 (b)). Ayrıca, ZPO Art. 141b Abs. 1 (c)'de “*Kişisel verilerin korunması ve veri güvenliği temin edilmelidir*” şeklinde açık bir düzenleme getirilmiştir²⁵³. Görüldüğü üzere, İsviçre ZPO'da videokonferans yoluyla duruşma icrasında kayıt altına alınacak olan hallerin neler olduğu, veri güvenliği ve kişisel verilerin korunması hususları kanun düzeyinde teminat altına alınan meselelerdir²⁵⁴. Ayrıca, bu alandaki teknik standartlar ile veri koruma önlemlerinin nihai belirleyicisinin Federal Konsey olduğu ZPO Art. 141b Abs. 3 hükmünde açıkça düzenlenmiştir²⁵⁵. Gerçekten de 16.10.2024 tarihli VEMZ isimli Yönetmelikte aktarımın uçtan uca şifrelenmesi²⁵⁶, verilerin yalnızca İsviçre veya AB üyesi ülkelerde bulunan sunucularda saklanması²⁵⁷, belgelerin güvenli şekilde paylaşılması ve mahkeme sürecinde hangi kayıtların alınabileceği gibi teknik detaylar açıkça düzenlenmiştir²⁵⁸.

Bu çerçevede, İsviçre ile Türkiye arasında kayıt zorunluluğu ve teknik altyapı standartlarının düzenlenme şekli bakımından önemli farklar mevcuttur. Her iki hukuk sistemi karşılaştırıldığında, Türkiye'de e-Duruşma Yönetmeliği teknik altyapı konusunda önemli düzenlemeler içerse de İsviçre'deki kadar sistematik bir yapıyı henüz kanun düzeyinde oluşturamamıştır. Örneğin, Türkiye'de e-Duruşma Yönetmeliği m. 15/f. 1'de kayıt yapılması istisnai bir duruma bağlanmış ve sadece yargılamanın zorunlu kıldığı hallerle sınırlanmıştır²⁵⁹. Oysaki, yargılamanın zorunlu kıldığı haller kriteri oldukça muğlaktır. Ayrıca, bu husus-

²⁵¹ CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1318ff.; WEBER, **ZBJV**, s. 396.

²⁵² WEBER, **ZBJV**, s. 396; CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1318ff.

²⁵³ HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1183.

²⁵⁴ WEBER, **ZBJV**, s. 396.

²⁵⁵ CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, N. 10; HONEGGER-MUNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, **ZPO** (2/2), s. 1183.

²⁵⁶ Art. 3, Abs. 1, (b) VEMZ.

²⁵⁷ Art. 3, Abs. 1, (a) VEMZ.

²⁵⁸ STURNY/ZENDELI, s.17; WEBER, **ZZZ**, s. 375; HUBER-LEHMANN, s. 329; CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1314-1315.

²⁵⁹ ARSLAN, **E-Duruşma**, s. 220.

taki detaylar, alt düzenleyici işlem niteliğindeki e-Duruşma Yönetmeliği'nde yer almakta olup normlar hiyerarşisi bakımından uygulama birliğini zedeleme riski taşımaktadır. Türk hukukunda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası bakımından teknik standartların ve veri güvenliği koşullarının sadece yönetmelikte düzenlenmesi, sistemin bütüncül güvenliğini sağlama açısından yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. İsviçre'de ise, hangi usuli işlemlerde kayıt zorunluluğunun var olduğu ZPO Art. 141b Abs. 1 (b) hükmünde açıkça öngörülerek kanuni zemine oturtulmuştur²⁶⁰.

Türk hukukunda e-Duruşma yönteminin sürdürülebilir ve güvenli bir yargılama aracı haline getirilebilmesi için *kanaatimizce* özellikle e-Duruşma sırasında alınan kayıtların hangi işlemlerde zorunlu olacağı, hangi işlemlerde mahkemenin takdirine bağlı kalacağı alınan kayıtların hukuki değeri, duruşma tutanağı karşısındaki konumu ve delil olarak kullanılma şartları konularında kanun seviyesinde düzenlenmeler getirilmesi gerekmektedir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığı'nın ve mahkemelerin yükümlülükleri ayrı bir başlık altında ayrıntılı bir şekilde ele alınmalıdır. Ayrıca, e-Duruşma sisteminde güvenli veri işleme ve merkezi kayıt sisteminin işleyişine ilişkin teknik kurallar, uygulamada yeknesaklığı sağlamak adına düzenli olarak yayımlanmalı ve kamuoyuyla paylaşılmalıdır. Yine, Türk hukukunda HMK m. 149'da tıpkı, ZPO Art. 141b Abs. 1(c)'deki gibi "*Kişisel verilerin korunması ve veri güvenliği temin edilmelidir*" şeklinde bir düzenlemenin e-Duruşma özelinde getirilmesi gerektiği açıktır.

E-Duruşma uygulamasının sadece teknik bir imkân olarak değil, aynı zamanda usuli güvenceleri içinde barındıran bütüncül bir yargılama aracı olarak kurumsallaştırılabilmesi için Türk hukukunda kanun düzeyinde açık standartlara ihtiyaç vardır. Bu kapsamda, İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile getirilen hükümler Türkiye'de e-Duruşmaya ilişkin düzenlemelerin güçlendirilmesine yönelik önemli bir model teşkil etmektedir. Bu doğrultuda, HMK m. 149 hükmü ile e-Duruşma Yönetmeliği'nin birlikte ele alınarak kişisel veri ihlallerinden etkilenmeden sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi hedeflenmelidir.

SONUÇ

Dijitalleşen yargılama süreçleri, modern hukuk sistemlerinin kaçınılmaz dönüşüm alanlarından biri haline gelmiştir. Bu bağlamda hem İsviçre hem de Türkiye örnekleri farklı kanuni zeminlerde gelişmiş olsalar da sesli ve görüntülü

²⁶⁰ WEBER, **ZBJV**, s. 396; CHEVALLEY/SEILER, **ZPO Art. 141b**, s. 1318ff.

iletişimin yargılama süreçlerine entegrasyonunun taşıdığı önemi açıkça ortaya koymaktadırlar. Bu dönüşüm, sadece teknik araçların yargılamaya dahil edilmesiyle sınırlı kalmamakta, aynı zamanda usûle ilişkin kanuni çerçevenin tekrardan yapılandırılmasını gerektirmektedir.

Türk hukukunda e-Duruşma uygulamaları her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden bu yana m. 149'da düzenlenerek yasal bir zemine kavuşmuş olsa da işlerlik kazanması zaman alan bir uygulama olmuştur. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 01.01.2025 yılında geçirdiği revizyon dijital yargılama araçlarının yalnızca pratik bir çözüm değil, aynı zamanda sistematik ve öngörülebilir bir yargılama modeli olarak düzenlenebileceğini ortaya koymaktadır.

İsviçre ZPO 2025 revizyonu ile getirilen ZPO Art. 141a, ZPO Art. 141b ve ZPO Art. 170a hükümleri, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını sadece bir kolaylık olarak değil, aynı zamanda tarafların rızası, üstün gelen kamusal veya özel menfaatlerin varlığının bulunmaması, kayıt zorunluluğu olan hallerin açıkça sayılması, veri güvenliği ve çocukların korunması gibi kuralları doğrudan kanunda düzenleyen, usule bağlı sistematik bir kurum olarak kurgulamaktadır. Bu ayrıntılı düzenlemeler, dijital ortamda dahi adil yargılanma hakkının tam olarak korunmasını hedeflemektedir. Buna karşılık, HMK m. 149 hükmü, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin genel bir çerçeve sunmakla birlikte, teknik ve hukuki standartları kanun düzeyinde güvenceye bağlamaktan uzak kalmaktadır. Böylelikle, Türk hukukunda e-Duruşma uygulamasına ilişkin önemli usuli meseleler bu hususta çıkartılan yönetmelikle düzenlenmektedir.

Türk hukukunda e-Duruşma uygulamasının daha ileriye gitmesi için HMK m. 149 hükmü yeniden yapılandırılmalı, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılım bakımından kayıt zorunluluğu, kişisel verilerin korunması ve çocukların bu yöntemle duruşmada dinlenmelerinin yasak olduğu gibi konular kanun düzeyinde ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Ayrıca, mahkemelere e-Duruşma taleplerini gerekçelendirme yükümlülüğü getirilerek uygulamada keyfiliğin önüne geçilmelidir.

Sonuç olarak, e-Duruşma uygulamasının Türk hukuk sistemine etkili ve güvenli bir şekilde entegre edilebilmesi, teknik altyapıdan başka, kanuni güvenceler ve uygulama standartlarının açıkça belirlenmesi ile mümkündür. Bu doğrultuda, İsviçre ZPO 2025 revizyonu, Türk medenî usûl hukukunun dijitalleşme sürecinde sistematik ve ayrıntılı bir model öngörmesi bakımından dikkate değer düzenlemeler getirmektedir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Tolga: **Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Bs., İstanbul, Beta Basım, 2011.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 10. Bası, Yetkin, Ankara, 2024.
- ARSLAN, Aziz Serkan, **Hukuk Yargılamasında Videokonferans Yöntemi (E-Duruşma) (HMK M. 149)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023 (*E-Duruşma*).
- ARSLAN, Aziz Serkan, “Ses ve Görüntü Nakli Yolu ile Duruşma ve Uygulamasının Değerlendirilmesi”, **AD**, S. 71(2), 2023, s. 739-767 (*Duruşma*).
- ARSLAN, Aziz Serkan, “Doğrudanlık İlkesi”, **SDÜHFD**, MİHBİR Özel Sayısı, 4(2), 2014, s. 133-144 (*Doğrudanlık*).
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı**, Beta Basım, İstanbul, 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2023.
- BACHOFNER, Eva, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025.
- BIERI, Marjolein/BOLLINGER-BÄR, Roxana, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkommentar**, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023.
- BLONSKI, Dominika, “Entwicklungen im Datenschutzrecht | Le point sur le droit de la protection des données”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 117, Heft 19, 2021, s. 918-921.
- BORLA-GEIER, Eva, **OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023.

- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, “7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, **İBD**, C. 94, S. 5, 2020, s. 15-50 (*Değişiklikler*).
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2023 (*Usul*).
- BURRI, Marga, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025.
- CHEVALLEY, Cyrill A. H./SEILER, Benedikt: **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025.
- COŞKUN ÇUVALOĞLU, Feyza, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Medeni Yargılamada Çocuğun Katılım Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÇİFTÇİ, Pınar, “Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medeni Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler”, **LexperaBlog**, 2020, (s. 1-23) (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, E.T. 03.06.2025.
- DİŞEL, Buse, “İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi” **LexperaBlog**, 2020, (s. 1-6) (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/isvicre-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/>, E.T. 03.06.2025.
- DOMAJ, TANJA, “Videokonferenzen im Zivilprozess”, **Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes**, Heft: 11-12, 2022, s. 486-493.
- DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 143-144, 2016, s. 127-158.
- EICHEL, Florian, “Gerichtsöffentlichkeit bei Videoverhandlungen im Zivilprozess”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, Heft 120, 2024, s. 211-222.
- ENZ, Benjamin V., “Die familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen de lege lata und im Lichte der ZPO-Revision”, **Die Praxis des Familienrechts**, 2022, s. 834-864.
- FLEISCHER, Thomas, **OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023.

- GAYRETLİ AYDIN, Seda, “Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, **DEÜHFD**, C. 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, s. 2101-2126.
- GNOS, Urs P./HOHLER, Dominik/KUMMER, Angela/BRAZEROL, Riccardo, **Gesellschaftsrecht-Entwicklungen 2020**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2021.
- GÖRGÜN, Şanal L./BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin, 2023.
- GUNGERICH, Andreas, “Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes**, Heft 1, 2021, s.13-16.
- GUYAN, Peter: “Art. 170a ZPO - Einvernahme mittels Videokonferenz”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 69, 2025, s. 13-24.
- HONEGGER-MUNTENER Patrick/RUFIBACH, Matthias/SCHUMANN, Julius, “Die Revision der ZPO (1/2:I.-X.)”, **Aktuelle Juristische Praxis**, Heft 10, 2023, s. 1157-1180 (ZPO(1/2)).
- HONEGGER-MUNTENER, Patrick/RUFIBACH, Matthias/SCHUMANN, Julius: “Die Revision der ZPO (2/2:XI.-XX.)”, **Aktuelle Juristische Praxis**, Heft 10, s. 1180-1208 (ZPO(2/2)).
- HUBER-LEHMANN, Melanie, “Änderungen der ZPO per 1. Januar 2025”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 68, 2024, s. 317-340.
- JENNY, Reto M./ABEGG, Mike, **OFK-Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, (Herausgeber: Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023.
- KALE, Serdar, “Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m. 149)”, **MİHDER**, S. 25, Y. 2013, s. 141-154.
- KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KIYAK, Emre, “Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usuli Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 205, Kasım 2021, s. 1453-1502.
- KURT, Nesibe, “Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 599-625.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

- LIENHARD, Andreas/KETTIGER, Daniel, “Justiz in Krisenzeiten - Digitalisierung fördern”, **Recht im Spiegel der NZZ**, Nr. 84, 09.04.2020, s. 8.
- LOTSCHER, Cordula, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025.
- MABILLARD, Ramon, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025.
- MARKUS, Alexander R., “Revision der ZPO - Ende der Übung, wie weiter?”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 63, 2023, s. 219-222.
- MATTHYS, Janis/SANTEN, André, “Technische Störungen bei der Durchführung von Videokonferenzen in Zivilverfahren”, **Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes**, Heft 3, 2025, s. 133-136.
- MIDIK, Barış, “Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler”, **LexperaBlog**, 2020 (s. 1-8) (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, E.T. 03.06.2025.
- MİRZAYEV, Anar, **Medeni Yargılamada E-Duruşma**, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2023.
- MORDASINI-ROHNER, Claudia Maria/BOOG, Severin, “Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierter ZPO”, **Basler Juristische Mitteilungen (BJM)**, 2024, s. 1-7.
- MORET, Sébastien, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkommentar**, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023 (*KUKO-ZPO Art. 6*).
- MURARO, Gaudenz, “Praktische Auswirkungen der ZPO-Revision 2025 im Mietrecht”, **Mietrechtspraxis**, Heft 1, 2025, s. 7-33.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı” **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1219-1242.
- ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, **TBBĐ**, Y. 33, S. 149, 2020, s. 77-151.
- ÖZTEK, Selçuk/NAMLI, Mert, “İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)”, **TBBĐ**, S. 154, 2021, s. 173-228.

- ÖZTEK, Selçuk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28’inci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149’uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler”, **AD**, S. 66, 2021/1, s. 641-655.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, **TBB**, Y. 34, S. 150, 2020, s. 247-299 (*Değerlendirme*).
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 11. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023 (*Usûl*).
- SCHNEIDER, Silas, **Die familienverfahrensrechtlichen Auswirkungen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 17. März 2023**, IMPULSE-Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, (Herausgeber: Cordula Lötscher, Daniela Thurnherr, Wolfgang Wohlers), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2024.
- SCHERRER, Dorothe, “Die Justiz des Kantons Zürich im Banne von «Corona»“, **Causa Spot**, Heft 2, 2020, s. 208-213.
- SIEGENTHALER, Thomas, “ZPO-Revision: Privatgutachten als Beweismittel - Wirkung und Nebenwirkungen”, **Baurecht**, Heft 3, 2024, s. 93-96.
- SPUHLER, Karl, “ZPO-Revision Halbzeit”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, Heft 19, 2021, s. 942-945 (SJZ).
- SPUHLER Karl, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO/Kurzkomentar**, (Herausgeber: Karl Spühler), Schulthess Juristische Medien AG, 2023 (*KUKO-ZPO Art. 141a*).
- STAEHELIN, Daniel/VON MUTZENBECHER, Florence, “Die Revision der ZPO vom 17. März 2023”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, Heft 16-17, 119, s. 815-833.
- STEINER Martina Patricia/BECKER, Andreas, “Der arbeitsrechtliche Prozess - was ändert sich in rund einem Jahr mit der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)?”, **Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes**, Heft 1, 2024, s. 23-28.
- STURNY, Thiemo/ZENDELI, Dzevrije, “Revision der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) per 1. Januar 2025”, **Recht relevant für Verwaltungsräte**, Heft 1, 2025, s. 17 ff.
- SUESS, Cyrill/MEYER Richard M./RECHSTEINER Tamara, “Die Hauptverhandlung im ordentlichen Verfahren”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 63, 2023, s. 276-290.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 2024.
- TIRTIR, Mustafa, “Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi”, **İBD**, C. 94, S. 3, 2020, s. 124-135.

- TORAMAN, Barış, “Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında E-Duruşma”, (Editör: Kemal Şenocak), **Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 459-523.
- TUNCER KAZANCI, İdil: “Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi”, **AndHD**, C. 9, S. 1, 2023, s. 57-80.
- ULUSAN, Banu, “Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **TBB**, (163), 2022, s. 155-189.
- VAROL KARAOSMANOĞLU, Gökçe, “Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, **AndHD**, C. 8, S. 1, 2022, s. 71-92.
- WEBER, Philipp, “Rechtsetzung und Rechtsentwicklungen 2024/2025 - ZPO & SchKG”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 68, 2024, s. 374-381 (ZZZ).
- WEBER, Philipp, “Die ZPO-Revisionsvorlage 2023”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Heft 159, 2023, s. 377-408 (ZBJV).
- WEBER-STECHER, Urs, “Gerichtsverhandlungen mittels Videokonferenz?”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft 56, 2021, s. 705-708.
- WEIBEL, Thomas/SINGH, Prabhjot K., **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Cordula Lötscher, Christoph Leuenberger, Benedikt Seiler), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2025.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil: **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. 3, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ZURCHER, Laura Jessica, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision: Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern?”, **Die Praxis des Familienrechts**, 2024, s. 541-569.

Elektronik Kaynaklar

- <https://www.swisslex.ch/de/>
- <https://beck-online.beck.de/Home>
- <http://www.kazanci.com/>
- <https://www.lexpera.com.tr/>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.admin.ch>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://blog.lexpera.com.tr/>

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2024/577/de>

<https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://tdk.gov.tr/>

Roma Hukuku'nda Konaklama Yeri İşletenlerin Receptum Sorumluluğu^(*)

The Receptum Liability of Innkeepers in Roman Law

Melih ŞEKER^(**)

Öz:

Çalışmamızda Roma Hukuku'nda konaklama yeri işleten kişilerin (*cauponum*) sorumluluklarına ilişkin bir düzenleme olan *receptum cauponum* ele alınmıştır. Roma'da o dönem için temel konaklama işletmesi olan hanların pek de güvenilir yerler olmaması nedeniyle hancı ile müşteri arasındaki *locatio conductio operis*ten (eser sözleşmesi) kaynaklanan sorumluluğa ek olarak *actio de damno aut furto adversus nautas, cauponas, stabularios* ve *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* sorumluluklarının düzenlendiği ve böylece hancıların sorumluluklarının artırıldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Terimlerden de anlaşılacağı üzere söz konusu düzenlemeler sadece han işletenlere yönelik değildi ve gemi işletenler ile ahır işletenleri de kapsamına almaktaydı. *Praetor* beyannameleriyle sağlanan bu korumaların, Roma Hukuku'nda *locatio conductionum* koruyamadığı alana ilişkin olarak geniş bir uygulama imkânı bulduğu ve hanlarda konaklayan kişilerin eşyaları üzerinde önemli bir koruma sağladıkları görülmektedir. Müşterilerin işletmecilere karşı güvenlerinin artırılması ve böylece hancıların müşteri çekebilmesi ve dolayısıyla da ticari ve ekonomik hayata olan etkilerinin sağlıklı bir şekilde devam etmesi için *praetor* tarafından *receptum* adı verilen anlaşma tanınmıştır. Günümüz modern hukuklarında da çoğunlukla Roma Hukuku'nda yer aldığı üzere kusursuz bir sorumluluk olma özelliğini koruyan ve bu nedenle de oldukça önem arz eden düzenleme hukukumuzda kendisine Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 576-580 arasında yer bulmaktadır ve tıpkı Roma'da da olduğu üzere konaklama yeri işletenler ile garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler benzer hükümlerle düzenlenmişlerdir.

(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.06.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 04.08.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1723553

Bu makaleye atıf için: ŞEKER, Melih, "Roma Hukuku'nda Konaklama Yeri İşletenlerin Receptum Sorumluluğu", *İMHFD*, C. 10, S. 2, 2025, s. 1451-1490

Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan "Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Hukuku'nda Receptum Nautarum, Cauponum, Stabulariorum (Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu)" başlıklı doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

(**) Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı;
Doktora Programı Öğrencisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk İstanbul - Türkiye
E-posta: melih.seker@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0001-7596-9084

Anahtar Kelimeler:

Receptum Cauponum, Receptum Nautarum, Receptum Stabulariorum, Pacta Praetoria, Pactum.

Abstract:

In this study, we examine *receptum cauponum*, a regulation in Roman Law concerning the liabilities of innkeepers (*cauponum*). It is understood from the historical sources that due to the generally unreliable nature of inns, which were the primary accommodation establishments in Rome at that time, in addition to the liability arising from the *locatio conductio operis* between the innkeeper and the guest, the *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* and the *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* liabilities were regulated, thereby increasing the responsibilities of innkeepers. As the terminology suggests, these regulations were not exclusively for innkeepers; they also encompassed ship and stable keepers. It is evident that these protections, established through praetorian edicts, found broad application in Roman Law, covering areas that *locatio conductio* could not adequately protect. They provided significant protection for the belongings of individuals staying in inns. To enhance customer trust in operators, thereby enabling innkeepers to attract more clients and ensuring the healthy continuation of their commercial and economic impact the *praetor* recognized an agreement known as *receptum*. In modern legal systems, this regulation largely maintains its characteristic and is therefore of great importance. In Turkish law, it is found in articles 576-580 of the Turkish Code of Obligations. Similar to Roman Law; innkeepers and operators of garages, parking lots, and similar establishments are subject to analogous provisions.

Keywords:

Receptum Cauponum, Receptum Nautarum, Receptum Stabulariorum, Pacta Praetoria, Pactum.

Extended Summary:

This article delves into the special liability of innkeepers in Rome for the theft or damage of items brought by their customers. It examines how Roman law adapted to the demands of commercial life and details a specific liability regime developed through praetorian law to meet the need for trust and security.

The core argument of the article is that due to the insecure environments of inns in Rome at that time, the general contractual liability arising from *locatio conductio operis* proved insufficient. To fill this gap, *praetors* introduced a new type of liability: *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. This regulation not only reflected a contractual relationship but also aimed to protect the social nature of these businesses and the trust of the individuals they served.

Following the Punic Wars between Carthage and Rome (264-146 BC) commerce and travel intensified significantly across the expanding Roman Empire. Merchants and travelers required services providing accommodation. However, theft and damage to goods were common occurrences in these establishments. Traditional legal rules offered inadequate protection in such situations. For instance, if a customer's personal belongings were stolen, proving the damage and identifying the at-fault party was extremely difficult. This hindered the healthy functioning of commercial life and diminished trust in keepers. It was at this juncture that the *praetors* intervened, introducing *receptum*, a new and more stringent form of liability, which played a vital role in commercial confidence.

“*Receptum*” in Latin means “to take delivery”, “to accept”, or “to undertake”, and in this context, it refers to the innkeepers’ undertaking to ensure the safety of the traveler and their belongings. As stated in *Digesta* (D.) 4. 9. 1. pr., the validity of an informal *receptum* was contingent on the use of the phrase “*salvum fore recipere* (to undertake that it will be safe)”. The most distinctive feature of this liability is that it arises irrespective of the innkeeper’s fault, thus constituting a form of strict liability.

During the Classical Legal Period, the liability of ship, inn and stable keepers; which stemmed from *custodia*, continued as strict liability in the Justinian Period. In the Post-Classical Legal Period, the source of this liability became *receptum*, as the liability arising from *locatio conductio operis* evolved into *omnis culpa* during that era.

If we consider why *receptum* was needed during the Classical Legal Period, even though liability arising from *locatio conductio* was a *custodia* liability, it's primarily because, despite doctrinal debate, some authors argue that *receptum* liability encompassed cases of *vis maior*, thus representing a broader liability than *custodia*, which covered liability for unforeseen circumstances. D. 4. 9. 5. 1, a text by Gaius, presents another reason for the need for *receptum*: *Custodia* liability covered theft but not all types of damage to goods. Another important reason for the implementation of *receptum*, as expressed in D. 4. 9. 1. 6 and D. 4. 9. 4. 2 with shipowners as the subject, was the aim of protecting passengers' personal belongings that they brought with them, in addition to their commercial goods covered by contract. Based on our explanations above, it can be stated that the liability arising from *locatio conductio*, which was *custodia* in the Classical Legal Period and *culpa* in the Justinian Period, could be aggravated by *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*.

The article posits that the origins of *receptum* are linked to the public safety and commercial ethics. Since innkeepers typically operated environments where large numbers of people gathered, strangers frequently visited, and control was difficult, a special duty of trust was imposed upon them. This responsibility both alleviated the burden of proof for the injured party and compelled operators to be more careful.

The exact date of the emergence of *receptum cauponum* is unknown. However, since it is a *pactum* that complements *locatio conductio*, it is accepted in doctrine that it emerged after *locatio conductio* (believed to have appeared in the 2nd century BC) and after *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*, which was a quasi-delictual action for damages arising from the acts of employees of ship, inn, and stable keepers.

Actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios as understood from D. 44. 7. 5. 6 and Justinian's Institutions 4. 5. 3, could only be brought against inn, ship, and stable keepers when their employees stole or damaged customers' belongings on their premises. In contrast *actio de recepto*, is presented as a very broad action concerning *receptum* liability, encompassing cases where customers' belongings were stolen or damaged by third parties such as thieves, other customers, and travelers.

In *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* the keeper was held responsible for the actions of their own staff. However, the distinguishing feature of *receptum* is that liability arose directly without the need for proof of such fault. For the keeper to be absolved of liability, circumstances such as *vis maior* (force majeure) or the fault of the injured party were generally required. For example, an innkeeper would not be held liable if belongings were damaged due to an earthquake or an enemy attack.

Receptum cauponum continues to be a source for the liability of accommodation providers in modern legal systems, generally appearing as a form of strict liability. The regulations in the Turkish Code of Obligations and the laws of Switzerland and other countries are similar. This demonstrates that the concept of *receptum* is one of the significant concepts that Roman law bequeathed to contemporary law.

The study reveals that the *receptum* liability of innkeepers in Roman Law was not merely a technical legal regulation but also a reflection of the socio-economic conditions of the era. The *praetors'* regulation of this liability aimed to create a secure commercial environment and protect customers. This model, which established a strict liability, highlights the flexibility of Roman law and its ability to respond to societal needs. In conclusion, *receptum* liability emerges as an important legal institution inherited from ancient Rome, illuminating contemporary liability regimes in the accommodation, transportation, and similar sectors.

GİRİŞ

Roma Hukuku'nda temel konaklama yeri işletmesi olan hanların işletenlerinin, müşterilerin gereği gibi konaklayamamasından kaynaklanan sorumlulukları; esas olarak müşteriler ile işletmeciler arasında yapılan asıl sözleşme olan *locatio conductio operisten* kaynaklanmaktadır. Bu sözleşme ile han işleten, handa konaklayanlara rahat bir konaklama imkânı sunma yükümlülüğü altına girmektedir. Zaman içerisinde bir *praetor pactum* olarak ortaya çıkan *receptum* ise han, gemi ve ahır işletenlerin, müşterilerinin eşyalarını sağlam bir şekilde iade etmelerine yönelik olan ve işletenlerin sorumluluğunu *locatio conductio*ya kıyasla oldukça artıran bir anlaşmadır. Bu anlaşmanın ortaya çıkış süreci, kuruluş şekli ve unsurları aşağıda inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmamızda ilk olarak, Roma Hukuku'nda *receptum*un yeri tespit edilmiş, daha sonra ise *receptum cauponum*un ifade ettiği anlam ve tarihsel gelişimi üzerinde durulmuştur, bunların ardından *receptum cauponum*un geçerlilik şartları ele alınmış ve son olarak da han işletenlerin *receptum*dan doğan sorumluluklarının hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

I. ROMA HUKUKU'NDA RECEPTUM'UN YERİ

Roma Hukuku'nda kabul edilen sözleşme (*contractus*) kavramı, günümüz hukuklarında yer alan sözleşme kavramından farklı ve çok daha dar bir anlam taşımaktadır. Romalılara göre *contractus* terimi, sadece *Ius Civile*¹ tarafından tanınan ve tespit edilmiş olan dar kalıplar çerçevesinde oluşturulup borç ortaya çıkarabilen hukuki işlemleri ifade etmekteydi². *Ius Civile*'nin tanıdığı ve borç oluşturduğunu kabul ettiği belirli sayıdaki sözleşme tipinin dışında kalan anlaşmalara ise *pactum* denilmekteydi. Bu bağlamda; *praetor*³ hukukuna göre oluştu-

¹ Roma vatandaşlarına ait hukuka verilen isimdir ve çeşitli açılardan farklı anlamlara gelmektedir. Eski ve dar anlamıyla örf adetini ve halk meclisi kanunlarının hukukçular tarafından yorumu sonucunda doğmuş olan hukuk anlamına gelen ifade; *magistraların* çıkardıkları beyannamelerin oluşturduğu hukuka (*ius honorarium*) karşılık örf ve adetlerle kanunların oluşturduğu hukuk; yabancılara uygulanan hukukun (*ius gentium*) karşılığı olarak yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk; bütün toplumlara ortak olan hukukun (*ius naturale*) karşılığı olarak ise sadece Roma Devleti'nde uygulanan hukuk anlamlarına gelmektedir. İçerik olarak ise kanunlar, *senatus* ve halk meclisi kararları ile imparator emirnamelerinden oluştuğu belirtilmektedir (UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügati**, Fakiülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 100; BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, 3. bs., The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, s. 527).

² SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde **Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 31; DI MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, Ziya Umur (çev.), 2. bs., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 402 vd.; RADO, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 42 vd.; UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 334.

³ İlk M.Ö. 367'de kurulan bir *magistralıktır*. *Praetor*; *imperium*'a sahip bir *magistra* olup, çoğunlukla şehirde kalarak Romalılar arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmaktadır. M.Ö.

ruhan ve *Ius Civile* dışında kalan anlaşmalar için *pactum* terimi kullanılmaktaydı ve bu anlaşmalar ilk zamanlarda borç doğuramaz ve bir dava (*actio*) ile takip edilemez durumlardı⁴.

Sözleşmeler, borç doğuran kaynaklar arasında oldukça önemli bir yer tutmaktadır ve günümüz hukukunda bir sözleşme kural olarak tarafların birbirlerine uygun irade beyanlarıyla meydana gelmektedir. TBK m. 1'e göre de sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır. Roma Hukuku'na baktığımızda ise borç doğuran sebepler günümüz hukuklarıyla büyük oranda benzerlik göstermekle birlikte, sözleşmelerin kuruluşu noktasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Öncelikle Roma Hukuku'nda borç kaynaklarının en önemlisi ifade ettiğimiz üzere *contractus* adı verilen sözleşmelerdi⁵. *Contractus*, borç doğuran bir hukuki işlemi ancak *Ius Civile*'nin uygulandığı ilk dönemlerde iki tarafın anlaşması *contractus* yapmak için genellikle tek başına yeterli görülmemekteydi; çünkü *Ius Civile*'nin şekilci yapısı, sadece rızaların uyuşmasıyla bir borç ortaya çıkabileceğini kabul etmemişti⁶. Bunların dışında kalan ve *pactum* adı verilen anlaşmalar ise borç doğuramaz ve özel bir dava ile takip edilemezlerdi⁷. Böylece Roma borçlar hukukunda belirli sözleşmelerden oluşan bir sistemin egemen olduğu görülmekte ve modern borçlar hukukları ile arasındaki en büyük farklardan birisi, Roma sözleşmeler sistemi, karşımıza çıkmaktadır.

Roma Hukuku'nda sözleşmeler, sözleşmeler sistemi içerisinde oluşumları bakımından çeşitli gruplara ayrılmışlardı. İlk olarak *Gaius*'un *Institutiones*'inde (3. 89) daha sonra da *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde (3. 13. 2) aynı ayrıma rastlanmaktadır ve sözleşmelere ilişkin söz konusu ayırım onları şu şekilde sınıflandırmaktadır; ayni sözleşmeler, sözlü sözleşmeler, yazılı sözleşmeler ve rızai sözleşmeler:

242'de yabancılar arasındaki uyumsuzlukları çözmek üzere ikinci bir *praetorluk* daha kurulmuştur. Zamanla sayısı on altıya kadar yükselen *praetorların* her sene yayımladıkları beyannameler (*edictum*), hukuk alanında büyük etkiler yaparak *praetor* hukukunun doğmasına neden olmuştur (UMUR, *Lügat*, s. 168; BERGER, s. 647).

⁴ GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, "Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Sa. 1-2, 2004, s. 171-183, s. 171.

⁵ UMUR, *Ders Notları*, s. 334; GÜNEŞ CEYLAN, s. 176; TAMER, Diler, *Roma Hukuku*, C. 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 22.

⁶ TAHİROĞLU, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s. 268; GÜNAL, Ahmet Nadi, *Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996, s. 3.

⁷ UMUR, *Ders Notları*, s. 334; TAHİROĞLU, s. 268.

“*Gaius Institutiones* 3. 89

Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.”

“*Gaius Institutiones* 3. 89

Öncelikle sözleşmeden doğan borçları görelim. Bunlar dört çeşittirler: Her borç ilişkisi ya şeyle (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*) ya da rıza ile (*consensu*) oluşur.”

Bilindiği üzere ticari ve ekonomik hayatın gelişimiyle birlikte, ihtiyaçların karşılanabilmesi için hukuki alanda da değişiklik yapılması zorunluluğu kaçınılmazdır. Roma Hukuku’nda yer alan *pactum*lar da kendilerine bu şekilde bir gelişim süreciyle yer edinmişlerdir⁸. Esasen *pactum*ların hukuk düzeninde yer alması, XII Levha Kanunları’ndan başlamış ve uzun bir gelişme süreci göstermiştir⁹. *Praetor*ların faaliyetleriyle ve çeşitli hukuk okullarının katkılarıyla, özellikle Klasik Hukuk Dönemi¹⁰ sonrasında yeni sözleşme tipleri olarak kabul edilmişler ve kendilerine davalar tanınmıştır¹¹.

Iustinianus hukukunda *pactum*lara da dava hakkı tanınmasına kadar üç temel aşamanın kat edildiği anlaşılmaktadır¹². Öncelikle *Ius Civile* taraflar arasında yapılan ve *pactum* adı verilen bazı ek anlaşmaları geçerli olarak tanımıştı, daha sonra *praetor*lar bazı *pactum*ları kendi himaye vasıtaları ile korumuşlar ve son olarak da imparator hukukunda yeni birtakım anlaşmalara *contractus* kuvveti verilmişti¹³. Tüm bunların bir sonucu olarak sözleşmeler sisteminin sınırları

⁸ GÜNVEREN, Güzide Burcu, “The Importance of the Law of the Praetors (Ius Praetorium)”, *LXXIIIe Session De La Société Internationale Fernand De Visscher Pour L’histoire Des Droits De L’antiquité - Abstracts*, 2019, s. 21-22, s. 21, (Çevrimiçi) <https://www.law.ed.ac.uk/sites/default/files/2022-07/SIHDA%20Abstracts.pdf>, E.T. 15.04.2025.

⁹ DI MARZO, s. 456 vd.; GÜNEŞ CEYLAN, s. 178.

¹⁰ Roma Hukuku; genellikle Eski Hukuk Dönemi (M.Ö. 753 - M.Ö. 2. yy.), Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 2. yy. - M.S. 3. yy.) ve Postklasik Hukuk Dönemi (M.S. 3. yy. - M.S. 6. yy.) olarak sınıflandırılarak incelenmektedir. M.Ö. 2. yy. ile M.S. 3. yy. arasında kapsayan Klasik Hukuk Dönemi, Roma Hukuku’nun gelişimine en çok katkı sağlayan dönem olarak kabul görmektedir (TAHIROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Hukuku Dersleri*, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s. 56 vd.).

¹¹ SOHM, Rudolph, *The Institutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, James Crawford Ledlie (çev.), 2. bs., Clarendon Press, Londra, 1901, s. 414; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, 7. bs., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990, s. 607.

¹² SÖĞÜTLÜ, Özlem, *Roma Özel Hukuku: Ders Kitabı*, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 585, 586.

¹³ DI MARZO, s. 456 vd.; GÜNEŞ CEYLAN, s. 178.

genişlemiş ve *Ius Civile*'deki sözleşmeler sisteminin aynı sözleşmeler grubu, isimsiz sözleşmelerin (*contractus innominati*) yerleşimiyle; rızai sözleşmeler grubu ise *pactum* yani anlaşmaların tanınmasıyla genişlemiştir¹⁴.

*Pactum*lar ilk dönemlerde, henüz borç doğurmamaktaydı ve dolayısıyla kendilerine bir dava hakkı da verilmemekteydi ancak bazı durumlarda *praetor* davalıya bir defa (*exceptio*) tanıyabilmekteydi¹⁵. *Praetor*lar, *edictum*¹⁶larında kanunlara aykırı olmamak ve taraflardan birini aldatmamak şartıyla *pactum*ları dikkate almaktaydılar:

“D. 2. 14. 7. 7: *Ulpianus libro IV ad edictum*

Ait praetor: “pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo.”

“D. 2. 14. 7. 7: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 4. kitabından

Praetor şöyle dedi: “Hilesiz olarak yapılan ve *lex*lere, *plebiscitum*lara, *senatus consultum*lara ve imparator emirnamelerine aykırı olmayan, bunları aldatmak amacıyla yapılmış olmayan anlaşmalara (*pacta conventa*) riayet edeceğim.”

*Pactum*lara daha sonraki dönemlerde, *praetor* veya imparatorlar tarafından dava hakkı tanınmıştır. Böylece *pactum* ile *contractus* arasındaki farkın zamanla oldukça azaldığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁷.

İlk olarak iyiniyet davası doğuran sözleşmelere ilave edilen ek anlaşmalar, *pactum*lar, *Ius Civile* tarafından tanındılar¹⁸. Bu anlaşmalara *pacta adiecta* denil-

¹⁴ TAHİROĞLU, s. 268; ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 112.

¹⁵ ERDOĞMUŞ, s. 118; GÜNEŞ CEYLAN, s. 180.

¹⁶ *Imperium* (devlet iktidarını fiilen kullanabilme yetkisi)’a sahip olan *magistraların* kendi yetki çevreleri içindeki idari ve yargısal ilke kararlarını halka duyurma şekilleridir. Önceleri sözlü, daha sonra ise yazılı bir beyanname şeklinde yayımlanmaktaydı. Beyanname, o sene içerisinde *magistranın* hangi prensipleri dikkate alacağını bildirir ve yeni *magistra* göreve başlayana kadar yürürlükte kalırdı. Yargı işleriyle meşgul olan *praetorların* çıkardıkları beyanname; M.Ö. 67 yılında çıkan *lex Cornelia* gereğince göreve başlarken ilan edilen beyannamenin görev süresi boyunca değiştirilmeden uygulanması zorunluluğu nedeniyle daimi beyanname (*edictum perpetuum*) adını almıştır. M.S. 130 yılı civarında *Salvius Iulianus praetor* beyannamesini bir daha değişmeyecek şekilde belirlediği için modern zamanlarda özel olarak bu beyanname *edictum perpetuum* ismiyle anılmaktadır. *Praetorlar* bu beyannamelerin içerisinde; hangi dava haklarını, *exceptio*ları, *in integrum restitutio*ları, *interdictum*ları vs. tanıyacağını ilan etmekteydi (UMUR, *Lügat*, s. 63; BERGER, s. 448).

¹⁷ TAMER, s. 214; GÜNEŞ CEYLAN, s. 180.

mekteydi ve iyiniyet sözleşmelerine eklenen ek anlaşma niteliğindediler; bu nedenle bunların içerikleri de iyiniyet sözleşmesinin davasıyla takip edilebiliyordu¹⁹. Bu tür ek anlaşmalara genellikle alım satım akdinde rastlanmaktaydı ve sözleşmeye ek olarak öne sürülen çeşitli şartlar bu anlaşmaların içinde düzenlenmekteydi. Eklememiz gerekir ki *Iustinianus* hukukunda bu durum, dar hukuk davası doğuran sözleşmeler için de geçerli hale gelecek şekilde oldukça genişletilmişti²⁰.

Zamanla *praetorlar* çıkardıkları beyannameler içinde müstakil olarak bazı anlaşmaları da geçerli saydılar ve bunlar için de birer dava tanıdılar, bu tür anlaşmalar için *pacta praetoria* tabiri kullanılmaktaydı²¹. *Pacta praetorianum* kapsamına *constitutum debiti* (borç ödeme vaadi); *receptum arbitrii* (hakeme tevdi); *receptum argentarii* (banker anlaşması) ve konumuz olan *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* (gemicilere, hancılara, ahırcılara tevdi) girmektedir.

Dikkat edilecek olursa *pacta praetoria*ya dahil olan *pactum*ların önemli bir kısmı *receptum* ismi ile anılmaktadır. *Receptum*; teslim almak, üstlenmek, kabul etmek anlamlarına gelmektedir ve tevdi edilen bir işi ya da bir şeyi kabul etmekle meydana gelen anlaşma anlamını taşımakta ve özel bir sorumluluk düzeni ortaya çıkarmaktadır²². Helen hukuku etkisiyle Roma Hukuku'na girdiği belirtilen *receptum*da belirli bir sonuç üstlenilmekte, garanti edilmektedir²³.

II. RECEPTUM CAUPONUM'UN TARİHSEL GELİŞİMİ VE ANLAMI

Roma Hukuku'nda konaklama yeri işletenlerin sorumluluğuna ilişkin bir anlaşma olan *receptum cauponum* ilişkin hükümler genellikle gemi ve ahır yeri işletenlere ilişkin hükümlerle bir arada düzenlenmiştir. Bu nedenle *receptum cauponum*u incelerken sıklıkla *receptum nautarum* ve *receptum stabulariorum* da değineceğimizi ve *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* terimini kullanacağımızı ifade etmek isteriz.

¹⁸ SOHM, s. 414; BERKİ, Şakir, “Romada Borçların Kaynakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 3, 1954, s. 134-173, s. 154.

¹⁹ KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993, s. 245; RADO, s. 127.

²⁰ KOSCHAKER/AYİTER, s. 245.

²¹ DI MARZO, s. 459; RADO, s. 127; TAHİROĞLU, s. 270.

²² RADO, s. 128; KARAMAN, Başak, “Roma’da Bankacılık İşlemlerinden Receptum Argentarii”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı*, 2015, s. 529-582, s. 550.

²³ SÖĞÜTLÜ, s. 587.

Çalışmamızın ana odak noktası olan *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*; Roma Hukuku'nda, gemi işletenlerin taşınacak malları ve yolcuları sağlam bir şekilde yerlerine ulaştırma; han işletenlerin, müşterilere rahat bir konaklama imkânı sunma ve mallarını gözetme; ahır işletenlerin ise kendilerine bırakılan hayvanları koruma yükümlülüğünden kaynaklanmakta ve söz konusu işletmecilerin müşterilerine ek bir güvence sağlamaktaydı. *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*; *praetor pactum*larından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır ve *nautarum* ifadesi gemi işletenlere, *cauponum* ifadesi han ve konaklama yeri işletenlere, *stabulariorum* ifadesi ise ahır işletenlere karşılık gelmektedir.

Roma İmparatorluğu'nda ticaret büyük önem arz etmiş ve bu nedenle hukuk metinlerinde deniz taşımacılığına ve konaklamaya ilişkin hükümlere genişçe yer verilmiştir. Gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğunun asıl kaynağını *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi) oluşturmaktadır ancak bu sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile çalışmamızın ilerleyen kısımlarında incelemiş olduğumuz ve *praetor*lar tarafından tanınan diğer bazı dava haklarının yetersiz kalması üzerine, müşterilerin güvenlerinin temin edilmesi için yine *praetor* tarafından *receptum* adı verilen bir anlaşma tanınmış ve sorumluluk genişletilmiştir²⁴.

Başlangıçta bir tarım toplumu olan Roma'da gemi işletenlere ilişkin anlaşma olan *receptum nautarum*un konusunu teşkil eden deniz taşımacılığı yeterince bilinmiyor ve pek de güvenli bulunmuyordu²⁵. İlerleyen zaman ve Kartaca ile yapılan Pön Savaşları²⁶ ile birlikte Romalılar denizlerde oldukça geniş bir alanda hakimiyet sağlamışlar ve Akdeniz'i ele geçiren Romalılar açısından deniz taşımacılığı önemli bir faaliyet haline gelmiştir. M.Ö. 2. yüzyıl sonrasında deniz yoluyla ticaret giderek yaygınlaşmış ve farklı coğrafyalardan çeşitli eşyalar Roma'ya getirilmiştir²⁷. *Receptum cauponum*un konusu olan han işletme faaliyeti de genellikle ticaretle ilgilenip seyahat eden kişilere yönelik bir faaliyet olduğu için Roma'nın tarım toplumu olduğu ilk dönemlerden ziyade, tıpkı *re-*

²⁴ ERDOĞMUŞ, s. 120; ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 515, 516; GÜRTEN, Kadir, "Receptum Nautarum", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, Sa. 1, 2013, s. 275-294, s. 275.

²⁵ MEYER-TERMEER, A.J.M, **Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht**, Terra Pub. Co., Zutphen, 1978, s. 147-150.

²⁶ Kartaca ile Roma arasında, MÖ 264-146 yılları arasında, Akdeniz deniz ticaretini ele geçirmek için yapılan döneminin en geniş çaplı savaşlarıdır.

²⁷ MEYER-TERMEER, s. 150.

ceptum nautarum gibi, ekonomide ticaretin etkisinin hissedildiği bir dönemde düzenlemeye kavuşmuş olması daha muhtemeldir.

*Receptum cauponum*un ortaya çıktığı tarih tam olarak bilinmemektedir ancak *locatio conductio*yu tamamlayan nitelikte bir *pactum* olması nedeniyle M.Ö. 2. yüzyılda ortaya çıktığı kabul edilen *locatio conductio*dan ve gemi, han ve ahır işletenlerin yanında çalışanların fiillerinden kaynaklanan zarardan dolayı haksız fiil benzeri nedeniyle sorumlu tutulmalarına ilişkin dava olan *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabulari*ostan sonra tanındığı doktrinde kabul edilmektedir²⁸.

Gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin kronolojik sıralamalarının şu şekilde olduğu tahmin edilmektedir²⁹: M.Ö. 2. yüzyılda *locatio conductio*; yine M.Ö. 2. yüzyılın ilerleyen dönemlerinde *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* ve M.Ö. 1. yüzyılda *receptum nautae, cauponis, stabularii*.

Klasik Hukuk Dönemi'nde; gemi, han ve ahır işletenler ile müşteriler arasında yapılan *locatio conductio operis* ile işletenler açısından *custodia* sorumluluğu ortaya çıkmaktaydı³⁰. Bu sorumluluğunun haricinde, sorumluluğu ağırlaştıran ve *praetor* beyannamelerine dayanan iki farklı hususun daha var olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır ve bunlardan birisi haksız fiil benzeri olan *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* diğeri ise *receptum, nautarum, cauponum, stabulariorum*dur³¹. Zaman içerisinde, bir *praetor pactum* olarak ortaya çıkan *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*; gemi, han ve ahır işletenlerin, tartışmalı olmakla birlikte mücbir sebep halleri hariç olmak üzere, özellikle müşterilerinin eşyalarını sağlam bir şekilde iade etmelerine yönelik bir anlaymayı ifade etmekteydi³².

²⁸ CANNATA, Carlo Augusto, *Ricerche sulla Responsabilità Contrattuale Nel Diritto Romano*, A. Giuffrè, Milano, 1966, s. 105; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 518.

²⁹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, *Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 116; MEYER-TERMEER, s. 186; ZIMMERMANN, Reinhard, "Innkeepers' Liability", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2012, (Çevrimiçi) <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Innkeepers%E2%80%99Liability>, E.T. 15.04.2025.

³⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 515; SOMER, Pervin, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis)*, Derin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 101 vd.; YEŞİLLER, Mehmet, "Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin *Receptum* Sorumluluğu", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 3, Sa. 1, 2013, s. 177-191, s. 178.

³¹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 101, 102.

³² BERGER, s. 668; UMUR, Lügat, s. 180.

*Locatio conductio operis*ten kaynaklanan sorumluluk ve buna bağlı dava hakları ile *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*un varlığına rağmen, *receptuma* neden ihtiyaç duyulduğu hususunda ise aşağıda incelediğimiz üzere doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Klasik Dönem'de *locatio conductio operis*te işletmeciye bırakılan malın hasar görmesi ya da tamamen kaybı halinde *custodia* sorumluluğu söz konusu olmaktaydı³³. İnsanların ve eşyanın gemi ile taşınması nedeniyle gemi işletenlerin; seyahat edenlerin konaklamaları nedeniyle han işletenlerin ve müşterilerin hayvanlarını barındırmaları nedeniyle de ahır işletenlerin *custodiadan* dolayı sorumlu tutulduklarını belirten *Digesta*'da yer alan *Gaius*'a ait metin şu şekildedir:

“D. 4. 9. 5. pr.: *Gaius libro V ad edictum provinciale*

Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur...”

“D. 4. 9. 5. pr.: *Gaius*'un eyalet *edictumu* hakkındaki 5. kitabından

Gemi, han ve ahır işletenler ücret alırken malları gözetmek için değil; gemi işleten yolcuları taşınması, hancı yolcuların konaklamasına izin vermesi, ahır işleten ise hayvanların kalmasına müsaade etmesi için ücret alır. Ancak bu durumda bile onlar gözetimden (*custodia*) sorumlu tutulurlar ...”

Gaius'un yukarıdaki metninde de görüleceği üzere Klasik Hukuk Dönemi'nde gemi, han ve ahır işletenlerin *locatio conductio operis* gereğince kusur sorumluluğunu ağırlaştıran ve işletme sahiplerini beklenmeyen hallerden (*casus*) de sorumlu tutan ve nezaret etme, gözetme, koruma anlamlarına gelen *custodia* sorumluluğu altına girdikleri görülmektedir. *Custodia* sorumluluğu, kusur sorumluluğunu ağırlaştırmakta ve işletme sahiplerini beklenmeyen hallerden de sorumlu tutmaktadır. Bu sorumlulukta işletenlerin işletmede bulunan malların çalınmasından, yok edilmesinden, hasara uğramasından sorumlu olmakla birlikte; müşterilerin beraberinde getirdikleri bagaj, el çantası gibi eşyaların çalınmasından, yok edilmesinden ve hasara uğramasından sorumlu olmadıkları çünkü

³³ KARADENİZ, Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976, s. 185; YEŞİLLER, s. 178.

müşterilerin söz konusu tehlikeleri bilerek kendi rızalarıyla kişisel mallarını işletmelere getirdikleri doktrinde belirtilmektedir³⁴.

Iustinianus Dönemi'nde ise *custodia* sorumluluğu kusur sorumluluğuna dönüştüğü için gemi, han ve ahır işletenler *dolus* veya *culpanın* varlığı halinde sorumlu tutulabiliyor ancak beklenmeyen hallerden sorumlu tutulamıyorlardı. Doktrinde bu durumun gemi, han ve ahır işletenler tarafından kötüye kullanıldığı; hırsız, korsan gibi üçüncü kişilerle iş birliği yaparak müşterilerin eşyalarını zarara uğrattıkları ifade edilmektedir³⁵. *Praetorların* ise bu durumu önlemek için gemi, han ve ahır işletenlerin *locatio conductio*dan doğan sorumluluklarını ağırlaştıran biri anlaşılmaya diğeri ise haksız fiil benzerine dayanan iki ayrı düzenleme getirdiği vurgulanmaktadır³⁶.

Gemi işletenlerin; yolcuları ile yapmış oldukları *locatio conductio*dan bağımsız olarak, *pacta praetoria* kapsamında olan *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* ile yolcuların yanlarında getirdikleri eşyalar için sorumlu olduğunu ifade eden Kaser, sorumluluğun genişletilmesinde gemi, han ve ahır işletenlerin kötü şöhretinin etkili olduğu görüşündedir³⁷.

Sculhlz, kötü şöhretin *praetoru* dava hakkı tanımaya yönlendiren ana neden olmadığını ama yine de *receptuma* ilişkin dava olan *actio de receptone* işletmecileri daha sıkı bir sorumluluk altına sokmak için tanındığını ifade etmektedir³⁸. Yazar, işleten ile yapılan sözleşmenin bir *locatio conductio* olduğunu ve bu sözleşme dolayısı ile *custodia* kapsamında sorumlu olduğunu belirttiikten sonra handa konaklayan bir kişinin kendi odasına eşyalarını getirmesi halinde *conductorun custodia* kapsamında sorumlu olmayacağını ifade ederek Klasik Hukuk Dönemi'nde bile *locatio conductionun* yeterli bir çözüm olmadığını altını çizmektedir³⁹.

De Robertis; Schulz'un *locatio conductionun* daha eski tarihli olduğu ve *conductorların custodiadan* sorumlu oldukları yönündeki görüşlerine katılmakla

³⁴ KASER, Max, *Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)*, C. 1, 2. bs., C. H. Beck, Münih, 1971, s. 507, 586; YEŞİLLER, s. 179.

³⁵ KARLOWA, Otto, *Römische Rechtsgeschichte: Privatrecht und Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess; Erster Teil; Privatrecht*, C. 2, Leipzig, 1901, s. 1316; WYSS, P. F., *Die Haftung für fremde Culpā nah römischen Recht*, Zürich, 1867, s. 57.

³⁶ GOSCHEN, F. L., *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, C. 2, Göttingen, 1839, s. 688; KARLOWA, s. 1316.

³⁷ KASER, Max, *Roman Private Law*, Rolf Dannenbring (çev.), Butterworths, Durban, 1965, s. 197.

³⁸ SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, s. 565.

³⁹ SCHULZ, a.e., s. 565.

beraber, Schulz'un aksine, *receptumun* sorumluluğu artırmak için değil de tam aksine sınırlandırmak için yapıldığı ve böylece gemi işletenin yalnızca *receptumun* yapıldığı hallerde *custodiadan* sorumlu olacağı görüşündedir⁴⁰. Ayiter de sorumluluğu kabul etmek anlamına gelen *receptumun*, yalnızca gemi işletenlerle yapılan *receptum nautaruma* özgü olmak üzere, *locatio conductio*dan doğan *custodia* sorumluluğundan daha hafif bir sorumluluğu kabul etmek anlamına geldiği görüşündedir⁴¹.

Brecht'e göre yalnızca yolcuların kişisel eşyaları *receptuma* konu teşkil etmektedir. Yazar, *locatio conductionun* ise yalnızca yolcunun kişiliğine yönelik olduğunu ve bu nedenle de *custodia* sorumluluğunun tam olarak anlam ifade etmeyeceğini çünkü bu durumda yolcunun eşyalarının gerektiği gibi korunmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir⁴².

Zimmermann, *receptumun* sözleşmenin yapısında bulunmayan bir sorumluluğu getirmek için kullanıldığı sonucunun çıkarılabileceğini belirtmekte ve eğer tüm *conductorlar locatio conductio operis* kapsamında yalnızca *culpadan* sorumlu tutulabiliyorlarsa *receptum* ile elde edilmek istenen amacın işletmecilerin sorumluluğunu *custodiaya* genişletmek olduğunu; ancak tüm *conductor operis*lerin yalnızca *culpadan* değil, *custodiadan* sorumlu olduğunun kabul edilmesi halinde ise bu teoremin mevcut duruma uygulanmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir⁴³.

Karadeniz; Klasik Hukuk Dönemi'nde işletmecilerin sorumluluğunu yaptırma bağlayan dava olan *actio locatini*, *receptuma* ilişkin dava olan *actio de recepto*ya ihtiyaç duymadığını, Klasik Sonrası Dönem'de ise *actio locatiden* kaynaklanan sorumluluğun kusur sorumluluğuna dönüşmesi nedeniyle kusur sorumluluğu dışında beklenmeyen halleri de içeren bir sorumluluğun belirlenmek istenmesi durumunda *receptum* anlaşmasının yapılması gerekliliğini kabul etmektedir⁴⁴.

⁴⁰ DE ROBERTIS, Francesco Maria, "Receptum Nautarum", *Annali Bari*, C. 12, 1952, s. 83 vd. (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 518'den naklen).

⁴¹ AYİTER, Kudret, "Receptum Nautarum'un Klasik Hukuktan Sonraki Tekamülü ve Grenfell II.108 Papyrus'u", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Sa. 3, 1955, s. 321-335, s. 322.

⁴² BRECHT, Cristoph Heinrich, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, C. H. Beck, Münih, 1962, s. 99 vd.

⁴³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 519.

⁴⁴ KARADENİZ, s. 186.

Zilelioğlu da Klasik Hukuk Dönemi'ndeki *custodia* sorumluluğu nedeniyle *locatio conductio*dan doğan sorumluluk ile *receptum*dan doğan sorumluluğun birbirlerinden çok da farklı olmadığını belirtirken, Klasik Sonrası Dönem'de *locatio conductio*dan doğan sorumluluğun kusura dayanan sorumluluğa dönüşmesi nedeniyle işletenlerin sorumluluğunu ağırlaştırmak için *receptum*a başvurulduğunu ve bu şekilde *custodia* sorumluluğunun artık *receptum*dan doğan hale geldiğini ifade etmiştir⁴⁵. Yazar; Klasik Sonrası Dönem'de gemi, han ve ahır işletenlere genel olarak güvenilmemesi sebebiyle sorumluluklarının ağırlaştırıldığını belirtmektedir⁴⁶. *Digesta*'nın gemi, han ve ahır işletenlerle ilgili 4. 9 (*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant.*) kısmında da konu ile ilgili şöyle bir metin bulunmaktadır:

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

... nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprehendae improbitatis hoc genus hominum...”

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus*'un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

... belki de bunun nedeni güvensizliğin bastırılmasına özen gösterilen bu mesleklerde *praetor*un bunu taraflara duyurmak istemesidir...”

Bu bağlamda doktrinde *receptum cauponum*un handaki müşterilere rahat bir konaklama imkânı sağlama ve onların mallarını koruma görevlerini birleştirerek işletenlerin sorumluluklarının kapsamını genişletme işlevini yerine getirdiği yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir.

Bu hususun nasıl gerçekleştiğine bakarsak; *Gaius*'a ait olan yukarıda vermiş olduğumuz D. 4. 9. 5. *pr.* metninde Klasik Hukuk Dönemi'nde gemi, han ve ahır işletenlerin *custodia* sorumluluğu altında oldukları görülmektedir. Beklenmeyen halleri kapsamakla beraber mücbir sebep hallerini kapsam dışında bırakan bu sorumlulukta gemi, han ve ahır işletenler yalnızca gözetmeyi üstlendikleri eşyaların ve müşterilerin bütünlüğünden sorumlu olup; müşterilerin yanlarında getirdikleri ve *locatio conductio operis* konu edilmeyen kişisel eşyalarının çalınması ya da üçüncü bir kişi tarafından zarara uğratılması durumlarında sorumlu tutulamamaktadırlar⁴⁷.

⁴⁵ ZİLELİOĞLU, Hilâl, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 39, Sa. 1, 1987, s. 241-264, s. 258, 259.

⁴⁶ ZİLELİOĞLU, a.e., s. 261.

⁴⁷ KASER, *Private Law*, 197; SCHULZ, *Roman Law*, s. 565.

Bu durumda han işletenlerin, handa çalışanlarla iş birliği yaparak müşterilerin eşyalarının çalınmasına ya da zarara uğramasına neden oldukları yönünde yayılan ünleri sebebiyle *praetor* tarafından; han işletenlerin, yanlarında çalıştırdıkları kişilerce müşterilerin mallarına verilen zararlardan ötürü sorumlu tutulacakları yönünde bir düzenlemeye gidilmiştir⁴⁸:

“D. 47. 5. 1. pr.: *Ulpianus libro XXXVIII ad edictum*

In eos, qui naues cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum, quosue ibi habebunt furtum factum esse dicitur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi nauigandi causa esset.”

“D. 47. 5. 1. pr.: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 38. kitabından

Gemi, han veya ahır işletenlere karşı işletmesinde bulunanlar tarafından hırsızlık yapıldığının söylenmesi halinde; hırsızlığın, eşyanın ya da geminin sahibinin ya da sefer için gemide bulunanların yardım ve isteğiyle yapılıp yapılmadığı önem arz etmeksizin bir dava hakkı tanıyacağım.”

Praetor; yine gemi, han ve ahır işletenlere, teslim aldıkları eşyayı aynı şekilde iade ya da teslim etmeleri hususunda dikkat ve özen göstermeleri yükümlülüğünü getiren ve adeta *locatio conductio operis*’ten kaynaklanan sorumluluğu bir garantiye dönüştüren *receptumu* ise şu şekilde düzenlemiştir⁴⁹:

“D. 4. 9. 1. pr.: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Ait praetor: “nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.”

“D. 4. 9. 1. pr.: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Praetor şöyle der: “Gemi, han ve ahır işletenler, teslim aldıkları ve aldıkları şekli ile koruma yükümlülüğü altına girdikleri şeyi geri vermezlerse, onlara karşı bir dava hakkı tanıyacağım”.

Bunun nedenini ise hemen arkasından şu şekilde açıklamıştır:

⁴⁸ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 516; GÜRTEN, s. 283.

⁴⁹ SÖĞÜTLÜ, s. 587, 588.

“D. 4. 9. 1. 1: Ulpianus libro XIV ad edictum

Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodire eorum committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.”

“D. 4. 9. 1. 1: Ulpianus’un edictum hakkındaki 14. kitabından

Bu beyannamenin en büyük yararı, genellikle onların güvenilirliğine ve eşyaların onlara emanet edilmesine olan ihtiyaçtır. Kimse bunun onlara karşı ağır bir yaptırım olduğunu düşünmesin çünkü kimi kabul edeceklerini seçmek onların kendi takdirindedir ve eğer böyle bir düzenleme olmasaydı hırsızlarla iş birliği yaparlardı, çünkü şu anda bile bu tür dolandırıcılıklardan kaçınıyorlar.”

Roma Hukuku’nda han işletenlerin sorumluluklarının oldukça ağır biçimde düzenlenmesinin temel nedeni belirttiğimiz üzere bu kişilerin yaşayış tarzları nedeniyle toplumda güvenilir kimseler olmadıklarının düşünülmesidir⁵⁰. Roma’nın eski dönemlerinde han işletenler güvenilir kimseler olarak düşünülmemekteydiler çünkü bu dönemde han işletenler genellikle muhabbet tellallığı yapmaktaydı ve hanlar bir nevi genelev niteliğindeydi⁵¹. Dolayısıyla bu yerler müşterilerin kişisel eşyalarının çalınması, hasara uğratılması ya da kaybolmasına son derece müsait yerler arasındaydı.

Bu risklere rağmen handa konaklamak durumunda kalan bir kişi; eşyasını yetkili kişilerin muhafazasına bırakmak ve onlara güvenmek zorundaydı. Eşyanın kaybolması ya da başka herhangi bir şekilde zarara uğraması halinde ise zararın ve işletenin ya da çalıştırdığı kişilerin kusurunun olup olmadığının tespiti ya da zarara neden olan üçüncü kişilerin bulunması oldukça güçleşmekteydi. Tüm bu nedenlerden ötürü Roma’da handa konaklayan kişilerin kendilerini güvende hissetmelerini sağlamak amacıyla *praetorlar* tarafından *receptum caponum* tanınmıştır⁵².

⁵⁰ KASER, RPR, s. 586; TANDOĞAN, Halûk, “Otelcilerin Mes’uliyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Sa. 3, 1955, s. 201-239, s. 201.

⁵¹ YEŞİLLER, s. 183; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 107.

⁵² ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 516; GÜRTEN, s. 285.

III. RECEPTUM CAUPONUM'UN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A. Receptum Cauponum'un Tarafları

*Receptum cauponum*da taraflara baktığımızda; anlaşmanın bir tarafında han işleten ile diğer tarafında handa konaklayan müşteri (ki bu genellikle bir yolcudur) karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda anlaşmanın bir tarafında işleten ya da işletmecinin, diğer tarafında ise müşteri ya da yolcunun bulunduğunu söylememiz yerinde olacaktır.

Müşterilerin tespitinde tahmin edileceği üzere fazla bir tartışma ortaya çıkmamaktadır. Han işletenlere baktığımızda ise; bu kişiler söz konusu yerlere malik iseler sorumlu kişi ya da kişilerin tespiti oldukça kolay olmakta ancak sorumluluk için işletenin malik olması şartı aranmamaktadır çünkü işletmenin gelirini elde etmeleri koşuluyla han işleten kiracılar da *receptum*dan sorumlu tutulabilmekteydiler⁵³. *Digesta*'da *caupo* (han işleten) ve *stabularius* (ahır işleten) kavramlarından kimlerin anlaşılacağı *Ulpianus*'a ait bir metinde şu şekilde açıklanmıştır:

“D. 4. 9. 1. 5: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Caupones autem et stabularios aequae eos accipiemus, qui cauponam vel stabulum exercent, institoresve eorum. ceterum si qui opera mediastini fungitur, non continentur, ut puta atriarii et focarii et his similes.”

“D. 4. 9. 1. 5: *Ulpianus*'un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Hancıları ve ahırcıları da aynı şekilde anlıyoruz; han veya ahır işletenler veya bunların yöneticileri. Ancak örneğin ev ve mutfak hizmetlileri gibi hizmet görevini yerine getiren kişiler ve benzerleri bu kapsama girmezler.”

Ulpianus'un yukarıdaki metninden de anlaşılacağı üzere, *receptum* sorumluluğunda han ve ahır işletenler için sorumlu kişinin kim olduğunun belirlenmesi zor değildir ve malik olmasalar bile han veya ahırın işleteni ya da yöneticisi sorumlu olmakta, çalışanlar ise işletmeci sayılmamaktadırlar.

B. Receptum Cauponum'un Yapılış Şekli

*Receptum cauponum*un yapılışına baktığımızda *Ulpianus*'a ait olan aşağıdaki metinde de görüleceği üzere *receptum* sorumluluğu için yapılan anlaşma-

⁵³ YEŞİLLER, s. 183; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 107 vd.

nın geçerli olabilmesi amacıyla teknik bir ifade olan “*salvum fore recipere*”nin kullanılması gerekmektedir⁵⁴:

“D. 4. 9. 1. pr.: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Ait praetor: “nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.”

“D. 4. 9. 1. pr.: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Praetor şöyle der: “Gemi, han ve ahır işletenler, teslim aldıkları ve aldıkları şekli ile koruma yükümlülüğü altına girdikleri şeyi geri vermezlerse, onlara karşı bir dava hakkı tanıyacağım”.

Müşterilerin eşyalarının handa çalınması ya da bir zarara uğraması halinde; *praetor* tarafından tanınan *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones stabularios* ve *actio furti* olmak üzere başka dava imkanları da mevcuttu ancak bu çözüm yolları özel durumlara işaret ederken, *actio de recepto* tecrübeye dayanarak geliştirilen genel bir hüküm olan ve malların güvende olacağını üstlenme anlamını taşıyan “*salvum fore recipere*”ye dayanmaktaydı⁵⁵.

Yukarıda yer alan D. 4. 9. 1. pr. metninde; şekle bağlı olmayan *receptum*un geçerliliğinin, *salvum fore recipere* ifadesinin kullanılmasına bağlı kılındığı ifade edilmektedir. Birden çok anlama gelebilen *recipere* teriminin burada “teslim almak, üstlenmek, eşyanın bütünlüğünü garanti etmek” gibi anlamlarda kullanıldığı belirtilmektedir⁵⁶. Goldschmidt, bu ifadede hem “malın teslim alındığı haliyle sağlam kalması şartıyla teslim almak” hem de “malın bütünlüğünden sorumlu olacağını üstlenerek teslim almak” şeklinde anlamların bulunduğunu vurgulamaktadır⁵⁷. Ayi-ter, Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarına doğru yolcuya ait eşyaların han işleten

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, Levin, “Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, C. 3, Sa.1, 1860, s. 58-118, s. 97-99; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 104.

⁵⁵ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 517; KARADENİZ, s. 185. Nitekim *receptum*da, *actio furti* de hasarı üzerine almış olan işletenlere bir dava hakkı olarak tanınmıştır:

“D. 47. 5. 1. 4: *Ulpianus libro XXXVIII ad edictum*

Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.”

“D. 47. 5. 1. 4: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 38. kitabından

Hancı ve gemiciler *receptum* yaparlarsa; malın çalınması halinde malik değil, bu kişiler *actio furti* açma hakkına sahip olurlar çünkü *receptum* ile *custodia* sorumluluğunu üzerlerine almışlardır.”

⁵⁶ AYİTER, s. 322; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 104.

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, s. 98.

tarafından kabul edilmesinin, sorumluluğun doğduğuna karine oluşturması gerekçe-
siyle *recipere* teriminin bu dönemde “sorumluluğu üstlenmek” ifadesinden çok
“eşyaların han işleten tarafından teslim alınması, kabul edilmesi” şeklinde anlaşıl-
masının daha yerinde olacağını belirtmektedir⁵⁸.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, *receptum* yapılmasının işletmenin bir gereği olduğu
ve zorunluluk arz etmediği fikri⁵⁹ karşımıza çıkmaktadır⁶⁰. Bu dönemde, *locatio con-*
*ductio operis*in yanı sıra *salvum fore recipere* ifadesi ile anlaşmaya dayalı daha geniş
bir sorumluluk altına girilirken; *Iustinianus* Dönemi'nde *receptum*un, kanundan
kaynaklanan bir sorumluluk haline dönüştüğü ve eşyanın kabulünün sorumluluğun
doğması için yeterli hale geldiği ifade edilmektedir⁶¹. Ayrıca eklememiz gerekir ki
receptum için müşterilerin herhangi ek bir ücret ödemeleri de gerekmemektedir⁶².

IV. RECEPTUM CAUPONUM'UN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Receptum'dan Doğan Sorumluluk

Roma'da gemi, han ve ahır işletenler ile müşteriler arasında yapılan *locatio*
*conductio*ya aykırılık olması durumunda; gemi işleten, taşınan malların hasara
uğramasından ve insanların taşıma yerine ulaştırılmamasından; ahır işleten,
hayvanları gereği gibi barındırmamaktan; han işleten ise yolcuların gereği gibi
konaklayamamasından dolayı sorumlu tutulmaktaydı. Dolayısıyla gemi, han ve
ahır işletenlerin sorumlulukları sözleşmenin gereği gibi veya hiç ifa edilmeme-
sinden kaynaklanmaktaydı.

Gemi, han ve ahır işletenlerle yapılan *receptum* anlaşması nedeniyle ortaya
çıkabilecek zarar durumlarında bu kişilere karşı şartların sağlanması halinde
hem *receptum*dan kaynaklı *actio de recepto*nun hem de *actio locat*inin açılması

⁵⁸ AYİTER, s. 322.

⁵⁹ Bu fikre kanıt olarak şu *Digesta* metni verilmektedir:

“D. 4.9.3.2: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.”

“D. 4.9.3.2: *Ulpianus*'un edictum hakkındaki 14. kitabından

Aynı şekilde han işletenler ve ahır işletenler, işlerini yaptıkları yerde kabul ettikleri mallardan sorumlu-
durlar; ancak eğer işyerleri dışında bir yerde kabul etmişlerse sorumlu tutulmazlar.”

⁶⁰ WYSS, s. 81; GÜRTEN, s. 286.

⁶¹ HOCHSTEIN, Reiner, *Obligationes Quasi Ex Delicto*, Köln, 1971, s. 18; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 105.

⁶² GOLDSCHMIDT, s. 62.

gündeme gelebilmekteydi⁶³. Schulz, her iki davanın da işleten kişilerin sorumluluklarına ilişkin olarak düzenlenmiş olduğunu ifade ederek; *actio de receptonun custodia* ve mücbir sebep hali de dahil olmak üzere *actio locati* den daha etkili bir dava olduğunu belirtmektedir⁶⁴.

Doktrinde, Klasik Hukuk Dönemi'nde gemi, han ve ahır işletenlerin *custodia* ya kadar varan sorumluluklarını yaptırma bağlayan *actio locatinin* varlığı nedeniyle *actio de recepto*ya gerek duyulmadığı; Klasik Sonrası Dönem'de ise *actio locati* dolayısıyla sorumluluğun kusur sorumluluğuna dönüşmesi nedeniyle, kusur dışında beklenmeyen halleri de içeren bir sorumluluğun oluşturulmak istenildiği durumlarda söz konusu sorumluluğu da kapsayan *actio de recepto*dan yararlanabilmek için *receptum*u içeren özel bir anlaşmanın yapıldığı ifade edilmektedir⁶⁵.

Klasik Hukuk Dönemi'nde işletmecilerin *custodia* seviyesinde olan sorumluluğunun, müşterilerin kişisel eşyalarının korunması için yeterli görülmediği ve D. 4. 9. 3. 1'de *Labeo*'ya dayandırılarak tanındığından bahsedilen def'iden yola çıkılarak *receptum*dan kaynaklanan dava olan *actio de receptonun* başlarda mücbir sebep hallerini de kapsadığı görüşü de doktrinde ileri sürülmektedir⁶⁶:

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

..., *at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*”

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus*'un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

..., fakat bu *edictum* gereğince malı kabul eden kişi, kendi kusuru olmaksızın ortaya çıkanlar da dahil bütün hasar ve kayıplardan sorumludur. Bu hasar veya kayıplar hiçbir şekilde önlenemez bir olay nedeniyle ortaya çıkmadığı sürece. Bu noktada, *Labeo*; gemi kazası ya da korsanların saldırması nedeniyle eşyanın kaybolması halinde, gemi işletene bir def'i hakkı tanımanın haksız olmayacağını söyler. Bir ahırda veya handa mücbir sebep meydana gelirse de aynı şeyin söylenmesi gerekir.”

⁶³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 517 vd.; KARADENİZ, s. 185.

⁶⁴ SCHULZ, *Roman Law*, s. 565.

⁶⁵ YEŞİLLER, s. 186; KARADENİZ, s. 186.

⁶⁶ MEYER-TERMEER, s. 197-198; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 113.

Ulpianus'a ait yukarıdaki metnin orijinal halinin mücbir sebep (*vis maior*) hallerini de kapsayacak şekilde olduğu, *Labeo*'nun tanıdığı def'inin sonradan metne dahil edildiği ve daha sonra da han ve ahır işletenleri de kapsayacak şekilde genişletildiği görüşü doktrinde savunulmaktadır⁶⁷. Karşıt görüşteki yazarlar ise metnin bir *interpolatio*⁶⁸ eseri olmadığını ve *praetorun*, *receptum* ile hedeflenen amacın dışına çıkılması üzerine ortaya çıkan kötüye kullanımları engellemek adına böyle bir def'i tanıdığını belirtmektedirler⁶⁹.

Meyer-Termeer *Labeo*'nun böyle bir def'iyi tanımasını; *actio de recepto*-nun dar hukuk davası⁷⁰ niteliği taşıması nedeniyle hakkaniyet uyarınca korunması gereken durumların tam olarak korunamaması ile açıklamaktadır⁷¹.

Metinde yer alan *naufragium* (gemi kazası) ve *vis piratorum* (korsan saldırısı) gemi işletenler için mücbir sebebe örnek teşkil eden başlıca iki durumdur ve *Labeo* bunların sorumluluk kapsamında olmadıklarını belirtmiştir. Doktrinde, sık karşılaşılan bu durumlar haricinde de farklı mücbir sebep halleri ile karşılaşmanın mümkün olduğu ve *receptum* ile kusursuz bir sorumluluk oluşturulmak istenilmekle birlikte tüm mücbir sebep hallerinden sorumluluğun çok ağır olması nedeniyle bu durumlar için gemi işleten lehine bir def'i tanındığı ifade edilmektedir⁷². Def'ie konu olan iki durumun gemi işletenin yönetim ve kontrol alanının daha dışında kalan haller olduğu göze çarpmaktadır ve buradan da gemi, han ve ahır işletenlerin *receptum* sorumluluğunun yönetim ve kontrol alanına giren işlerle sınırlı olduğu sonucuna varılmakta ve bu da *receptum* sorumluluğunu *custodiaya* yaklaştırmaktadır⁷³.

⁶⁷ MEYER-TERMEER, s. 197; KASER, *RPR*, s. 586.

⁶⁸ Yazılı bir metin üzerinde anlamını değiştirmek için yapılan değişiklik anlamına gelmektedir ve *Iustinianus*'un emriyle *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçuların klasik metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yapıkları değişiklikler için kullanılmaktadır. Bu değişikliklerin sebebi klasik Roma Hukuku'nu zamanın hukuk anlayışına uydurmaktır (UMUR, *Lügat*, s. 95).

⁶⁹ AYİTER, s. 324; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*, 2. bs., Napoli, 1933, s. 272 vd.

⁷⁰ *Actio de recepto* nun formulası günümüze ulaşamamakla birlikte Lenel, bu davanın hâkimin yetkisinin çok sınırlı olduğu ve sadece *formulayı* uygulamakla yetindiği dar hukuk davası niteliği taşıdığı görüşündedir (LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, 3. bs., Leipzig, 1927, s. 131).

⁷¹ MEYER-TERMEER, s. 197.

⁷² MACCORMACK, Geoffrey, "Custodia and Culpa", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, C. 89, Sa. 1, 1972, s. 149-219, s. 163; BERK ERIŞİR, Zeliha Bengi, *Roma Hukukunda Sözleşmeye Dayalı Kusursuz Sorumluluk Çerçevesinde Custodia'dan Diligentia'ya Geçiş*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 191.

⁷³ TAMER GÜVEN, Diler, *Culpa in Eligendo (Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk)*, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 78; AYİTER, s. 324.

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

... *agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenierit, ex locato vel conducto ... si gratis ... depositi agi potuisse ... at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est.*”

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

... eğer bir ücret karşılığı yapılmış ise *locatio conductio*dan doğan davaları kullanabilir, karşılıksız ise de saklama sözleşmesinden (*depositum*) doğan davayı açabilir. Eğer *receptum* mevcut ise kusurun bulunmadığı hallerde bile meydana gelen zarardan sorumluluk söz konusudur.”

Ulpianus’a ait metnin yukarıda verdiğimiz kısmına göre ise *Iustinianus Dönemi*’nde; kusurun bulunduğu hallerde sözleşmeden doğan *actio locatini*, kusurun bulunmadığı hallerde ise *actio de receptonun* açılabilceği anlaşılmaktadır⁷⁴.

Yine *locatio conductio*dan doğan *actio locati* ile *receptum*dan doğan *actio de receptonun* kapsamına ilişkin olarak *Digesta*’da yer alan söz konusu metnin geriye kalan kısmı da oldukça yol göstericidir:

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Ait praetor: “nisi restituent, in eos iudicium dabo”. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenierit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur ...”

“D. 4. 9. 3. 1: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Praetor, onların kabul ettikleri eşyaya zarar gelmesi durumunda, bu kimselere karşı bir dava hakkı tanıyacağını söylemektedir. Bu *edic-*

⁷⁴ YEŞİLLER, s. 187; BERK ERİŞİR, s. 195.

tumdan *in factum*⁷⁵ bir dava doğmakta ve söz konusu bu davanın gerekli olup olmadığı üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Çünkü eğer bir ücret söz konusu ise *locatio conductio*dan doğan dava açılabilirdi. Eğer gemici malları taşımak için almışsa ona karşı *locatio conductio*dan doğan bir dava açılabilir. Ancak mallar ücretsiz olarak kabul edilmişse *Pomponius*, *depositum* dayanan davanın açılabileceğini söylemektedir. Bu nedenle *Pomponius*, davaların mevcut olduğu durumda, *praetor*un başka bir dava tanınmasına şüphe ile bakmaktadır. *Praetor* bu durumu, bu işlerle uğraşan kişilerin güvensizliği gidermekle yükümlü olduklarını bilmeleri gereği ile açıklamaktadır. Çünkü *locatio conductio*daki sorumluluk bütün kusurlardan (*omnis culpa*), *depositum*daki sorumluluk ise sadece kastandır (*dolus*) ...”

Metne göre ücreti karşılığında bir gemi ile taşıma sözleşmesi söz konusu ise sözleşme konusunun hasara uğraması veya çalınması durumunda *locatio conductio*dan doğan bir davanın açılabilmesi belirtilmektedir. Metinde her ne kadar *locatio conductio* için *culpa* sorumluluğu belirtilmişse de bunun bir *interpolatio* sonucu olduğu ve Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodia* olan ifadenin *culpa* olarak değiştirildiği düşünülmektedir⁷⁶. Ücretsiz olarak taşınması kabul edilen ve teslim alınan yolculara ait kişisel eşyaların çalınması veya hasar görmesi durumunda ise *Pomponius*, *receptum* sorumluluğundan doğan davaya yine gerek olmadığını çünkü saklama ödöncü sözleşmesinden (*depositum*) doğan davanın açılabilmesini ifade etmektedir ancak dikkat edilmelidir ki *depositum*da saklayan, ücretsiz olarak bir şeyi saklamayı üstlendiği ve menfaati de bulunmadığı için sadece kastının olması halinde ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır⁷⁷.

Custodia sorumluluğunda sorumluluğun ağır olması, esasen sorumluluk altındaki kişinin menfaatinin bulunmasından kaynaklanmaktadır ve *custodia* sorumluluğunun Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkıp *Iustinianus* Dönemi'nde temel olarak uygulanan fayda ve menfaat (*utilitas*) prensibine göre belirlendiği

⁷⁵ Bu davalar, *Ius Civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığı için *Ius Civile*'ye göre davası olmayan ancak *praetor*un korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu için bir dava *formulasına* dahil ettiği ve hâkimin olayın doğruluğunu tespit edebildiği takdirde davalıyı mahkûm ettiği davalardı (UMUR, *Lügat*, s. 15; BERGER, s. 475).

⁷⁶ SCHULZ, Fritz, “Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im Klassischen Römischen Recht”, *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, C. 38, 1911, s. 9-54, s. 43; BERK ERIŞİR, s. 190.

⁷⁷ SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 113; YEŞİLLER, s. 187.

bilinmektedir⁷⁸. Yukarıda da belirttiğimiz üzere vedia alan yani saklayanın sorumluluğu sadece kasttandır. Hâl böyle iken *custodia* sorumluluğunun yerini *depositum*dan doğan davanın tutması söz konusu olamayacaktır ve *Ulpianus* da bunu ifade etmek istemiştir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodiadan* dolayı sorumlulukları bulunan gemi, han ve ahır işletenlerin sorumlulukları; *Iustinianus* Dönemi'nde de kusursuz sorumluluk olarak devam etmiştir. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde bu sorumluluğun kaynağı *receptum*dur; çünkü *locatio conductio operisten* kaynaklı sorumluluk, Klasik Sonrası Dönemde *omnis culpa* olarak kusur sorumluluğuna dönüşmüştür⁷⁹.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *locatio conductio*dan doğan sorumluluk bir *custodia* sorumluluğu olduğu halde *receptuma* neden ihtiyaç duyulduğu sorusuna bakan olursak; öncelikle doktrinde tartışmalı da olsa belirtmiş olduğumuz üzere bazı yazarlar⁸⁰ *receptum*dan doğan sorumluluğun mücbir sebep (*vis maior*) hallerini de kapsadığını ve bu nedenle beklenmeyen halden doğan sorumluluğu kapsayan *custodiadan* daha geniş bir sorumluluğu ifade ettiğini vurgulamaktadırlar, ancak Roma Hukuku'nda hiçbir dönemde kişilerin mücbir sebep nedeniyle sorumlu tutulmadıkları yönündeki görüş doktrinde baskındır⁸¹. Eklememiz gerekir ki; Roma Hukuku'nda *vis maior* olarak değerlendirilen olayların soyut bir biçimde ayırt edilerek *custodia* sorumluluğunun dışında bırakılması da bir anda değil, zaman içerisinde gelişim göstererek ortaya çıkmıştır. Klasik Hukuk Dönemi'nin başlarında her olay, her hareket tek tek değerlendirilerek ele alınmış; ilerleyen dönemlerde ise soyut olarak *vis maior* değerlendirmesi yapılması mümkün olmuştur⁸².

D. 4. 9. 5. 1'de *Gaius*'a ait bir metinde, karşımıza *receptum* ihtiyacına ilişkin olarak gösterilen başka bir neden çıkmaktadır: *Custodia* sorumluluğu hırsızlık nedeniyle sorumluluğu kapsamakta; ancak mala verilen her türlü zararı kapsamamaktadır⁸³. *Receptum* yapılması halinde ise hırsızlığın (*furtum*) yanı sıra

⁷⁸ ZİLELİOĞLU, *Sorumluluk*, s. 260; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 134; GÜVEL, Övting "Roma Hukukunda Sorumluluk", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, Sa. 2, 2017, s. 375-404, s. 396.

⁷⁹ KARADENİZ, s. 186; ZİLELİOĞLU, Hilâl, "Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu", *Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 1985, 195; BERK ERİŞİR, s. 181 vd.; SOMER, s. 101 vd.

⁸⁰ MEYER-TERMEER, s. 197; KASER, *RPR*, s. 586.

⁸¹ ZİLELİOĞLU, *Custodia*, s. 208; RADO, s. 29, 30; ERDOĞMUŞ, s. 43.

⁸² BERK ERİŞİR, s. 86; ZİLELİOĞLU, *Custodia*, 100 vd.

⁸³ TAMER GÜVEN, s. 73 vd.; ERDOĞMUŞ, s. 38, 39.

mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) ve bunun da ötesinde bazı mücbir sebep halleri hariç olmak üzere nedenine bakılmaksızın ortaya çıkan bütün zararlar sorumluluğun kapsamına dahil olmaktadır⁸⁴.

“D. 4. 9. 5. 1: *Gaius libro V ad edictum provinciale*

Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur.”

“D. 4. 9. 5. 1: *Gaius*’un eyalet *edictumu* hakkındaki 5. kitabından

Hırsızlık hakkında söylediklerimiz, mala verilen zarar durumlarında da geçerli sayılmalıdır. Çünkü bir malı korumayı özel olarak üstlenen kişinin (*salvum fore recipit*) sadece hırsızlıktan değil, diğer zararlardan da sorumlu tutulması gerektiği konusunda şüphe edilmemelidir.”

Bu noktada; *receptum* anlaşması ile ilk dönemlerden itibaren bütün zararları kapsayan geniş bir sorumluluk alanının oluşturulduğu, *custodianın* ise başlangıçta genellikle hırsızlık nedeniyle gerçekleşen zararlar nedeniyle sorumluluk doğurduğu ancak ilk zamanlarda kaynaklarda önlenemez olaylar olarak nitelendirilerek *custodianın* kapsamı dışında gösterilen olayların zamanla azaldığı ve *custodia* sorumluluğunun kapsamının genişlediği de doktrinde ifade edilmektedir⁸⁵.

Yine *receptumun* yapılmasında önemli bir başka gerekçe olarak D. 4. 9. 1. 6 ve D. 4. 9. 4. 2’deki metinlerde gemi işletenler özne alınarak ifade edilen; yolcuların sözleşmeye konu ticari mallarının yanı sıra yanlarında getirmiş oldukları kişisel eşyalarının korunması amacı vardır⁸⁶:

“D. 4. 9. 1. 6: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Ait praetor: “quod cuiusque ^cuius^ salvum fore receperint”: hoc est quamcumque rem sive mercem receperint. inde apud vivianum relatatum est ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quae mercibus accederent, veluti vestimenta quibus in navibus uterentur et cetera quae ad cottidianum usum habemus.”

⁸⁴ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 115; BERK ERİŞİR, s. 184.

⁸⁵ ZİLELİOĞLU, *Custodia*, 204.

⁸⁶ MEYER-TERMEER, s. 197, 198; BRECHT, s. 99 vd.

“D. 4. 9. 1. 6: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Praetor şöyle dedi: “Taahhüt üzerine aldıkları mal ne olursa olsun güvende olacak”. Bu, almış oldukları mülk her ne olursa olsun anlamına gelir. Dolayısıyla *Vivianus*; bu beyannamenin, ticari mallara ek olarak gemidekilerin kıyafetleri ve günlük kullanımda olan diğer eşyaları gibi şeylerle de ilgili olduğunu belirtir.”

“D. 4. 9. 4. 2: *Paulus libro XIII ad edictum*

Vivianus dixit etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quae post impositas merces in navem locatasque inferentur, etsi earum vectura non debetur, ut vestimentorum, penoris cottidiani, quia haec ipsa ceterarum rerum locationi accedunt.”

“D. 4. 9. 4. 2: *Paulus*’un *edictum* hakkındaki 13. kitabından

Vivianus bu beyannamenin kapsamına, taşıma ücreti ödenmese bile, sözleşme yapıldıktan sonra gemiye yüklenen giysi, günlük ihtiyaç maddeleri gibi şeylerin de dahil olduğunu belirtmiştir; çünkü bu tür mallar diğer sözleşme konusu eşyalara ilaveten gelir.”

Yukarıdaki açıklamalarımızdan hareketle; Klasik Hukuk Dönemi’nde *custodia*, *Iustinianus* Dönemi’nde ise *culpa* haline gelen *locatio conductio*dan kaynaklı sorumluluğun *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* ile ağırlaştırılabildiğini söylemek mümkündür.

Han, gemi ve ahır işletenlerin sorumluluklarının objektif karakterini *Iustinianus* Dönemi’nde bile kaybetmeyen ve günümüze kadar gelebilen tek ve çok önemli bir kusursuz sorumluluk hali olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁸⁷.

Iustinianus Dönemi’nde genel olarak sübjektif sorumluluk sistemine (*diligentia*) geçildiği için *locatio conductio*dan kaynaklanan sorumluluğun *custodia* sorumluluğundan kusur sorumluluğuna dönüştüğü, *receptum* sorumluluğunun ise mücbir sebep hallerinin bir kısmını da içeren bir kusursuz sorumluluktan yalnızca *casusu* kapsayan bir kusursuz sorumluluk haline geldiği ifade edilmektedir⁸⁸.

Doktrinde *Iustinianus*’tan önceki döneme ait *receptum*larda gemi, han ve ahır işletenlerin beklenmeyen hallerin yalnızca hafiflerinden dolayı sorumlu

⁸⁷ BERK ERİŞİR, s. 190; ZİLELİOĞLU, *Sorumluluk*, s. 243, 263; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 520 vd.

⁸⁸ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 114, 115; GÜRTEN, s. 291.

oldukları ancak *Iustinianus* Dönemi'ndeki sorumluluğun, objektif ölçütlere bağlanmış olup özel bir anlaşma⁸⁹ yapılmadığı sürece bazı durumlar dışında *vis maioru* da kapsar nitelikte olduğu görüşü de mevcuttur⁹⁰. Ancak Zilelioğlu; hiçbir dönemde kişilerin *vis maior* nedeniyle sorumlu tutulmadığını ve ayrıca *Iustinianus* Dönemi'nde, Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olan konuya ilişkin neredeyse tüm metinlerin olduğu gibi korunduğunu ve *receptumun* borçlunun sorumluluğunu artırmaya yönelik bir anlaşma olarak kullanıldığını vurgulamaktadır⁹¹. Biz de *receptum* anlaşmasının her dönemde borçlunun sorumluluğunu artırmaya yönelik bir hukuki işlem olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.

B. Actio de Recepto

Praetor beyannamesinde öngörülen ve “*receptum nautae, caupones, stabularii*” olarak adlandırılan anlaşma ile müşterilerin eşyalarının daha sıkı bir güvence altına alınması amaçlanmaktaydı ve *receptumdan* kaynaklanan dava *actio de recepto* şeklinde adlandırılmaktaydı. Roma Hukuku'nda gemi, han ve ahır işletenlerin sorumlulukları nedeniyle bu kişiler aleyhine açılacak birden fazla dava olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Roma'da önceleri *custodia* sorumlulukları nedeniyle gemi, han ve ahır işletenler aleyhine *locatorun conductora* açtığı ve yukarıda değinmiş olduğumuz iyiniyete dayanan *actio locati* davası mevcuttu⁹².

Kaynaklardan Klasik Sonrası Dönem'e ait olduğu anlaşılan ve kölelerin verdikleri zararlar dolayısıyla tanınan *actio utilis*⁹³ ve *peculium*⁹⁴ verilmesi durumunda söz konusu olan *actio de peculio* ile *actio ad exemplumun* de işletmecilerin sorumluluklarında aleyhlerine açılabilen davalar arasında yer aldığı ifade edilmektedir⁹⁵.

⁸⁹ Ayiter, M.S. 580 yılına ait olan *Mitteis Chrestomathie* No: 343 belgesinde gemicinin *vis maioru* üstlenmediğine ilişkin açık bir kayıt bulunduğunu belirtmektedir (AYİTER, s. 324).

⁹⁰ AYİTER, s. 324, 333; GÜRTEN, s. 291.

⁹¹ ZİLELİOĞLU, *Sorumluluk*, s. 243, 263; ZİLELİOĞLU, *Custodia*, s. 208.

⁹² UMUR, *Lügat*, s. 9.

⁹³ Mevcut bir davanın uygulama alanını genişletmek için genellikle *intentioya* bir *factio* (faraziye) ekleyerek *praetorun* oluşturduğu bir dava şeklidir (BERGER, s. 347).

⁹⁴ Önceleri aile reisinin rızası altında köle veya aile evlatlarının kendi kendilerine elde ettiği sermaye olan *peculium*, daha sonra aile reisinin kendi malvarlığından aile evlatları veya kölelere bir miktar vererek işletmelerine imkân sağlaması haline (*peculium profecticum*) gelmiştir. *Peculiumu* işleten aile evladı veya kölelerin borçları için *peculium* miktarını aşmayacak şekilde aile reisinden *actio de peculio* ile talepte bulunulabilmekteydi (BERGER, s. 624; UMUR, *Lügat*, s. 154).

⁹⁵ KARADENİZ, s. 185; YEŞİLLER, s. 180.

Bunların yanı sıra gemi, han ve ahır işletenlerinin haksız fiil benzeri olarak kabul edilen *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* ve konumuzu oluşturan *receptum*dan doğan *actio de recepto* kaynaklı sorumlulukları da söz konusu olmaktadır.

Çalışmamızın içeriği dikkate alındığında kapsam yönünden benzer nitelik taşıyan *actio de recepto* ile *actio locatini* ve yine *actio de recepto* ile *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*un yarışması durumlarının incelenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

1. Actio De Recepto ile Actio Locati'nin Yarışması

*Actio de recepto*nun *actio locatiden* Klasik Dönem’de dahi daha geniş bir kapsama sahip olduğunu yukarıda ifade etmiştik⁹⁶, Klasik Sonrası Dönem’de ise kapsam farkı daha belirgin bir haldeydi. İki dava arasında sorumluluğun kapsamı açısından fark bulunsa da *actio locatini*n açılabilceği durumlarda *actio de recepto*ya başvurulması imkânı da mevcuttur.

Han ve ahır işletenler için sorumluluğun, gemi işletenler temel alınarak düzenlendiğini belirtmiştik. Bu bağlamda *actio locati*ye baktığımızda *D. 19. 2. 13. 1*’de geminin batmasının gemi işletenin kusurundan kaynaklanması halinde bu davaya başvurulabileceği ifade edilmiştir:

“*D. 19. 2. 13. 1: Ulpianus libro XXXII ad edictum*

Si navicularius onus minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.”

“*D. 19. 2. 13. 1: Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 32. kitabından

Eğer gemici, *Minturnae*’ye yük taşımak için bir sözleşme yapmışsa ve *Minturnae* nehri, gemisinin geçmesine izin vermediği için yük başka bir gemiye aktarılmışsa ve o gemi de nehrin ağzında batarsa; ilk gemici sorumlu olur mu? *Labeo*, kusuru olmaması halinde sorumlu olmamalıdır; ancak eğer gemici, yük sahibinin rızası dışında hareket ettiyse ya da gemiyi uygun olmayan bir zamanda kullandıysa veya nakil için uygun olmayan bir gemi kullandıysa sözleşme uyarınca sorumlu olur diyor.”

⁹⁶ Bakınız: IV, A.

Metne bakıldığında; uygun olmayan bir zamanda taşıma yapılması veya nehri geçmeye uygun olmayan bir geminin seçilmesi gemi işletenin kusurlu olduğunu göstermektedir. Taşınan malları geri getirmeme niyeti bulunmasa bile iyi bir işletenin hareket edeceği şekilde hareket etmeyerek sözleşmeye aykırı davranmıştır ve bu nedenle kendisine karşı *actio locati* açılacaktır⁹⁷.

*Receptum*dan doğan sorumluluk içinse aşağıda yer alan *Digesta* metninde de görüleceği üzere davranış kurallarının basit bir ihlali bile yeterli görülmüştür:

“D. 4. 9. 1. 8: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Recipit autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum”

“D. 4. 9. 1. 8: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Güvende olacağı kabul edilerek teslim alınan (*recipit ... salvum fore*) malların gemiye yüklenmeleri durumunda; gemi işleten sadece bu malların kendisine tek tek gösterilmesi durumunda mı bunları güvence ile kabul etmiş sayılır, yoksa sadece gemiye yüklenmiş olmaları bunların kabulü anlamında mıdır? Bence gemi işleten, gemiye yüklenmiş olan tüm malların korunmasını üstlenmiş sayılır ve sadece gemide çalışanların değil, yolcuların eylemlerinden de sorumlu olur.”

Gemi, han ve ahır işletenler; müşterilerle *locatio conductio*dan başka *receptum* şartı içeren bir anlaşma yapmışlarsa, zarar gören aynı amaca yönelik olması şartıyla bu iki işlemten doğan dava haklarından sadece bir tanesini kullanabilmekteydi⁹⁸.

2. Actio De Recepto ile Actio De Damno Aut Furto Adversus Nautas, Caupones, Stabularios’un Yarişması

Bir haksız fiil benzeri olan *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*; gemi, han ve ahırlarda bulunan yolculara ait malların, söz konusu işletmelerde çalışanlar tarafından çalınması (*furtum*) veya hasara uğraması (*damnum iniuria datum*) hallerinde bu yerleri işletenlere karşı açılmaktay-

⁹⁷ BERK ERİŞİR, s. 194.

⁹⁸ GOLDSCHMIDT, s. 76; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 118.

di⁹⁹. Haksız fiil benzerleri hakkında bilgi veren bir *Digesta* metninde söz konusu dava şu şekilde açıklanmaktadır:

“D. 44. 7. 5. 6: *Gaius III aur.*

Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.”

“D. 44. 7. 5. 6: *Gaius 3 aur.*

Aynı şekilde bir gemi, han veya ahır işletenin gemide, handa veya ahırda meydana gelen mala zarar verme ya da hırsızlık nedeniyle, kendisi doğrudan bir haksız fiil işlemediği halde, haksız fiil benzerinden ötürü sorumlu olacağı kabul edilir. Sözleşmeye dayanarak sorumlu olmamakla birlikte, kötü niyetli kişilerin hizmetlerinden yararlandığı için kusurludur ve bu nedenle haksız fiil benzerinden sorumlu tutulur.”

Iustinianus Institutiones’te de bu haksız fiil benzeri hakkında aynı doğrultuda şu bilgilere rastlanmaktadır:

“*Iustinianus Institutiones* 4. 5. 3

Idem exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno, dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.”

“*Iustinianus Institutiones* 4. 5. 3

Aynı şekilde, bir gemi, han veya ahır işleten; gemide, handa ya da ahırda meydana gelen mala zarar verme, hile ya da hırsızlık nedeniyle,

⁹⁹ BIRKS, P. B. H., “The Problem of Quasi Delict”, *Current Legal Problems*, C. 22, Sa. 1, 1969, s. 164-180, s. 166, 167; KARLOWA, s. 1320.

kendisi doğrudan bir haksız fiil işlemediği halde, haksız fiil benzerinden kaynaklı olarak sorumlu tutulur. Sözleşmeye dayanarak sorumlu olmamakla birlikte, kötü niyetli kişilerin hizmetlerinden yararlandığı için kusurludur ve bu nedenle haksız fiil benzerinden sorumlu tutulur. Dava *in factum* niteliği taşır, davacının mirasçıları tarafından açılabilir ancak davalının mirasçıları aleyhine açılmaz.”

Yukarıdaki iki metinden de anlaşıldığı üzere söz konusu dava sadece han, gemi ve ahırlarda çalışanların; buralarda bulunan ve müşterilere ait olan eşyaları çalmaları ya da hasara uğratmaları halinde işletmecilere karşı açılabilmekteydi¹⁰⁰. Sorumlu tutuldukları fiiller Roma Hukuku'nda *delicta privata* olarak adlandırılan özel suçlar arasında yer almaktaydı ve bu nedenle faile karşı bu suçlara ilişkin davaların açılması da mümkündü; ancak işletmecilerin ekonomik açıdan daha güçlü olması, daha kolay ulaşılabilme olanağı ve müşterilerde güven duygusunu oluşturabilmek amacıyla *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* öngörülmüştü¹⁰¹.

Sözleşmesel sorumluluk temeline dayanan *actio de recepto* ise *receptum nautae, cauponis, stabularii* olarak adlandırılan anlaşmadan doğmaktaydı. Taraflar arasındaki sözleşmeye eklenen *salvum fore recipere* hükmü ile işletmecilerin sorumluluğu oldukça ağırlaştırılıyor ve hem kendilerinin, hem çalışanlarının, hem de üçüncü kişilerin müşterilerin mallarına verdikleri her türlü zarardan dolayı sorumlu tutuluyorlardı¹⁰².

Actio de recepto ile *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* davalarının ayrıldığı noktalara baktığımızda; öncelikle çalışmamızın konusunu oluşturan *receptum cauponum* ilişkin dava olan *actio de recepto* nun kapsamının daha geniş olduğu hemen göze çarpmaktadır. *Actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios; locatio conductio* dan doğan sorumluluğu genişletmekle birlikte gemi işletenlerin yalnızca yanlarında çalışanların hırsızlık ve mala zarar verme fiillerini kapsayan bir davaydı¹⁰³. Oysa *actio de recepto*; müşterilerin eşyalarının korsan, hırsız, diğer müşteriler ve yolcular gibi üçüncü kişiler tarafından çalınması veya zarara uğratılması hallerini de kapsa-

¹⁰⁰ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 103; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 517.

¹⁰¹ UÇARYILMAZ, Talya Şans / EMİROĞLU, Haluk, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, Sa. 2, 2020, s. 835-868, s. 837; RADO, s. 141 vd.

¹⁰² KASER, *RPR*, s. 585; KELLER, F. L., *Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes*, Leipzig, 1861, s. 155.

¹⁰³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 517.

mına alan oldukça geniş *receptum* sorumluluğuna ilişkin bir dava olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁴. *Receptuma* dayanan sorumlulukta gemi, han ve ahır işleten fiilin kimin tarafından işlendiği ve işlenmesinde kendi kusurunun olup olmadığı araştırılmaksızın sorumlu tutulmaktaydı¹⁰⁵.

Eklememiz gerekir ki gemi ile taşıma sözleşmesinde yolcuların, diğer yolculara verdikleri zararlar *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabulariosun* kapsamına girmemekteydi; ancak hancılar açısından bakıldığında handa oturma niyetiyle devamlı kalan (*habitandi causa*) yolcular ile diğer yolcular arasında bir ayırım yapılmıştı ve handa oturma niyetiyle devamlı kalan yolcuların, diğer yolculara vermiş oldukları zararlar bu davanın kapsamına dahildi¹⁰⁶. Bu durumun nedeni olarak; han işletenlerin hanlarına gelen gelip geçici yolcuları seçme hakkına sahip olmamalarına karşın, handa sürekli olarak kalan yolcuların karakter ve sosyal durumlarını bilebilecek durumda olmaları gösterilmektedir¹⁰⁷. Konuya ilişkin aşağıda vermiş olduğumuz metinlerin, sorumluluğu kusur temeline oturtmaya çalışan *Iustinianus* Dönemi derleyicileri tarafından, değiştirilmiş olabileceği belirtilmektedir¹⁰⁸. İlgili *Digesta* metinleri şu şekildedir:

“D. 47. 5. 1. 6: *Ulpianus libro XXXVIII ad edictum*

Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat. namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. in navi quoque vectorum factum non praestatur.”

“D. 47. 5. 1. 6: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 38. kitabından

Han işleten, işletmeyi yönetmek için hanında bulundurduğu kişilerin ve aynı şekilde hanında oturmak niyetiyle bulunanların fillerinden sorumludur; ancak sadece gelip geçici yolcuların eylemlerinden sorumlu değildir. Çünkü bir han veya ahır işleten, kendi gelip geçen yolcularını seçen olarak kabul edilmez ve seyahat edenleri reddedemez; ancak bir

¹⁰⁴ MEYER-TERMEER, s. 185; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 111 vd.

¹⁰⁵ GOLDSCHMIDT, s. 69; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, s. 515; HOCHSTEIN, s. 18.

¹⁰⁶ KARLOWA, *RPR*, s. 1321; WYSS, s. 59.

¹⁰⁷ BIRKS, s. 167; KARLOWA, *RPR*, s. 1321 vd.

¹⁰⁸ SCHULZ, *Die Haftung*, s. 46, 47.

bakıma han işleten, oturmak amacıyla kalan sakinlerini seçer çünkü onları reddetmez ve bu nedenle yaptıkları fiillerden sorumlu olmalıdır. Gemi durumunda ise yolcuların fiillerinden dolayı sorumluluk söz konusu değildir.”

“D. 4. 9. 6. 3: *Paulus libro XXII ad edictum*

In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator.”

“D. 4. 9. 6. 3: *Paulus*’un *edictum* hakkındaki 22. kitabından

In factum davayla bir hancı, hanında oturma amacıyla bulunanların fiillerinden sorumludur. Bununla birlikte bu kural, aniden gelen ve geçici bir konaklama için kabul edilen yolcu gibi kişileri kapsamaz.”

Actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios; sadece hırsızlık ve mala zarar verme fiillerinin işlenmesi halinde açılabilceği için kapsamı bu bakımdan da dardı¹⁰⁹. *Receptum*da ise işleten, ilgili bölümde¹¹⁰ belirtmiş olduğumuz şekilde tartışmalı olmakla birlikte bazı mücbir sebep halleri hariç olmak üzere, nedenine bakılmaksızın ortaya çıkan bütün zararlardan sorumlu tutulmaktaydı¹¹¹.

*Actio de damno aut furto adversus nautas, caupones stabularios*un açılabilmesi için hırsızlık veya mala zarar verme fiillerinin handa işlenmesi gerekmektedir¹¹². *Actio de recepto* içinse eşyanın mutlaka handa bulunması şartının aranmadığı ifade edilmektedir¹¹³.

Actio de recepto ile *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* arasında; birinin anlaşmadan kaynaklı olup sözleşmesel sorumluluk esasına dayalı olması, diğerinin ise haksız fiil benzeri olması dolayısıyla da bazı önemli farklılıklar bulunmaktadır. *Actio de recepto*, sözleşmeden doğan davanın özelliklerini taşıdığı için sorumlunun mirasçılara karşı da açılabilmekteydi; ancak *Iustinianus Institutiones* 4. 5. 3 ve D. 4. 9. 7. 6’dan anlaşıldığı üzere *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones stabularios* ceza davası niteliği taşıdığı için zarar görenlerin mirasçıları tarafından açılabilmekte fakat işletmeci-

¹⁰⁹ WYSS, s. 59; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 115.

¹¹⁰ Bakınız: IV, A.

¹¹¹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Quasi Delicta*, s. 115; YEŞİLLER, s. 188.

¹¹² KARLOWA, s. 1321; WYSS, s. 59.

¹¹³ HOCHSTEIN, s. 18; YEŞİLLER, s. 188.

lerin mirasçılara karşı açılammamaktaydı ve haksız fiil benzerinden doğan davanın bir ceza davası olması nedeniyle de zamanaşımına tabi değildi¹¹⁴:

“D. 4. 9. 7. 6: *Ulpianus libro XVIII ad edictum*

Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in here-dem autem non dabuntur...”

“D. 4. 9. 7. 6: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 18. kitabından

Bu davalarda (*actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*) *praetor* hukukuna dayanmalarına rağmen zaman kısıtlaması yoktur. Ayrıca bu davalar mirasçıya karşı açılmaz...”

Bunların dışında yine *actio de receptonun* anlaşmadan kaynaklı olup sözleşmesel sorumluluk esasına dayanması; *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabulariosun* ise bir haksız fiil benzeri olması dolayısıyla ispat yönünden de aralarında fark olduğunu söylememiz mümkündür.

Son olarak yine davalardan bir tanesinin haksız fiil diğerinin ise sözleşmesel sorumluluk esasına dayanması nedeniyle, *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabulariosta* önce hırsızlık ve mala zarar verme fiillerine ilişkin kurallar uyarınca para cezası belirlenip, sonrasında han ve işletenler için belirlenen bu para cezasının iki katı uygulanırken; *actio de receptoda* han ve işletenler ortaya çıkan zararın sadece bir katını ödemekteydiler¹¹⁵.

Sonuç olarak *receptum* sorumluluğu, *locatio conductio operisin* koruyamadığı alanı kapsamına alan bir borç ilişkisiyken; haksız fiil benzerine dayanan sorumluluk, benzer bir amaca daha dar bir kapsamda hizmet etmekteydi ve işletenler ile çalışanlarının haksız fiillerine karşı müşterilerin daha ziyade kişisel mallarını korumaya yönelikti. *Actio de recepto*; *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabulariosa* kıyasla daha geniş bir koruma sağlamakla birlikte, her iki dava da aynı dönemde uygulanma imkânı bulmuştur¹¹⁶.

Zarar gören; han işletene ya da gerçek faile karşı D. 4. 9. 3. 5. ve D. 47. 5. 1. 3 uyarınca dava açma konusunda bir seçim hakkına sahip olmaktadır. *Ulpia-*

¹¹⁴ KARLOWA, s. 342, 1321; ROBY, Henry John, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, C. 2., University Press, Cambridge, 1902, s. 197; WYSS, s. 59, 81; BERK ERIŞİR, s. 183, 196; GÜRTEN, **Receptum Nautarum**, s. 290.

¹¹⁵ ZIMMERMANN, **The Law of Obligations**, s. 517; SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN, **Quasi Delicta**, s. 117; GOLDSCHMIDT, s. 72.

¹¹⁶ SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN, **Quasi Delicta**, s. 115; ZIMMERMANN, **The Law of Obligations**, s. 517 vd.

nus'a ait aşağıdaki metinlerde zarar görenin *receptuma*, haksız fiil benzerine ya da haksız fiile dayanan davalardan sadece birini açabileceği belirtilmektedir:

“D. 4. 9. 3. 5: *Ulpianus libro XIV ad edictum*

Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.”

“D. 4. 9. 3. 5: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 14. kitabından

Son olarak, aynı konuda hem *praetor* tarafından tanınan *receptum* davasının hem de hırsızlığa ilişkin davanın birlikte açılıp açılmayacağına bakılmalıdır; *Pomponius* buna şüpheyile yaklaşır. Ancak hâkim kararı ya da hile def’inden biriyle yetinilmesi gerektiği daha olasıdır.”

“D. 47. 5. 1. 3: *Ulpianus libro XXXVIII ad edictum*

Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita, ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri.”

“D. 47. 5. 1. 3: *Ulpianus*’un *edictum* hakkındaki 38. kitabından

Handa veya gemide bir şey kaybolduğunda, gemi veya han işleten *praetor*un beyannamesiyle bağlıdır. Bu nedenle mağdur; isteği doğrultusunda gemi (han veya ahır) işleteni aleyhine *praetor* hukukundan veya gerçek hırsıza karşı *Ius Civile*’den kaynaklı dava açma konusunda yetkilidir.”

Şunu da eklememiz gerekir ki; hırsızlık ya da mala zarar verme fiilleri çalışanlar ya da üçüncü kişiler tarafından işlenebileceği gibi bizzat işletmeciler tarafından da işlenmiş olabilirdi. Bu ihtimalde zarar gören, işletene karşı dava açma konusunda *actio locati*; *furtum* ya da *damnum iniuria datum*dan doğan haksız fiil davası; haksız fiil benzerine ilişkin *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* ve *actio de recepto* arasında bir seçim yapma olanağına sahip olmaktaydı¹¹⁷.

SONUÇ

Çalışmamızda Roma Hukuku’nda müşterilerin, ki o dönemlerde bu kişiler genellikle seyahat edip ticaretle uğraşan kişilerdi, konaklamalarını kendilerine

¹¹⁷ WYSS, s. 59; GOSCHEN, s. 687, 688; GOLDSCHMIDT, s. 76, 78.

meslek edinmiş olan han işletenlerin sorumluluklarına ilişkin özel bir düzenleme olan *receptum cauponum* incelenmiştir. Anlaşma, esas olarak *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* ismi ile anılmakta ve gemi işletenler ile ahır işletme faaliyeti yapanları da kapsamına almaktadır. Söz konusu düzenlemenin ve kendisinden zamansal olarak daha önce gelen bir haksız fiil benzeri olan *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabulariosun* tanınmasında eski dönemlerde geniş bir kitleye hizmet eden bu meslekleri icra eden kişilerin ve yanlarında çalışanların genellikle güvenilir kimseler olmamaları etkili olmuştur.

Custodia sorumluluğu; kusur sorumluluğunu ağırlaştıran gemi, han ve ahır işletenleri beklenmeyen hallerden (*casus*) ve özellikle hırsızlık fiilinden de sorumlu tutan bir sorumluluk türüydü ancak *custodianın* gelişimi bir anda olmamış, zaman içerisinde *vis maior* ile arasındaki ayrım netleşmişti. Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodiadan* dolayı sorumlulukları bulunan han işletenlerin sorumlulukları; *Iustinianus* Dönemi'nde de kusursuz sorumluluk olarak devam etmiştir. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde bu sorumluluğun kaynağı *receptum cauponum*dur; çünkü han işletenler ile müşteriler arasındaki temel sözleşme olan *locatio conductio operisten* doğan sorumluluk, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde kusur sorumluluğuna dönüşmüştür. Klasik Hukuk Dönemi'nde ise *locatio conductiodan* doğan sorumluluk bir *custodia* sorumluluğu olarak kabul edildiği halde *receptuma* neden ihtiyaç duyulduğu sorusuna cevap olarak ise; doktrinde tartışmalı da olsa *receptumdan* doğan sorumluluğun *vis maior* hallerini de kapsamı ya da en azından henüz başlarda *vis maior* ile ayrımı tam olarak yapılamamış olan *custodia* sorumluluğundan daha geniş bir sorumluluğu öngörmesi, müşterilerin *locatio conductioya* konu ticari mallarının yanı sıra yanlarında getirmiş oldukları kişisel eşyalarını da koruması ve bu korumanın sadece han işletenler ile yanlarında çalışan kişiler değil de üçüncü kişiler de dahil olmak üzere herkes tarafından verilebilecek zararları da kapsamı gösterilebilir. Özel bir şekilde bağlı olmayan *receptum cauponumun* geçerli olması için anlaşmada mutlaka "*salvum fore recipere*" teriminin kullanılması gerekmektedir.

Sonuç olarak *receptum cauponum*; Klasik Hukuk Dönemi'nde *locatio conductioya* ek olarak yapılan, *Iustinianus* Dönemi'nde ise kanundan doğduğu kabul edilen ve *locatio conductio operisin* koruyamadığı alana ilişkin bir borç ilişkisi olup, haksız fiil benzerine dayanan sorumluluğa göre bile daha geniş bir koruma imkânı sağlayan ve sözleşmeden doğan davaların özelliğini taşıması nedeniyle han işleten kişilerin mirasçılara karşı da açılabilen bir dava hakkına sahip *praetor* tarafından tanınmış bir anlaşmaydı.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, **Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano**, 2. bs., Napoli, 1933.
- AYİTER, Kudret, “Receptum Nautarum’un Klasik Hukuktan Sonraki Tekamülü ve Grenfell II.108 Papyrus’u”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Sa. 3, 1955, s. 321-335.
- BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, 3. bs., The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991.
- BERK ERIŞİR, Zeliha Bengi, **Roma Hukukunda Sözleşmeye Dayalı Kusursuz Sorumluluk Çerçevesinde Custodia’dan Diligentia’ya Geçiş**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- BERKİ, Şakir, “Romada Borçların Kaynakları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Sa. 3, 1954, s. 134-173.
- BIRKS, P. B. H., “The Problem of Quasi Delict”, **Current Legal Problems**, C. 22, Sa. 1, 1969, s. 164-180.
- BRECHT, Cristoph Heinrich, **Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht**, C. H. Beck, Münih, 1962.
- CANNATA, Carlo Augusto, **Ricerche sulla Responsabilità Contrattuale Nel Diritto Romano**, A. Giuffrè, Milano, 1966.
- DI MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, Ziya Umur (çev.), 2. bs., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- GOLDSCHMIDT, Levin, “Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlich- dogmatische Abhandlung”, **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht**, C. 3, Sa. 1, 1860, s. 58-118.
- GOSCHEN, F. L., **Vorlesungen über das gemeine Civilrecht**, C. 2, Göttingen, 1839.
- GÜNAL, Ahmet Nadi, **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996.

- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, “Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Sa. 1-2, 2004, s. 171-183.
- GÜNVEREN, Güzide Burcu, “The Importance of the Law of the Praetors (Ius Praetorium)”, **LXXIIIe Session De La Société Internationale Fernand De Visscher Pour L’histoire Des Droits De L’antiquité - Abstracts**, 2019, s. 21-22, (Çevrimiçi) <https://www.law.ed.ac.uk/sites/default/files/2022-07/SIHDA%20Abstracts.pdf>, E.T. 15.04.2025.
- GÜRTEN, Kadir, “Receptum Nautarum”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, Sa. 1, 2013, s. 275-294.
- GÜVEL, Övünç, “Roma Hukukunda Sorumluluk”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, Sa. 2, 2017, s. 375-404.
- HOCHSTEIN, Reiner, **Obligationes Quasi Ex Delicto**, Köln, 1971.
- KARADENİZ, Özcan, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976.
- KARAMAN, Başak, “Roma’da Bankacılık İşlemlerinden Receptum Argentarii”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı**, 2015, s. 529-582.
- KARLOWA, Otto, **Römische Rechtsgeschichte: Privatrecht und Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess; Erster Teil; Privatrecht**, C. 2, Leipzig, 1901.
- KASER, Max, **Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)**, C. 1, 2. bs., C. H. Beck, Münih, 1971 (RPR).
- KASER, Max, **Roman Private Law**, Rolf Dannenbring (çev.), Butterworths, Durban, 1965 (Private Law).
- KELLER, F. L., **Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes**, Leipzig, 1861.
- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993.
- LENEL, Otto, **Das Edictum Perpetuum**, 3. bs., Leipzig, 1927.
- MACCORMACK, Geoffrey, “Custodia and Culpa”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, C. 89, Sa. 1, 1972, s. 149-219.
- MEYER-TERMEER, A.J.M., **Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht**, Terra Pub. Co., Zutphen, 1978.
- RADO, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- ROBY, Henry John, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, C. 2., University Press, Cambridge, 1902.
- SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, Clarendon Press, Oxford, 1951 (Roman Law).

- SCHULZ, Fritz, “Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im Klassischen Römischen Recht”, **Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart**, C. 38, 1911, s. 9-54 (Die Haftung).
- SOHM, Rudolph, **The Istitutes: A Textbook of the History and System of Roman Private Law**, James Crawford Ledlie (çev.), 2. bs., Clarendon Press, Londra, 1901.
- SOMER, Pervin, **Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis)**, Derin Yayınları, İstanbul, 2008.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem, **Roma Özel Hukuku: Ders Kitabı**, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, **Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002 (Quasi Delicta).
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (Contractus).
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2023.
- TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2023.
- TALAMANCA, Mario, **Istituzioni di Diritto Romano**, 7. bs., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- TAMER, Diler, **Roma Hukuku**, C. 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TAMER GÜVEN, Diler, **Culpa in Eligendo (Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk)**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- TANDOĞAN, Halûk, “Otelcilerin Mes’uliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Sa. 3, 1955, s. 201-239.
- UÇARYILMAZ, Talya Şans / EMİROĞLU, Haluk, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 69, Sa. 2, 2020, s. 835-868.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Ders Notları).
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983 (Lügat).
- WYSS, P. F., **Die Haftung für fremde Culpa nah römischen Recht**, Zürich, 1867.
- YEŞİLLER, Mehmet, “Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu”, **Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 3, Sa. 1, 2013, s. 177-191.
- ZIMMERMANN, Reinhard, “Innkeepers’ Liability”, **Max Planck Encyclopedia of European Private Law**, 2012, (Çevrimiçi) https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Innkeepers%E2%80%99_Liability, E.T. 15.04.2025 (Innkeepers’).

ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Press, Oxford, 1996 (The Law of Obligations).

ZİLELİOĞLU, Hilâl, “Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1985 (Custodia).

ZİLELİOĞLU, Hilâl, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 39, Sa. 1, 1987, s. 241-264 (Sorumluluk).

Karşılaştırmalı Hukukta Geçici Koruma Örnekleri: Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan^(*)

Examples of Temporary Protection in Comparative Law:
The United States, Germany, and Lebanon

Ahmet Furkan YONDEMİR^(**)

Esra YILDIZ ÜSTÜN^(***)

Öz:

Küresel seviyede göç güncel ve problematik bir konudur. Özellikle son dönemlerde dünyanın baş etmeye çalıştığı durumlardan biri olan kitlesel akınlarla bu konu daha da sorunlu bir hal almıştır. Ülkelerin farklı göç politikaları ve buna bağlı iç mevzuatları sebebiyle bazen ciddi insan hakları ihlalleri yaşanmaktadır. Daha uzun vadede sürdürülebilir ve hak temelli göç politikalarına ihtiyaç duyulması sebebiyle çalışmamızda Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan ülkelerinde bulunan geçici koruma rejimi örnekleri incelenecektir. Çalışmamızın kapsamının Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan ülkelerinde uygulanan geçici koruma olmasının sebebi geçici korumanın uygulama örneklerinin sınırlı olması ve ilgili devletlerin uyguladığı farklı göç politikalarıdır. Bu örnekler üzerinden geçici korumaya ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Geçici Koruma, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Lübnan.

^(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.07.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2025
DOI: 10.58733/imhfd.1734566

Bu makaleye atıf için: YONDEMİR, Ahmet Furkan / YILDIZ ÜSTÜN, Esra, “Karşılaştırmalı Hukukta Geçici Koruma Örnekleri: Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan”, **İMHFD**, C. 10, S. 2, 2025, s. 1491-1514

Bu çalışma, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda 2025 yılında tamamlanan Dr. Öğretim Üyesi Esra Yıldız Üstün danışmanlığında Ahmet Furkan Yondemir tarafından “Türkiye’deki Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşları İçin Kalıcı Çözümler” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

^(**) Avukat, Samsun Barosu, Samsun - Türkiye
E-posta: ahmetfurkanyondemir@hotmail.com
Orcid: 0000-0002-6548-4355

^(***) Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum - Türkiye
E-posta: esra.ustun@atauni.edu.tr
Orcid: 0000-0003-4106-4812

Abstract:

Global migration is a current and problematic subject. This issue has become more difficult as a result of huge influxes, which is one of the challenges the globe is facing. Serious human rights breaches are sometimes reported as a result of different countries' migration policies and related domestic legislation. Due to the long-term need for sustainable and rights-based migration policies, our research will look at examples of temporary protection regimes in the United States, Germany, and Lebanon. The study's scope is limited to temporary protection in the United jurisdictions of America, Germany, and Lebanon due to a lack of examples of its implementation and the various migration policies established by the relevant jurisdictions. These examples will be used to evaluate temporary protection measures.

Keywords:

Temporary Protection, United States, Germany, Lebanon.

Extended Summary:

The phenomenon of asylum-seeking and the corresponding need for international protection are not confined solely to instances of individual forced migration. Rather, they are increasingly associated with mass displacement events resulting from armed conflicts, widespread violence, and other humanitarian emergencies. Notably, international legal frameworks-while offering considerable guidance on individual asylum claims-remain largely insufficient in addressing the complex protection needs arising from mass influx situations. The absence of a universally binding legal instrument governing such cases has necessitated the development of practical and often ad hoc mechanisms, chief among them being temporary protection regimes. Temporary protection refers to an exceptional, time-bound form of humanitarian protection granted to groups of people fleeing situations that prevent their safe return, such as generalized violence, armed conflict, or environmental disasters. It is particularly invoked when national asylum systems are overwhelmed or unable to individually assess protection claims in a timely manner. Though not formally codified under international refugee law, temporary protection has become a pragmatic response to urgent humanitarian crises and continues to gain relevance amid rising global displacement. The emergence of temporary protection as a legal and policy tool can be traced back to the Bosnian War in the early 1990s, which followed the dissolution of Yugoslavia. Faced with a massive influx of Bosnian civilians fleeing ethnic cleansing and persecution, many European states-lacking a coherent legal response-opted to provide protection through extraordinary and provisional measures. This experience laid the groundwork for future applications of temporary protection, including the European Union's 2001 Temporary Protection Directive. The contemporary relevance of temporary protection was further underscored in the aftermath of Russia's invasion of Ukraine in 2022, which triggered one of the largest refugee movements in Europe since the Second World War. In response, the EU invoked the Temporary Protection Directive for the first time, enabling millions of Ukrainian nationals to access immediate protection, residency, and social services across member states without undergoing the lengthy asylum procedure. This unprecedented collective action highlighted the continued necessity and the potential of temporary protection mechanisms. Looking forward, the frequency and scale of mass displacement are projected to increase due to ongoing armed conflicts, political instability, and emerging global challenges such as climate change. Despite this, the legal status and implementation of temporary protection remain inconsistent and fragmented. The absence of a harmonized international framework leads to diverse practices shaped by national legislation, political will, and administrative capacity. This study aims to explore the complexities and variations of temporary protection through a comparative analysis of its implementation in three distinct national contexts: the United States, Germany, and Lebanon. These countries were selected based on their differing migration histories, legal frameworks, and political attitudes towards displacement. The United States, as a country historically shaped by immigration, has established a mechanism known as temporary protection status. Temporary protection status

offers temporary legal status and protection from removal to nationals of designated countries experiencing armed conflict, environmental disasters, or extraordinary conditions. While not equivalent to refugee status, temporary protection status enables beneficiaries to remain lawfully in the U.S. and apply for work authorization. However, the designation and renewal of temporary protection status are subject to political discretion and often reflect the shifting priorities of different administrations. Germany, by contrast, has adopted a more institutionalized and regionally integrated approach. Following the influx of Syrian refugees in 2015, Germany provided subsidiary and temporary protection to large numbers of asylum seekers. More recently, it has actively implemented the EU's Temporary Protection Directive for Ukrainian refugees. Germany's policy reflects both humanitarian commitments and a pragmatic balancing of domestic political considerations, including public opinion and labor market needs. Lebanon, situated at the nexus of several protracted regional conflicts, presents a significantly different case. Although it hosts a large refugee population, particularly from Syria, Lebanon is not a signatory to the 1951 Refugee Convention and lacks a formal national asylum system. Refugees are often categorized as "temporary displaced persons" and are subject to restrictive residency policies and increasing public hostility. The Lebanese government has frequently attributed the country's economic and social crises to the presence of refugees, thereby adopting a largely anti-immigration stance. This politicization of displacement has led to minimal legal protections and limited humanitarian space. Through this comparative approaches, the study highlights the disparate interpretations and applications of temporary protection across jurisdictions. While some states view it as a humanitarian necessity, others employ it selectively or resist its implementation altogether. These inconsistencies not only undermine the credibility of international protection norms but also result in unequal treatment of displaced populations. In conclusion, the study emphasizes the urgent need for states to adopt a more coherent, human rights-based, and internationally coordinated approach to temporary protection. Rather than allowing political and security considerations to dominate decision-making processes, governments should prioritize human dignity and shared responsibility. Establishing common standards and reinforcing regional cooperation are essential steps toward ensuring equitable and effective protection for those forcibly displaced in mass influx situations.

GİRİŞ

Sığınma eylemi ve bu eyleme kaynaklık eden uluslararası koruma ihtiyacı, sadece bireysel zorunlu göç ile değil aynı zamanda kitlesel zorunlu göç eylemleriyle de ilişkilendirilebilir¹. Uluslararası koruma arayışına giren kitlelerin nasıl ve ne şekilde korunacağına dair uluslararası hukukta doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki kitlesel akın ile koruma arayan kişilerin korunma ihtiyacı pratik ile gelişmiştir. Bununla birlikte geçici koruma günümüz uygulamasında, kitlesel akın (mass influx) durumlarında, acil korunma ihtiyacının karşılanması için sağlanan istisnâi ve aynı zamanda geçici süreli korumayı kapsamaktadır². Geçici koruma rejimi ilk olarak Yugoslavya'nın dağılmasıyla gerçekleşen Yugoslav İç Savaşında Sırp ordularının Bosnalı sivilleri katletmesi sonucu Bosnalıların Avrupa'da çeşitli ülkelere sığınma amacıyla göç etmeleri ile gündeme gelmiştir³. 2011 yılında ise Suriye'de yaşanan iç savaş sebebiyle kitlesel olarak Türkiye'ye gelen Suriye vatandaşlarına geçici koruma statüsü tanınmıştır⁴. Günümüzde ise Rusya ile Ukrayna savaşı nedeniyle birçok Ukrayna vatandaşı Avrupa ülkelerinde geçici koruma altına alınmıştır⁵. Son dönemde yaşanan savaşlara bakıldığında ve aynı zamanda iklim değişikliği gibi küresel sorunlar dikkate alındığında kitlesel göçlerin yakın gelecekte daha fazla olabileceği tahmin edilmektedir⁶. Henüz uluslararası bir anlaşma ile düzenlenmeyen ve her ülkenin kendi iç mevzuatında farklı şekilde yer alan geçici koruma statüsü oldukça önemli bir konudur. Çalışmamızda, daha önce yapılan birçok akademik çalışmada Türkiye Cumhuriyeti'nin geçici koruma örneğine detaylı şekilde yer

¹ ÖZTÜRK, Neva Övünç, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 66, S. 1, s. 201-264.

² ÖZTÜRK, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine...", 206.

³ KJAERUM, Morten, "Temporary Protection in Europe in the 1990s.", *International Journal of Refugee Law*, Y. 1994, C. 6, S. 1, s. 444.

⁴ NURDOĞAN, Ali/ ÖZTÜRK, Mustafa, "Geçici Koruma Statüsü ile Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Vatandaşlık Hakkı", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 23, S. 3, s. 1163-1172; ÜSTÜN, Mustafa Tayfun, "Suriye İç Savaşında Yabancı Savaşçılar", *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Y. 2020, C. 34, S. 3, s. 1021-1043.

⁵ EREN YILMAZ, Esra, "Avrupa Birliği'nin Ukraynalılar için Uygulayacağı Geçici Koruma Rejimi Üzerine Bir Değerlendirme", (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/avrupa-birliginin-ukraynalilar-icin-uygulayacagi-gecici-koruma-rejimi-uzerine-bir-degerlendirme/>, E.T. 03.07.2025.

⁶ ABEL, Guy J./ BROTTTRAGER, Michael/ CUARESMA, Jesus Crespo/ MUTTARAK, Raya "Climate, Conflict and Forced Migration", *Global Environmental Change*, Y. 2019, C. 54, s. 239-249; BRZOSKA, Michael/ FRÖHLICH, Christiane, "Climate Change, Migration and Violent Conflict: Vulnerabilities Pathways and Adaptation Strategies", *Migration and Development*, Y. 2016, C. 5, S. 2, s. 190-210; IŞIL, Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023; TEKİN, Esra, "Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2020, C. 31, S. 147, s. 313-332.

verilmesi nedeniyle⁷, ülkemizin geçici koruma örneğine yer verilmeyecektir. Bu konunun daha iyi anlaşılması ve uluslararası arenada, problemleri ortaya koymak açısından Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan örnekleri üzerinden gidilecektir. Çalışmanın kapsamının Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan ülkelerinde uygulanan geçici korumayla sınırlı incelenmesinin sebebi geçici korumanın uygulama örneklerinin sınırlı olması ve ilgili devletlerin uyguladığı farklı göç politikalarıdır. Amerika Birleşik Devletleri, tarihsel bakımdan bir göçmen ülkesidir. İstisnalar haricinde göçe kapılarını açmaktadır⁸. Almanya, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında ihtiyaç duyduğu nitelikli iş gücünü göçmenlerle sağlamıştır⁹. Bu sebeple Almanya bazı dönemlerde kapılarını göçmenlere açmakta bazen de kapatarak göçmen konusunda pragmatik bir politika izlemektedir¹⁰. Lübnan ise ülkedeki yaşanan çeşitli sorunların sebebini göçmenler olarak belirlemektedir. Göç karşıtı politika sergilemektedir¹¹.

Bu nedenle Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan ülkelerinde bulunan geçici koruma rejimi örnekleri tartışılacaktır. Sonuç olarak ise geçici korumayı uygulayan devletlerin geçici koruma kararlarını verirken siyasi veya güvenlik açısından değil, aynı zamanda insan haklarına duyarlı şekilde ortak bir uygulama geliştirmeleri gerektiği vurgulanacaktır.

⁷ ELÇİN, Doğa, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001 / 55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2016, S. 124, s. 9-80; ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema/ KAVŞAT, F. Candan, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 311-348; AYDOĞDU, Gamze, “Şartlı Mülteci, İkincil Koruma ve Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, **The Journal of Social Sciences**, Y. 2024, S. 66, s. 536-565; EREN YILMAZ, “Geçici Koruma Statüsü ve Türkiye’deki Suriyelilere Sağlanan Hizmetlere İlişkin Bir Değerlendirme”, **Middle East Journal of Refugee Studies**, Y. 2016, C. 1, S. 2, s. 109-139; TOPAL, Ahmet Hamdi, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 5-22; ÖZTÜRK, “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine...”, s. 201-264.

⁸ BİKMEN, Nida, “Still a Nation of Immigrants? Effects of Constructions of National History on Attitudes toward Immigrants”, **Analyses of Social Issues and Public Policy**, Y. 2015, C. 15, S. 1, s. 283.

⁹ ALTAN, Hale Nur/ BUDAK, Muhammet Musa, “İkinci Dünya Savaşı Sonrasına Almanya Göç Politikaları Dönüşümü”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2023, C. 22, S. 4, s. 1412.

¹⁰ 1973 yılında yaşanan Petrol Krizi ile Almanya’nın kalkınmasını sağlayan göçmen işçilere bakış açısı değişmiştir. Göç ve göçmenlere verilen destekler değiştirilmiştir. Göç bir tehdit unsuru olarak algılanmıştır. Yabancı işçi çalıştıran işletmelerden fazla vergi alınmıştır. ALTAN/ BUDAK, s. 1412- 1413.

¹¹ TINAS, Murat, “Lübnan Hükümeti ve Lübnan Toplumu Perspektifinden Lübnan’daki Suriyeliler”, **Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 7, S. 2, s. 26-28.

I. GEÇİCİ KORUMA KAVRAMI

Yugoslav İç Savaşı sırasında¹², Bosnalılara yönelik sığınmayı önleyici tedbirler alınması Bosnalıların sığınabileceği devlet bulamamasına yol açmıştır¹³. Bu nedenle daha esnek ve pragmatik bir koruma rejimi olan geçici koruma kavramı ortaya çıkarılmıştır¹⁴.

Geçici koruma ilk kez Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) 1994 tarihli Uluslararası Korumaya İlişkin Not'u ile resmiyete ulaşmıştır¹⁵. 1994 tarihli Uluslararası Korumaya İlişkin Not'a göre çatışma ve şiddet bölgesinden kaçan kişiler, insan hakları ihlal edilen kişiler ve kişisel durumlarından ötürü köken ülkeden kaçıp uluslararası koruma arayan kişilere geçici koruma sağlanması gerekmektedir. Geçici korumanın kapsamı ise aynı belgeye göre sığınılan ülkeye kabul edilmesi, sığınılan ülkede temel insan haklarına saygı gösterilmesi, geri göndermeme ve ülke koşulları izin verdiğinde, güvenli ve haysiyetli bir şekilde geri dönüşünün sağlanmasını oluşturmaktadır¹⁶.

Geçici koruma, günümüzde acil koruma ihtiyacının giderilmesi amacı ile kitlesel akın durumunda bir ülkeden başka bir ülkeye giden insan topluluklarına sağlanan istisnai ve geçici süreli koruma olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Geçici koruma daha uzun süreli başka bir çözüm yolu elde edilinceye kadar ara çözüm amacıyla tasarlanmıştır¹⁸.

BMMYK'ye göre geçici koruma bireylere geçici ikamet izni sağlayan insanı nitelikte bir eylemdir. Geçici koruma çözüm odaklı ve zaman sınırlı olmalıdır. Geçici koruma, uluslararası koruma araçlarının yerine tasarlanmamıştır. Geçici koruma, uluslararası koruma statülerinin yeterli olmadığı veya kitlesel akın halinde diğer koruma araçlarının uygulanmasının zor olduğu durumlarda

¹² Yugoslavya Sosyalist Federatif Cumhuriyeti farklı ulusları içinde barındıran federatif bir devlettir. Milliyetçi çekişmelerin ardından Slovenya ve Hırvatistan bağımsızlığını ilan etmiştir. Yugoslavya'yı oluşturan diğer uluslarında bağımsızlığını ilan etmesiyle 1991 yılında iç savaş başlamıştır. Ayrıntılar için bkz. ALP, İlker, "1990'larda Yugoslavya ve Bosna Hersek", **Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 1, S. 1, s. 1-11.

¹³ ŞENGÜL, İrem, Avrupa'da Geçici Koruma Rejimi Örnekleri, Ankara, 2015, s. 50, (Çevrimiçi) <https://www.aile.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/a-g-k-r-kitap.pdf>, E.T. 02.05.2025.

¹⁴ ÖZTÜRK, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine...", s. 215-217.

¹⁵ ÖZTÜRK, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine...", s. 213.

¹⁶ Secretariat Directorate of Legal Affairs. *Information Note on Temporary Protection*. 1998. (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/0900001680530db9>, E.T. 02.05.2025.

¹⁷ ÖZTÜRK, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine...", s. 206.

¹⁸ POYRAZ, Yasin, "Suriye Vatandaşlarının Geçici Korunması ve Uluslararası Mülteci Hukuku", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. 20, S. 2, s. 58.

uygulanmaktadır¹⁹. Kitlesele akından anlaşılması gereken ise bir rakamsal sayı değil, sığınmak için gelen kişilerin sığınma arayan kişilerin kitlesele koruma talebinde bulunması ve korumanın geçici nitelikte olması, geçici koruma ile uluslararası koruma arasındaki farklılığı oluşturmaktadır²⁰. Doktrinde her ne kadar geçici korumanın uluslararası korumanın bir türü olduğu ileri sürölse de doktrinde bu konu hala tartışmalıdır²¹. Ancak belirtmek gerekir ki, uluslararası koruma ile geçici koruma talebinin kaynağı benzer olsa da yani kişilerin bir zulümden kaçıp başka bir devletten koruma talep etseler de uluslararası hukukta geçici korumayı konu alan bağlayıcı bir sözleşmenin olmayışı, bu iki gruptaki kişilerin sığındıkları devletlerde edinecekleri hak ve özgürlüklerin kullanımını farklılaştırmaktadır. Geçici korumaya ilişkin küresel çapta bağlayıcı bir anlaşmanın olmaması nedeniyle de geçici koruma altındaki kişilere sağlanacak haklar bakımından yeknesaklık bulunmamaktadır²². Ancak geçici koruma altındaki kişiler BMMYK'nin koruması altındadır²³. İlgili korumada devletlerin sorumluluğu birinci derecededir. BMMYK'nin sorumluluğu ise tamamlayıcı/tali niteliktedir²⁴.

Geçici koruma kavramı, özellikle Yugoslav İç Savaşında kitlesele göç hareketlerinin yaşandığı kriz döneminde, uluslararası koruma rejimlerinin yetersiz kaldığı durum için geliştirilmiş faydacı bir çözümdür. BMMYK'nin 1994 tarihli Uluslararası Korumaya İlişkin Not'u ile şekillenen bu koruma türü, acil durumlarda bireylerin temel haklarının korunmasını, geri gönderme yasağına uyulmasını ve geçici korumaya sebebiyet veren unsurun ortadan kalkmasından sonra güvenli geri dönüşün sağlanmasını amaçlamaktadır. Uluslararası hukukta geçici koruma konusunda devletleri bağlayıcı, tekdüze düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada geçici koruma rejimi kitlesele sığınma taleplerine karşı geçici ve

¹⁹ UNHCR, *Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements*, 2014, s. 1-3, (Çevrimiçi) <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2014/en/74916>, E.T. 02.05.2025.

²⁰ ÇELİKEL, Aysel/ GELGEL, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 27. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 169.

²¹ YILDIZ ÜSTÜN, Esra, “Anayasa Mahkemesinin 2024 Tarihli Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Adli Yardım Alma Hakkına İlişkin Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2025, C. 23, S. 273, DOI. <http://dx.doi.org/10.69838/LHD.80923>.

²² ZENGİNKUZUCU, Zikran M., “Türkiye’de Geçici Koruma Rejiminin Uluslararası Ölçütler Çerçevesinde Bir Değerlendirilmesi”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, Y. 2018, S. 1, s. 47-48.

²³ ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin, “Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Örnekler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Y. 2022, C. 80, S. 2, s. 664.

²⁴ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Kıbrıs Ofisi, *Mültecileri Korumak*, Kıbrıs, 2017, s. 4, (Çevrimiçi) https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/05/UNHCR_Brochure_TR.pdf, E.T. 02.05.2025.

istisnai bir çözüm sunmaktadır. Geçici koruma kalıcı çözümlere erişilmesi bakımından bir köprü işlevi görmektedir. Bu bağlamda geçici koruma sığınmacılar bakımından insan haklarına saygının, devletler bakımından ise egemenlik yetkilerinin gözetildiği bir araç olarak öne çıkmaktadır.

II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE GEÇİCİ KORUMA

Amerika Birleşik Devletleri'nin uluslaşma süreci, tarihsel olarak göç olgusuyla yakından ilişkilidir. Ülkenin toplumsal yapısı ve ulusal kimliği, farklı coğrafyalardan gelen göçmenlerin kültürel ve ekonomik katkılarıyla oluşmuştur²⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'nde göç politikaları tarih boyunca çeşitli yasal düzenlemelerle şekillenmiştir. 1868 yılında ABD'de doğan her çocuğun vatandaşlık kazanacağı güvencesi anayasaya eklenmiştir. Çin'den gelen göç engellenmeye çalışılmıştır. 1920'lerde uygulanan göç kotalarıyla ülkelere göre sınırlar konulmuştur. Ayrıca, 1930'lardaki Büyük Buhran, göçü yavaşlatmıştır²⁶. Amerika Birleşik Devletleri 2. Dünya Savaşından itibaren başlayan ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasına kadar süren dönemde yaklaşık on altı milyon göçmeni kabul etmiştir. Ancak, ülke tüm bunlara rağmen kendisini klasik anlamda göç ülkesi olarak kabul etmektedir²⁷.

Amerika Birleşik Devletleri'nde göç, bazı dönemlerde artarken bazı dönemlerde azalmıştır. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nde göç süregelen bir olgudur. Günümüzde ise çeşitli tedbirler alınarak yasal göçün azaltılması yasa dışı göçün ise önüne geçilmesi hedeflenmektedir²⁸.

Geçici korumaya ilişkin düzenlemeler 8 U.S. Code § 1254a "Temporary Protected Status'de yer almaktadır²⁹. İlgili düzenlemeye göre geçici koruma

²⁵ ŞAN, Mustafa Kemal/ AKYİĞİT, Handan, "Göç Kimlik ve Aidiyet: Amerika'da Yaşayan Türkler Örneği", *Bilgi*, Y. 2021, S. 97, s. 138-141.

²⁶ KOCAOĞLU, Kaan N., "ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk- Amerikan Toplumuna Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2016, S. 1, s. 277.

²⁷ GÜLLÜPİNAR, Fuat, "Almanya'da Göçmen Politikaları ve Türkiyeli Göçmenlerin Trajedisi: Yurttaşlık, Haklar ve Eşitsizlikler Üzerine", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2014, C. 14, S. 1, s. 5.

²⁸ NAGEL, Caroline, "Immigration policy in the second Trump administration: Restriction, removal, and the limits of MAGA nativism", *The Geographical Journal*, Y. 2025, s. 2-5.

²⁹ Title 8 - ALIENS AND NATIONALITY, CHAPTER 12 - IMMIGRATION and NATIONALITY, SUBCHAPTER II - IMMIGRATION, Part V - Adjustment and Change of Status Sec. 1254a - Temporary protected status. Office of the Law Revision Counsel. *United States Code*, 8 USC § 1254a: Temporary Protected Status. <https://www.house.gov/legislative-activity/legislation/8-usc-1254a-temporary-protected-status>.

statüsü; yabancıların silahlı çatışmalardan ötürü ülkelerine güvenli dönememeleri, ülkelerindeki doğal afetlerden dolayı yaşam koşullarının etkilenmesi ya da yabancıların geçici ve olağanüstü bir durum sebebiyle ülkesine dönememesi hallerinde uygulanmaktadır³⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde geçici koruma statüsü ülkeye yasal olmayan yollarla giren kişilere ülkede kalma hakkı veren istisnai uygulamalardan biridir. Ancak ülkede kalıcı oturma izni statüsü sağlamamaktadır³¹.

Her ne kadar geçici koruma statüsü ülkeye yasa dışı yollarla girmiş olan kişilere ülkede kalış hakkı sağlasa dahi kişilerin ülkeye girişini meşrulaştırmamaktadır. Örneğin *Sanchez/ Mayorkas* davasında Sanchez, 1997 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ne yasa dışı yolla girmiştir. 2001 yılında ülkesi vatandaşlarına yönelik geçici koruma kararı alınması üzerine Amerika Birleşik Devletleri'nde 2001 yılından 2014 yılına kadar geçici koruma statüsüyle ikamet etmiştir. 2014 yılında iş bazlı vize başvurusunun ülkeye yasal yollarla gelmediği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine yargı yoluna başvurmuştur. Son olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi Sanchez'in ülkeye yasa dışı yolla geldiğini, ülkeye kabul edilmediğini, Sanchez'e geçici koruma statüsünün sağlanmasının ülkeye yasa dışı yolla geldiği gerçeğini ortadan kaldırmadığı gerekçeleriyle Sanchez'i haksız bulmuştur³².

8 USC 1254a(b)(2) paragrafına göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde geçici koruma kararı 6-18 aylık süreyle uzatılmaktadır. Geçici korumayı gerektirecek nedenin ortadan kalkması halinde geçici koruma kararı sonlandırılmaktadır. 8 USC 1254a(i) paragrafına göre her yıl 1 Mart'ta geçici koruma altındaki yabancıları ve devletleri kapsayacak şekilde rapor yayınlanmalıdır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri tarafından 2017 ve 2018 yıllarında Sudan, Nikaragua, Haiti ve El Salvador'a yönelik geçici koruma kararının kaldırılacağı ilan edilmiştir. Bunun üzerine geçici koruma altındaki yabancılar ve onların Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı çocukları bu karara karşı dava açmıştır. *Ramos/Wolf* davasında Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti tarafından, geçici koruma kararı kaldırılan ülkelere güvence alınması nedeniyle geçici koruma

³⁰ SMITH, Hillel R., "Termination of Temporary Protected Status for Certain Countries: Recent Litigation Developments", s. 1-2. (Çevrimiçi) <https://www.congress.gov/crs-product/LSB10541>, E.T. 08.03.2023.

³¹ STRAUT-EPPSTEINER, Holly. *Primer on U.S. Immigration Policy*. Congressional Research Service, 1 Temmuz 2021. <https://www.everycrsreport.com/reports/R45020.html>.

³² Congressional Research Service. *Supreme Court: Unlawful Entrants with Temporary Protected Status Cannot Adjust to Lawful Permanent Resident Status*. LSB10607, 11 Haziran 2021. <https://www.everycrsreport.com/reports/LSB10607.html>.

şartlarının ortadan kalktığı savunması yapılmıştır. Mahkeme, yabancıların menşei ülkelerinde “pratikte bir değişim” olması gerektiğini sadece güvencenin geçici koruma kararının kaldırılmasına esas alınamayacağına hükmetmiştir³³. Yani Mahkemenin verdiği kararda aslında geçici korumanın kişilerin menşei ülkelerinin güvence vermesinin bir anlam teşkil etmediği, o ülkede görünür şekilde bir değişimin meydana gelmesini yani daha somut delillerin oluşması gerektiğini de vurgulamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri, geçici korumaya ilişkin rapor tarihinde 2021 yılı itibarıyla Angola, Bosna Hersek, Burundi, Gine, Gine Bissau Cumhuriyeti, Kosova Eyaleti, Kuveyt, Lübnan, Liberya, Montserrat, Ruanda, Sierra Leone vatandaşlarına veya vatansız olup ikamet adresi yukarıda belirtilen ülkelerde olan kişilere uyguladığı geçici korumayı da kaldırmıştır³⁴. 11 Mart 2021 itibarıyla, Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşayan yaklaşık 320.000 yabancı uyruklu kişi, El Salvador, Haiti, Honduras, Nepal, Nikaragua, Somali, Güney Sudan, Sudan, Suriye ve Yemen olmak üzere on farklı ülke vatandaşları geçici koruma ile korunmaktadır. Trump yönetimi, El Salvador, Haiti, Honduras, Nepal, Nikaragua ve Sudan olmak üzere altı ülke vatandaşlarının geçici korumasını sonlandırmaya rağmen, bu karara karşı açılan dava nedeniyle henüz yürürlüğe girmemiştir. Mart 2021’de Biden Yönetimi ise geçici koruma kapsamına Venezuela, Burma ve Haiti’yi almıştır. Bazı Liberyalılar ve Venezuelalılar şu anda ise Ertelenmiş Zorunlu Ayrılma olarak bilinen benzer bir idari mekanizma kapsamında yardım almaya devam etmektedir³⁵.

Günümüzde uygulaması devam eden en eski geçici koruma kararları 1998’den beri süren Honduras ve Nikaragua’ya ilişkin kararlardır³⁶. Honduras’ta 1998 yılında yaşanan kasırga sonrasında Amerika Birleşik Devletleri tarafından geçici koruma kararı alınmıştır. Yaşanılan çevre felaketinin benzerlerinin tekrar etmesi, COVID-19 Salgını nedeniyle işsiz sayısının ve şiddet olaylarının artması sonrasında ekonomik ve sosyal etkilerinin günümüzde dahi devam etmesinden dolayı geçici koruma kararı 5 Temmuz 2025’e kadar uzatılmıştır³⁷. Nikara-

³³ SMITH, s. 2-4.

³⁴ AKIN, Rıdvan, “Geçici Koruma Statüsü: Genel Bir Bakış,” *Middle East Journal of Refugee Studies* Y. 2020, C. 5, S. 2, s. 78-86.

³⁵ WILSON, Jill H., “Temporary Protected Status and Deferred Enforced Departure”, 4 Eylül 2025. <https://www.congress.gov/crs-product/RS20844>.

³⁶ U.S. Citizenship and Immigration Services, “Temporary Protected Status”, (Çevrimiçi) <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status>, E.T. 03.03.2025.

³⁷ F.R. 21.06.2023, S. 40304-40310.

gua'da 1998 yılında yaşanan kasırga yaklaşık 868 bin kişiyi etkilemiştir. Bu kasırga, 2500 kişinin ölmesine, 885 kişinin kaybolmasına sebep olmuş, aynı zamanda, ulaşım ağlarının, evlerin, tarım alanlarının ve temiz su kaynaklarına da ciddi zararlar vermiştir. Yaşanılan felaketler zinciri sonrasında Amerika Birleşik Devletleri tarafından geçici koruma kararı alınmıştır. Nikaragua'nın küresel iklim değişikliğinden olumsuz etkilenmesi, 2017 yılı itibariyle 957 bin ev yapımı ve onarımını gerektirecek art arda çevre felaketleri yaşanması ve kamu kaynaklarının bu maliyeti kaldıracak nitelikte olmamasından dolayı geçici koruma kararı 5 Temmuz 2025'e kadar uzatılmıştır³⁸.

Son dönemlerde ise Rusya- Ukrayna savaşıdan kaçan Ukrayna vatandaşları için Amerika Birleşik Devletleri bir açıklama da bulunmuştur. Aynı şekilde, ABD hükümeti Ukrayna'yı vatandaşlarının Geçici Koruma Statüsü için kayıt yaptırabilecekleri ülkeler listesine eklemiştir. Ancak, Avrupa Birliği'nden farklı olarak³⁹, ABD'de geçici korumayı sadece savaş sırasında halihazırda ABD'de bulunan Ukrayna vatandaşlarına uygulamıştır. Ukraynalılar için bu, 11 Nisan 2022 itibarıyla ABD'de yaşıyor olmaları halinde geçici koruma statüsüne hak kazanabilecekleri anlamına gelmektedir. Bu durum da ABD'de o sürede yasal olarak bulunan örneğin, öğrenci vizesiyle gelenler, onları ziyarete gelen aile üyeleri, iş vizesiyle gelenler için vize sürelerinin bitmesine az kalsa dahi koruma altına aldır. Hatta ülkenin tahminine göre 60.000 ila 75.000 Ukraynalının bu statüye alınacağı idi ama bu hak şartını 16 Ağustos 2023 tarihine kadar ABD'ye gelenler için genişletti⁴⁰. Amerika Birleşik Devletleri'nde geçici koruma statüsüne alınan Ukraynalılar, on sekiz ay boyunca ABD'de ikamet edebilir, çalışma izni alabilir ve ehliyet sahibi olabilirler⁴¹.

³⁸ F.R. 21.06.2023, S. 40299-40301.

³⁹ INELI CIGER, Meltem, "A Temporary Protection Regime in Line with International Law: Utopia or Real Possibility?", **International Community Law Review**, Y. 2016, C. 18, s. 278-316; INELI CIGER, Meltem, "Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards". Forum on the EU Temporary Protection Response to the Ukraine War", (Çevrimiçi) <https://www.asileproject.eu/reasons-for-the-activation-of-the-temporary-protection-directive-in-2022-a-tale-of-double-standards/>, E.T. 23.11.2023.

⁴⁰ U. S. Citizenship and Immigration Services, "Temporary Protected Status: Designated Country Ukraine", (Çevrimiçi) <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status/TPS-Ukraine>, E.T. 13.12.2024; DALKIRAN, Müge/ LİPMAN, Jana K., "But we have to be realistic": examining the origins of temporary protection in the USA and European Union", **Journal of Refugee Studies**, Y. 2025, C. 38, S. 1, s. 181-196.

⁴¹ SACCHETTI, Maria, "US Grants Temporary Protected Status to Tens of Thousands of Ukrainian Immigrants Already in The United States", (Çevrimiçi) <https://www.washingtonpost.com/national-security/2022/03/03/us-grants-temporary-protected-status-tens-thousands-ukrainian-immigrants-already-united-states/>, E.T. 04.09.2025.

Geçici koruma ABD'nin insani göç politikası çerçevesinde önemli bir araçtır. Ancak bu koruma, geçici koruma altındaki kişilere sınırlı haklar tanıyan, kalıcı çözüme erişilmesini kolaylaştırmayan “geçici” uygulamadır. Hukuken kişilerin ülkeye yasa dışı girişlerini hukuka uygun hale getirmemektedir. Bununla birlikte, geçici koruma statüsünün, yeterli inceleme yapılmadan, geçici korumaya sebebiyet veren unsurların devam etmesine rağmen kaldırılması halinde ciddi insan hakları ihlalleri oluşabilir. Bu nedenle geçici koruma kararları alınırken ve kaldırılırken sadece siyasi değil, insani, sosyal ve ekonomik etkilerin de dikkate alınması gerekmektedir.

III. ALMANYA'DA GEÇİCİ KORUMA

Almanya 2. Dünya Savaşından itibaren başlayan ve Sovyetler Birliğinin dağılmasına kadar süren dönemde yaklaşık yirmi milyon göçmeni kabul etmiştir. Bu göçmenlerin yaklaşık on milyonunu etnik Almanlar oluşturmaktadır. Almanya'da Amerika Birleşik Devletleri gibi kendisini klasik anlamda göç ülkesi olarak nitelendirmemektedir⁴². Almanya'nın göç politikalarını ülkenin başlıca ihtiyaçları ile şekillendirmektedir⁴³. Örneğin, Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Yugoslav iç savaşının başlamasıyla artan göç, milli güvenlik ve toplumsal güvenlik sorunu olarak görülmüştür⁴⁴. Bu nedenle, Almanya tarafından Bosna-Hersek'te yaşanan olaylar sonrasında Bosnalılara yönelik vize uygulaması başlatılmıştır. Uygulama ile göç önlenmeye çalışılmıştır⁴⁵. Almanya'nın Bosnalı sığınmacıların ülkeye girmesini zorlaştırmasında çeşitli sebepler bulunmaktadır. İlgili sebeplerin bir kısmı yabancılardan bir kısmı ise Alman vatandaşlarından kaynaklanmaktadır. Yabancılar bakımından 1980'lerin sonlarından itibaren ülkedeki sığınmacı sayısının artması, ülkedeki sığınmacıların uyuşturucu satıcılığı yapması, terör ve benzeri suçlara karışma oranlarının artmasından kaynaklanmaktadır. Alman vatandaşları bakımından ise işsizlik oranlarının artması ve artan aşırı milliyetçilik propagandası sonrasında yabancılara karşı işlenen suçlarda artış yaşanmasından kaynaklanmaktadır⁴⁶.

⁴² GÜLLÜPINAR, s. 5.

⁴³ ALTAN/ BUDAK, s. 1411-1415.

⁴⁴ AYDIN, Ayşegül, “Avrupa Birliğinin Uluslararası Göç Politikaları Bağlamında Almanya ve Almanya'daki Mülteciler”, *Belgi*, Y. 2017, C. 2, S. 14, s. 541.

⁴⁵ TOPÇU, Emel/ ÖZBEK, Cumali, “Uluslararası Göçte Geçici Koruma Politikasının Politik Transferi Çerçevesinde Karşılaştırılmalı Bir Analizi: Almanya, Hollanda ve Türkiye Örneği”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, Y. 2021, C. 21, S. 53, s. 865.

⁴⁶ BOSSWICK, Wolfgang, “Development of Asylum Policy in Germany,” *Journal of Refugee Studies*, Y. 2000, C. 13, S. 1, s. 46-53.

Almanya tarafından Bosnalılara yönelik vize uygulamasının başlatılmış olması ve diğer devletler tarafından da vize şartı aranması sonrasında Bosnalıların sığınabileceği devlet bulamamasına sebep olmuştur. Bu sorunu çözme amacıyla BMMYK Avrupa’da bulunan devletlere, Bosnalılara yönelik geçici koruma hakkı tanınması çağrısında bulunmuştur ve bu çağrı devletler tarafından olumlu karşılanmıştır⁴⁷. Bunun üzerine ilk kez sistemli olarak Almanya’da “*Daldung*” adıyla geçici koruma rejimi uygulanmıştır⁴⁸. İlk olarak altı aylık süre için öngörülen geçici koruma geri dönüş mümkün olana kadar altı aylık süreler halinde uzatılmıştır⁴⁹. Aslında bu terim tam anlamıyla geçici koruma statüsü de değildir. Çünkü, Almanya’dan ayrılması gereken ancak o anda sınır dışı edilemeyen yabancılar, “Hoşgörü” anlamına gelen “*Duldung*” alırlar. Bu, tam anlamıyla ikamet statüsü değildir ve sınır dışı edilmenin geçici olarak askıya alınmasını ifade eder⁵⁰. *Duldung* duruma göre birkaç günden birkaç aya kadar sürebilir ve düzenli olarak olarak yenilenmesi gerekir. Genellikle, çalışma izni veya entegrasyon kurslarına erişim hakkı sağlamaz⁵¹. Bu nedenle, *Duldung* ile “kalıcı geçicilik” içinde yaşamak⁵², uzun süreli güvensizlik, sosyal damgalanma ve birçok temel haktan mahrum kalmak anlamına gelir⁵³.

Almanya bir AB üye ülkesi olarak kendine ait göç politikasına ilişkin, AB üyeleri ortak göç ve iltica politikalarına sahip olmadıkları için, her devlet eğitim, istihdam ve aile birleşimine erişimi düzenleyen kendi parametreleri çerçevesinde geçici koruma sağlamaktadırlar, koruma süresi ve koşullarına ilişkin kararları keyfi bir nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir⁵⁴. Ancak, AB üyesi ülkeler arasında geçici korumayı farklı adlandırmaları ve şartlarının da farklılık taşıma-

⁴⁷ ŞENGÜL, s. 50-51.

⁴⁸ TOPÇU/ÖZBEK, s. 857.

⁴⁹ EREN YILMAZ, Esra, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma*, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 273.

⁵⁰ DRANGLAND, Kari Anne, “Bordering through recalibration: exploring the temporality of the German “*Ausbildungsduldung*”, *Environment and Planning C: Politics and Space*, Y. 2020, C. 38, S. 6, s. 1128-1145.

⁵¹ TIZE, Carola, “Living in Permanent Temporariness: the Multigenerational Ordeal of Living Under Germany’s Tolerationstatus”, *Journal of Refugee Studies*, Y. 2020, C. 34, S. 3, s. 3024-3043.

⁵² TIZE, s. 3027.

⁵³ DRANGLAND, s. 1134; MAGDALENA, Suerbaum, “Embodying Legal Precarity: Living with ongoing Short-term Protection in Germany”, *International Migration*, Y. 2023, C. 61, S. 3, s. 25-38.

⁵⁴ İngiltere “Bosnalılar için Geçici Koruma Planı” ve diğer milletler için “İstisnai Kalma İzni” oluşturdu ve Hollanda “Geçici Kalma İzni”ni uygulamaya koydu.

GIBNEY, Matthew J., “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Y. 2020, C. 14, s. 689-707.

ları, pratikte hızlı hareket etmek ve bireysel sığınma taleplerini değerlendirmek için gereken idari ve ekonomik kaynakları korumak gibi ortak bir amacı paylaştığı da belirtilmektedir⁵⁵.

1996 yılına kadar Almanya'ya BMMYK verilerine göre yaklaşık 345 bin Bosnalı sığınmıştır⁵⁶. Almanya'ya sığınan Bosnalıların yaklaşık %80'ine yani yaklaşık 275.000'ine geçici koruma statüsü tanınmıştır⁵⁷. Kasım 1996'da Bosna ile Almanya arasında geri kabul anlaşmasının imzalanmasının ardından 1997 yılında geri gönderme programı başlatılmıştır⁵⁸. Uygulanan geri gönderme programı sonrasında 1996-2005 yılları arasında yaklaşık 246.000 kişi Bosna Hersek'e geri dönmüştür. Yaklaşık 52.000 kişi 3. ülkeye yerleştirilmiştir. Yaklaşık 22.000 kişi ise sığınmacı olarak Almanya'da kalmıştır⁵⁹. Yaklaşık 48.000 kişi Alman vatandaşlığı elde etmiştir⁶⁰.

2001/55 Sayılı ve 20 Temmuz 2001 tarihli Avrupa Konsey Yönergesi⁶¹ 2001/55 Sayılı ve 20 Temmuz 2001 tarihli Avrupa Konsey Yönergesi Alman hukukuna aktarılmıştır⁶². Günümüzde Alman hukukunda geçici koruma statüsünde uygulanacak asgari standartlar yönergede öngörülen standartlardan az veya kapsamı dar olmamalıdır.

Geçici Koruma Yönergesi 2(a) maddesine göre geçici koruma, ülkesine dönemeyen ve muhtemel veya gerçekleşmiş bir kitlesel akın durumunda hızlı ve geçici nitelikte koruma sağlanan olağanüstü bir prosedürdür⁶³. Geçici koruma

⁵⁵ GIBNEY, s. 689-707.

⁵⁶ ŞENGÜL, s. 75.

⁵⁷ EREN YILMAZ, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma*, s. 271.

⁵⁸ ŞENGÜL, s. 51.

⁵⁹ BARSLUND, Mikkel/ BUSSE, Matthias/ LENAERTS, Karolien/ LUDOLPH, Lars/ RENMAN, Vilde, "Integration of Immigrants in European Labour Markets," *Intereconomics*, Y. 2017, C. 52, S. 5, s. 259.

⁶⁰ İlgili veri 1998-2018 yıllarını kapsamaktadır. 2005-2018 yılları arasında vatandaşlığa alınan Bosnalı göçmenlerin ortalama yaşı otuzun üzerindedir. Almanya'da vatandaşlık başvurularının %85'ini sekiz yıl süreyle ikamet sonrasında gerçekleşen başvurular oluşturmaktadır. Bu nedenle 2005 yılı itibarıyla Almanya'da bulunan yaklaşık 22.000 sığınmacının ilerleyen yıllarda Almanya'da vatandaşlık aldığı kanısı oluşmaktadır. Ayrıntılar için bkz. SOFTIC, Damir/ ADIGÜZEL, Yusuf, "Periods of Migration Waves and Social Demography of Bosnian Population in Germany", *Medya ve Kültür*, Y. 2021, C. 1, S. 1, s. 43-44.

⁶¹ Avrupa Konseyi, *Geçici Koruma Yönergesi*, 20 Temmuz 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/TR/T XT/ ?uri=CELEX%3A32001L0055>.

⁶² AIDA, Temporary Protection in Germany 2023 Update, Y. 2023, s. 3, (Çevrimiçi) https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2024/06/AIDA-DE_Temporary-Protection-2023.pdf, E.T. 03.07.2025.

⁶³ 2001/55 Sayılı Yönerge madde 2(a): "*temporary protection*' means a procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of displaced persons from third countries

prosedürü yaygın şiddet olayları sonucunda insan haklarının sistemli ya da genel olarak ihlal edilmiş veya muhtemel risk altında bulunan Avrupa Birliği vatandaşları olmayan kişileri kapsamaktadır⁶⁴.

Rusya ve Ukrayna arasında 24 Şubat 2022 tarihinden itibaren yaşanan askeri çatışmaların toplu göç hareketlerini tetiklemesi üzerine Avrupa Konseyi tarafından 2022/382 sayılı ve 4 Mart 2022 tarihli kararı ile geçici koruma kararı alınmıştır⁶⁵. Almanya’da Ukrayna vatandaşlarına yönelik uygulanan geçici korumanın kapsamı 24 Şubat 2022’den önce Ukrayna’da ikamet eden Ukrayna vatandaşları ve aile üyeleri, Ukrayna’da ikamet eden uluslararası koruma altındaki yabancılar veya vatansız kişiler ve onların aile üyeleri oluşturmaktadır⁶⁶.

Almanya’nın yerel mahkemeleri önüne gelen spesifik geçici korumaya ilişkin davalarda mahkemelerin yaklaşımları şöyledir: Rus saldırısı sonucu Ukrayna’dan sınır dışı edilen Ukrayna vatandaşları, başlangıçta bir yıl boyunca üçüncü bir ülkede ikamet etmiş ve daha sonra Alman İkamet Yasası’nın 24 (1) maddesi uyarınca Almanya’da geçici koruma başvurusunda bulunmuşlarsa, bu başvuru üçüncü ülkede ikamet nedeniyle reddedilemez. Mahkeme aynı zamanda bu yaklaşımını AB Geçici Koruma Direktifi ile desteklemektedir. Direktif gereğince, üçüncü ülkelerde geçici olarak kalmayı yasaklayan herhangi bir hüküm içermemektedir⁶⁷.

Diğer bir davada ise Hamburg İdare Mahkemesi önüne getirilmiştir ve kararda vurgulanan kısım geçici korumanın, uluslararası bir koruma olmadığıdır. O nedenle de 5 Ağustos 2025 tarihli kararında, Alman Sığınma Yasası’nın 29. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi uyarınca, başka bir AB üye devletinin (somut olayda İspanya) daha önce geçici koruma sağlamış olması gerekçesiyle, Almanya’da yapılan bir sığınma başvurusunun kabul edilemez olarak reddedilemeyeceğini, ancak bu diğer AB üye devletinin fiilen (sadece) AB Direktifi 2001/55/EC anlamında geçici koruma sağlamış olması gerektiğini ifade etmiş-

who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons, in particular if there is also a risk that the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operation, in the interests of the persons concerned and other persons requesting protection;”

⁶⁴ EREN YILMAZ, **Mülteci Hukukunda Geçici Koruma**, s. 114.

⁶⁵ Avrupa Komisyonu, “Geçici Koruma”, (Çevrimiçi) https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system/temporary-protection_en, E.T. 03.07.2025.

⁶⁶ Avrupa Birliği Asylum Ajansı (EUAA), “Almanya’da Geçici Koruma Bilgileri”, Y: 2022, (Çevrimiçi) https://euaa.europa.eu/sites/default/files/2022-06/Booklet_Germany_EN.pdf, E.T. 03.07.2025.

⁶⁷ Stuttgart İdare Mahkemesi, Dosya No: 3 K 5072/25, Karar Tarihi 10.07.2025, (<https://hrrf.de/voruebergehender-schutz-trotz-aufenthalts-in-drittstaat/>).

tir⁶⁸. Diğer bir ifadeyle sığınma başvurusu yapan kişi başka bir AB üyesi ülkeden uluslararası koruma statüsü alıyorsa, Almanya'daki sığınma başvurusu kabul edilmez. Ancak geçici koruma kapsamında ise, Almanya'ya yaptığı iltica talebi kabul edilebilir.

Almanya'nın geçmişten günümüze geçici koruma ve geçici korumaya benzer uygulamaları hem Almanya'nın sığınmacılara sunduğu insani yükümlülükler hem de Alman toplumunda bulunan sığınmacı karşıtlığı arasında süregelen bir gerilimdir. Almanya'nın Bosna ve Ukrayna örnekleri üzerinden geliştirdiği geçici koruma uygulaması, geçici korumanın kitlesel akın ve sonrasında gerçekleşen kriz yönetiminde önemli ve işlevsel bir araç olduğunu gözler önüne sermektedir.

IV. LÜBNAN'DA GEÇİCİ KORUMA

1948 yılı Arap- İsrail savaşı sonrasında yaklaşık 127. 800 Filistinli, Lübnan'a göç etmiştir⁶⁹. 1950'li yılların başlarından itibaren yüzbinlerce Suriyeli, Lübnan'a göç etmiştir. 2011 yılında Suriye iç savaşının ardından yaşanan göç ile beraber günümüzde Lübnan nüfusuna kıyasla her dört kişiden biri göçmen-dir⁷⁰.

Lübnan Devleti, 1951 Cenevre Sözleşmesine ve 1967 Protokolüne taraf değildir. Lübnan Anayasası haklı bir zulüm korkusu ile kaçan kişilere geçici koruma taahhüt etmektedir⁷¹. Lübnan Hükümeti düzensiz göçe olumlu yaklaşmaktadır. Lübnan'da ülkeye yasa dışı giriş durumunda bir ila üç ay hapis cezası ve/veya para cezası uygulanmaktadır. Lübnan'a yasa dışı yollarla giren yabancının kamu güvenliğini tehdit etmesi durumunda yabancı sınır dışı edilmektedir⁷².

Lübnan'da geçici korumanın temeli esasında 2003 yılına dayanmaktadır. BMMYK ile Lübnan Devleti arasında 2003 yılında *Memorandum of Understanding (MoU)* imzalanmıştır. Muhtıra ile Lübnan Devleti tarafından ülkesine

⁶⁸ Hamburg İdare Mahkemesi, Dosya No: 12 AE 5719/25, Karar Tarihi 05.08.2025, (<https://hrrf.de/voruebergehender-schutz-ist-kein-internationaler-schutz/>).

⁶⁹ SINMAZ, Kadriye, "Lübnan'daki Filistinli Mülteciler", *İNSAMER*, Y. 2020, s. 1.

⁷⁰ TINAS, Murat, "Lübnan'daki Suriyeli Mülteciler: Hükümet Stratejisi Yokluğunda Ekonomik, Siyasi ve Mezhepsel Zorluklar", *ORSAM*, Y. 2017, s. 3-4.

⁷¹ JAGARNATHSINGH, Amreesha, "Legal & Policy Framework of Migration Governance: Lebanon Country Report", *Global Migration: Consequences and Responses*, Y. 2018, s. 18.

⁷² JAGARNATHSINGH, s. 21.

dönemeyen bireylere sığınma hakkı tanınmaktadır. Belirli durumlarda BMMYK'ye sığınmacıların statüsünü belirleme yetkisi ve sığınma taleplerinin değerlendirilmesine ilişkin izin verilmektedir⁷³. BMMYK tarafından ilgili muhtıraya dayanılarak anlaşmanın imzalanmasından beş ay sonra Lübnan'da bulunan Irak vatandaşları için geçici koruma kararı alınmıştır⁷⁴. Lübnan Hükümeti bu kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle BMMYK tarafından Irak vatandaşlarına sağlanan geçici koruma belgelerini kabul etmemiştir⁷⁵.

2011 yılından itibaren Suriye vatandaşları tarafından Lübnan'a kitleler halinde, plansız bir şekilde akın edilmiştir⁷⁶. Lübnan Hükümeti Suriye'den kitleler halinde yönelen göçü yönetmekte zorlanmıştır⁷⁷. Lübnan Hükümeti tarafından Suriye'den yönelen kitlesel akınlara karşı muhtıra uygulanmamıştır. Bu durum muhtıranın kitlesel akınlara karşı tasarlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁸. Lübnan Hükümeti sığınmacı Suriye vatandaşları için kalıcı yerleşme amacı taşıdığı gerekçesiyle mülteci terimi yerine "geçici yerinden edilmiş" kişi terimini kullanmayı tercih etmektedir⁷⁹. Uluslararası otoriteler Lübnan'da bulunan Suriye vatandaşları için Lübnan Devleti'ne temel insan haklarının ihlal edilmesi ve asgari koruma sağlanabilmesi için geçici koruma uygulaması gerektiğini tavsiye etmektedir⁸⁰. Lübnan'da kitlesel akınlara karşı geliştirilmiş özel statü bulunmamaktadır⁸¹. Halihazırda Lübnan'da bulunan Suriye vatandaşlarına yönelik geçici koruma kararı bulunmamaktadır. Lübnan'da bulunan Suriye vatandaşları Birleşmiş Milletler'e (BM) göre mülteci tanımına uymaktadır⁸². Bu nedenle Lübnan'da bulunan Suriye vatandaşları *de facto* mülteci tanımına uymakta ol-

⁷³ JAGARNATHSINGH, s. 22.

⁷⁴ RAHME, Karen, "Refugee Protection: Lebanon Country Report", **RESPOND Working Paper Series Uppsala: Uppsala University**, Y. 2020, s. 12.

⁷⁵ JAGARNATHSINGH, s. 22.

⁷⁶ KIKANO, Faten/ FAUVEAUD, Gabriel/ LIZARRALDE, Gonzalo, "Policies of Exclusion: The Case of Syrian Refugees in Lebanon," **Journal of Refugee Studies**, Y. 2021, C. 34, S. 1, s. 422-23. <https://doi.org/10.1093/jrs/feaa058>.

⁷⁷ KIKANO, s. 423.

⁷⁸ JAGARNATHSINGH, s. 23-24.

⁷⁹ JAGARNATHSINGH, s. 24.

⁸⁰ ARANKI, Dalia/ KALIS, Olivia, "Limited Legal Status for Refugees from Syria in Lebanon" **Forced Migration Review**, Y. 2014, S. 47, s. 17-18.

⁸¹ UNHCR, *Syrian Refugees in Lebanon: Government Policy and Protection Concerns*, **The UN Refugee Agency**, Y. 2015, s. 94.

⁸² Birleşmiş Milletler Lübnan, "Escalating Needs in Lebanon: A 2023 Overview", (Çevrimiçi) <https://lebanon.un.org/en/230726-escalating-needs-lebanon-2023-overview>, E.T. 04.05.2023.

masına rağmen⁸³ özellikle Lübnan devletinin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ve 1967 Protokol'üne taraf olmaması ve açıkça Suriye vatandaşlarına mülteci statüsü vermemesi nedeniyle Lübnan'da bulunan Suriyelilerin mülteci statüsünde olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Lübnan Devleti, sağlanan her türlü desteğin geçici olduğunu vurgulamaktadır.⁸⁴ Bu durumda Lübnan'da 2011 yılında sayıları bir milyon yüz bine varan Suriye vatandaşlarının sığınmacı sayısının kitlesel akın olduğu ve Lübnan'ın kaynaklarının yetersiz kaldığı⁸⁵ göz önünde bulundurulduğunda Lübnan Devletinin, Suriye'den gelen sığınmacılara *de facto* geçici koruma sağladığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁶.

Lübnan, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmadığı için Lübnan'a sığınan kişiler uluslararası mülteci hukukunun sağladığı bağlayıcı düzenlemelerin dışında kalmaktadır. 2003 tarihli Muhtıra ile sınırlı sayıda bireysel koruma mekanizması oluşturulmuştur. Ancak Suriye krizinde yaşanan kitlesel akın karşısında bu mekanizma kullanılmamıştır. Suriye'den gelen kişiler, hukuken mülteci sayılmasalar da fiilen geçici koruma tanımına uymaktadırlar. Lübnan, kaynak yetersizliği ve siyasi sebepler nedeniyle bu kişilere yalnızca “geçici yerinden edilmiş” statüsü vermekte ve sağladığı desteğin geçici olduğunu sürekli vurgulamaktadır. Bu durum, hem temel insan haklarının korunmasını zayıflatmakta hem de Lübnan'da bulunan Suriye vatandaşlarının geleceğini belirsizleştirmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada, uluslararası göç hareketlerinin değişimi gözetilerek geliştirilen geçici koruma rejimleri bağlamında Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Lübnan örnekleri üzerinden incelenmiştir. Küresel ölçekte göçün tek bir sebebi bulunmadığı gibi göçün tek bir sonucu da bulunmamaktadır. Bu durum, devletlerin göçmenlere sağladığı hukuki statülerin farklılaşmasına yol açmaktadır. Sığınmacı ve mülteci statülerinin yanında, özellikle kitlesel akınlar ve ani

⁸³ JANMYR, Maja, “UNHCR and the Syrian Refugee Response: Negotiating Status and Registration in Lebanon,” *The International Journal of Human Rights*, Y. 2018, C. 22, S. 3, s. 399-400.

⁸⁴ ALPES, Maybritt Jill/ FEUKEU, Kwamou Eva/ HOUTE, Marieke van/ KSEIBI, Shahed/ SHUKAIR, Belal, “Who Owns the Future of Syrians in Lebanon? Intimate Family Explorations of Refugees Own Search for Durable Solutions,” *Journal of Refugee Studies*, Y. 2023, C. 36, S. 3, s. 384.

⁸⁵ JAGARNATHSINGH, s. 24.

⁸⁶ BM tarafından öngörülen geçici koruma kriterleri bağlamında 2007 yılında Irak'tan, Lübnan'a yönelen 2600 Iraklı sığınmacının kitlesel akın olarak değerlendirilip BMMYK tarafından geçici koruma kapsamına alınması göz önüne bulundurulmalıdır.

insani krizler karşısında devletler tarafından uygulanan geçici koruma rejimi, günümüz göç hukukunda önemli bir araçtır.

Amerika Birleşik Devletleri örneğinde, geçici koruma statüsü belirli koşullar altında uygulanmaktadır. Ancak kişilere kalıcı bir yasal statü sağlamamaktadır. ABD, geçici korumayı insani gerekçelerle uygulasa da kişilerin yasa dışı yollarla ülkeye girişini meşrulaştırmamaktadır. Almanya ise geçici koruma rejimini 1990'larda Bosna-Hersek'ten gelen sığınmacılara uygulamıştır. 2022 yılında başlayan Ukrayna krizinden beri uygulamaya devam etmektedir. Almanya, Avrupa Birliği yönergeleri ile aynı doğrultuda hareket ederek sığınma arayan Ukraynalılara kitlesel düzeyde koruma sağlamıştır. Lübnan'da ise geçici koruma rejimi daha çok fiilî bir uygulama olarak şekillenmiştir. 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan Lübnan, özellikle Suriyeli sığınmacılar karşısında hukuki bir geçici koruma rejimi oluşturmamış; buna karşın, pratikte sınırlı da olsa koruma sağlamıştır.

Çalışma ile geçici koruma rejimlerini uygulayan uygulamacı devletlerin politikaları, kaynakları ve uluslararası yükümlülüklerine göre uygulamaların farklılık gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Geçici koruma, devletler bakımından insani kriz anlarında hızlı ve etkin müdahale imkânı sunarken, bireyler açısından sınırlı haklara sahip ve belirsizlik taşıyan bir statü olarak diğer koruma hallerinde göre farklılık göstermektedir. Uluslararası düzeyde geçici korumaya ilişkin bağlayıcı ve standart bir düzenlemenin bulunmaması, geçici koruma bakımından uygulama birliğinin sağlanmasını zorlaştırmaktadır.

Bu bağlamda, uluslararası hukukta geçici korumayı daha sistematik, insan haklarına duyarlı ve uzun vadeli çözümleri teşvik edecek şekilde revize edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, uygulamacı devletlerin geçici koruma kararlarını verirken yalnızca siyasi veya güvenlik temelli değil, insani, sosyal ve ekonomik boyutları da dikkate alması önem arz etmektedir. İlgili boyutlar dikkate alınırken sığınmacıları ağırlayan devletin vatandaşları göz ardı edilmemelidir.

Sonuç olarak, geçici koruma, günümüz göç hukukunun krizlere hızlı yanıt verebilme kapasitesini göstermesine karşın sonuç odaklı bir statü değildir. Geçici korumaya sebebiyet veren unsurun uzun süre devam etmesi halinde geçici koruma statüsü işlevselliğini kaybetmektedir. Bu nedenle bireyler açısından uzun vadede sürdürülebilir ve hak temelli göç politikalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bireyler açısından oluşturulacak göç politikalarının devletlerin egemenlik yetkisine zeval vermemesi politikanın sürdürülebilir olması bakımından önem arz etmektedir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The authors has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The authors declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

- ABEL, Guy J./ BROTTTRAGER, Michael/ CUARESMA, Jesus Crespo/ MUTTARAK, Raya “Climate, Conflict and Forced Migration”, **Global Environmental Change**, Y. 2019, C. 54, s. 239-249.
- AIDA, Temporary Protection in Germany 2023 Update, Y. 2023, s. 3, (Çevrimiçi) https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2024/06/AIDA-DE_Temporary-Protection_2023.pdf, E.T. 03.07.2025.
- AKIN, Rıdvan, “Geçici Koruma Statüsü: Genel Bir Bakış,” **Middle East Journal of Refugee Studies** Y. 2020, C. 5, S. 2, s. 78-86.
- ALP, İlker, “1990’larda Yugoslavya ve Bosna Hersek”, **Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 1, S. 1, s. 1-11.
- ALPES, Maybritt Jill/ FEUKEU, Kwamou Eva/ HOUTE, Marieke van/ KSEIBI, Shaded/ SHUKAIR, Belal, “Who Owns the Future of Syrians in Lebanon? Intimate Family Explorations of Refugees Own Search for Durable Solutions,” **Journal of Refugee Studies**, Y. 2023, C. 36, S. 3.
- ALTAN, Hale Nur/ BUDAK, Muhammet Musa, “İkinci Dünya Savaşı Sonrasına Almanya Göç Politikaları Dönüşümü”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2023, C. 22, S. 4.
- ARANKI, Dalia/ KALIS, Olivia, “Limited Legal Status for Refugees from Syria in Lebanon,” **Forced Migration Review**, Y. 2014, S. 47.
- ASAR, Aydoğan, **Yabancılar Hukuku**, 8.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Avrupa Birliği Asylum Ajansı (EUAA), “Almanya’da Geçici Koruma Bilgileri”, Y: 2022, (Çevrimiçi) https://euaa.europa.eu/sites/default/files/2022-06/Booklet_Germany_EN.pdf, E.T. 03.07.2025.
- Avrupa Komisyonu, “Geçici Koruma”, (Çevrimiçi) https://home-affairs.eceuropa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system/temporary-protection_en, E.T. 03.07.2025.
- AYDIN, Ayşegül, “Avrupa Birliğinin Uluslararası Göç Politikaları Bağlamında Almanya ve Almanya’daki Mülteciler”, **Belgi**, Y. 2017, C. 2, S. 14.

- AYDOĞDU, Gamze, “Şartlı Mülteci, İkincil Koruma ve Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, **The Journal of Social Sciences**, Y. 2024, S. 66, s. 536-565.
- BARSLUND, Mikkel/ BUSSE, Matthias/ LENAERTS, Karolien/ LUDOLPH, Lars/ RENMAN, Vilde, “Integration of Immigrants in European Labour Markets,” **Intereconomics** Y. 2017, C. 52, S. 5.
- BİKMEN, Nida, “Still a Nation of Immigrants? Effects of Constructions of National History on Attitudes toward Immigrants”, **Analyses of Social Issues and Public Policy**, Y. 2015, C. 15, S. 1.
- Birleşmiş Milletler Lübnan, “Escalating Needs in Lebanon: A 2023 Overview”, (Çevrimiçi) <https://lebanon.un.org/en/230726-escalating-needs-lebanon-2023-overview>. E.T. 04.05.2023.
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Kıbrıs Ofisi, **Mültecileri Korumak**, Kıbrıs, 2017, s. 4, (Çevrimiçi) https://www.unhcr.org/cy/wpcontent/uploads/sites/41/2018/05/UNHCR_Brochure_TR.pdf, E.T. 02.05.2025.
- BOSSWICK, Wolfgang, “Development of Asylum Policy in Germany,” **Journal of Refugee Studies**, Y. 2000, C. 13, S. 1, s. 46-53.
- BRZOSKA, Michael/ FRÖHLICH, Christiane. “Climate Change, Migration and Violent Conflict: Vulnerabilities Pathways and Adaptation Strategies”, **Migration and Development**, Y. 2016, C. 5, S. 2, s. 190-210.
- Congressional Research Service. *Supreme Court: Unlawful Entrants with Temporary Protected Status Cannot Adjust to Lawful Permanent Resident Status*. LSB10607, 11 Haziran 2021. (Çevrimiçi) <https://www.everycrsreport.com/reports/LSB10607.html>. E.T. 02.03.2025.
- ÇELİKEL, Aysel/ GELGEL, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, 27. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema/ KAVŞAT, F. Candan, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 1, S. 1, 311- 348.
- DALKIRAN, Müge/ LİPMAN, Jana K., “But we have to be realistic’: examining the origins of temporary protection in the USA and European Union”, **Journal of Refugee Studies**, Y. 2025, C. 38, S. 1, s. 181-196.
- DRANGSLAND, Kari Anne, “Bordering through recalibration: exploring the temporality of the German “Ausbildungsduldung”“, **Environment and Planning C: Politics and Space**, Y. 2020, C. 38, S. 6, s. 1128-1145.
- ELÇİN, Doğa, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001 / 55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2016, S. 124, s. 9-80.

- EREN YILMAZ, Esra, “Avrupa Birliği’nin Ukraynalılar için Uygulayacağı Geçici Koruma Rejimi Üzerine Bir Değerlendirme”, (Çevrimiçi) <https://blog.lexpera.com.tr/Avrupa-birliginin-ukraynalilar-icin-uygulayacagi-gecici-koruma-rejimi-uzerine-bir-degerlendirme/>, E.T. 03.07.2025.
- EREN YILMAZ, Esra, **Mülteci Hukukunda Geçici Koruma**, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- EREN YILMAZ, “Geçici Koruma Statüsü ve Türkiye’deki Suriyelilere Sağlanan Hizmetlere İlişkin Bir Değerlendirme”, **Middle East Journal of Refugee Studies**, Y. 2016, C. 1, S. 2, s. 109-139.
- ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin, “Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Örnekler”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Y. 2022, C. 80, S. 2.
- F.R. 21.06.2023, S. 40304-40310.
- F.R. 21.06.2023, S. 40299-40301.
- GÜLLÜPINAR, Fuat, “Almanya’da Göçmen Politikaları ve Türkiyeli Göçmenlerin Trajedisi: Yurttaşlık, Haklar ve Eşitsizlikler Üzerine”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2014, C. 14, S. 1.
- GIBNEY, Matthew J., “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, **Georgetown Immigration Law Journal**, Y. 2020, C. 14, s. 689-707.
- İŞİL, Özkan, **Göç-İltica ve Sığınma**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- INELI CIGER, Meltem, “A Temporary Protection Regime in Line with International Law: Utopia or Real Possibility?”, **International Community Law Review**, Y. 2016, C. 18, s. 278-316.
- INELI CIGER, Meltem, “Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards”. Forum on the EU Temporary Protection Response to the Ukraine War”, (Çevrimiçi) <https://www.asileproject.eu/reasons-for-the-activation-of-the-temporary-protection-directive-in-2022-a-tale-of-double-standards/>, E.T. 23.11.2023.
- JAGARNATHSINGH, Amreessa, “Legal & Policy Framework of Migration Governance: Lebanon Country Report”, **Global Migration: Consequences and Responses**, Y. 2018.
- JANMYR, Maja, “UNHCR and the Syrian Refugee Response: Negotiating Status and Registration in Lebanon,” **The International Journal of Human Rights**, Y. 2018, C. 22, S. 3.
- KIKANO, Faten/ FAUVEAUD, Gabriel/ LIZARRALDE, Gonzalo, “Policies of Exclusion: The Case of Syrian Refugees in Lebanon,” **Journal of Refugee Studies**, Y. 2021, C. 34, S. 1.

- KJAERUM, Morten, “Temporary Protection in Europe in the 1990s.”, **International Journal of Refugee Law**, Y. 1994, C. 6, S. 1.
- KOCAOĞLU, Kaan N., “ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk- Amerikan Toplumuna Etkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2016, S. 1.
- MAGDALENA, Suerbaum, “Embodying Legal Precarity: Living with ongoing Short-term Protection in Germany”, **International Migration**, Y. 2023, C. 61, S. 3, s. 25-38.
- NAGEL, Caroline, “Immigration policy in the second Trump administration: Restriction, removal, and the limits of MAGA nativism”, **The Geographical Journal**, Y. 2025, s. 2-5.
- NURDOĞAN, Ali/ ÖZTÜRK, Mustafa,”Geçici Koruma Statüsü ile Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Vatandaşlık Hakkı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 23, S. 3, s. 1163- 1172.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç, “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 66, S. 1, s. 201-264.
- POYRAZ, Yasin, “Suriye Vatandaşlarının Geçici Korunması ve Uluslararası Mülteci Hukuku”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. 20, S. 2.
- RAHME, Karen, “Refugee Protection: Lebanon Country Report”, **RESPOND Working Paper Series Uppsala: Uppsala University**, Y. 2020.
- SACCHETTI, Maria, “US Grants Temporary Protected Status to Tens of Thousands of Ukrainian Immigrants Already in The United States”, (Çevrimiçi) <https://www.washingtonpost.com/national-security/2022/03/03/us-grants-temporaryprotected-status-tens-thousands-ukrainian-immigrants-already-united-states/>, E.T. 04.09.2025.
- Secretariat Directorate of Legal Affairs. *Information Note on Temporary Protection*. 1998. (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/0900001680530db9>, E.T. 02.05.2025.
- SINMAZ, Kadriye, “Lübnan’daki Filistinli Mülteciler”, **İNSAMER**, Y. 2020, s. 1.
- SMITH, Hillel R., “Termination of Temporary Protected Status for Certain Countries: Recent Litigation Developments”, s. 1-2. (Çevrimiçi) <https://www.congress.gov/crs-product/LSB10541>, E.T. 08.03.2023.
- SOFTIC, Damir/ ADIGÜZEL, Yusuf, “Periods of Migration Waves and Social Demography of Bosnian Population in Germany”, **Medya ve Kültür**, Y. 2021, C. 1, S. 1, s. 43-44.
- STRAUT-EPPSTEINER, Holly. *Primer on U.S. Immigration Policy*. Congressional Research Service, 1 Temmuz 2021. (Çevrimiçi) <https://www.everycrsreport.com/reports/R45020.html>. E.T. 02.03.2025.
- ŞAN, Mustafa Kemal/ AKYİĞİT, Handan, “Göç Kimlik ve Aidiyet: Amerika’da Yaşayan Türkler Örneği”, **Bilgi**, Y. 2021, S. 97.

- ŞENGÜL, İrem, Avrupa’da Geçici Koruma Rejimi Örnekleri, Ankara, 2015, (Çevrimiçi) <https://www.aile.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/a-g-k-r-kitap.pdf>, E.T. 02.05.2025.
- TEKİN, Esra, “Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2020, C. 31, S. 147, s. 313- 332.
- TINAS, Murat, “Lübnan’daki Suriyeli Mülteciler: Hükümet Stratejisi Yokluğunda Ekonomik, Siyasi ve Mezhepsel Zorluklar”, **ORSAM**, Y. 2017.
- TINAS, Murat, “Lübnan Hükümeti ve Lübnan Toplumunu Perspektifinden Lübnan’daki Suriyeliler”, **Türkiye Ortadoğu Çalışmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 7, S. 2.
- TIZE, Carola, “Living in Permanent Temporariness: the Multigenerational Ordeal of Living Under Germany’s Tolerationstatus”, **Journal of Refugee Studies**, Y. 2020, C. 34, S. 3, s. 3024-3043.
- TOPÇU, Emel/ ÖZBEK, Cumali, “Uluslararası Göçte Geçici Koruma Politikasının Politik Transferi Çerçevesinde Karşılaştırılmalı Bir Analizi: Almanya, Hollanda ve Türkiye Örneği,” **Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi**, Y. 2021, C. 21, S. 53.
- TOPAL, Ahmet Hamdi, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 5-22.
- U.S. Citizenship and Immigration Services, “Temporary Protected Status”, (Çevrimiçi) <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status>, E.T. 03.03.2025.
- U. S. Citizenship and Immigration Services, “Temporary Protected Status: Designated Country Ukraine”, (Çevrimiçi) <https://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status/TPS-Ukraine>, E.T. 13.12.2024.
- UNHCR, *Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements*, Y. 2014, s. 1-3, (Çevrimiçi) <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2014/en/74916>, E.T. 02.05.2025.
- UNHCR, *Syrian Refugees in Lebanon: Government Policy and Protection Concerns*, Y. 2015, s. 94.
- ÜSTÜN, Mustafa Tayfun, “Suriye İç Savaşında Yabancı Savaşçılar”, **Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Y. 2020, C. 34, S. 3, s. 1021-1043.
- WILSON, Jill H., “Temporary Protected Status and Deferred Enforced Departure”, (Çevrimiçi) <https://www.congress.gov/crs-product/RS20844>, E.T. 04.09.2025.
- YILDIZ ÜSTÜN, Esra, “Anayasa Mahkemesinin 2024 Tarihli Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Adli Yardım Alma Hakkına İlişkin Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2025, C. 23, S. 273, DOI. <http://dx.doi.org/10.69838/LHD.80923>.
- ZENGİNKUZUCU, Zikran M., “Türkiye’de Geçici Koruma Rejiminin Uluslararası Ölçütler Çerçevesinde Bir Değerlendirilmesi”, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi**, Y. 2018, S. 1, s. 37-62.